

Sygn. akt: **KIO 1984/11**

KIO 1987/11

WYROK

z dnia 30 września 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Członkowie: **Małgorzata Stręciwiłk**

Paweł Trojan

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2011 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 września 2011 roku przez **Comtegra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

B. w dniu 15 września 2011 roku przez **Qumak-Sekom Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Komenda Główna Policji Wydział Zamówień Publicznych Biura Finansów w Warszawie**

przy udziale:

- A) wykonawcy **Qumak-Sekom Spółka Akcyjna w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1984/11 po stronie zamawiającego
- B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum: Vector On-Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Advatech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1987/11 po stronie zamawiającego
- C) wykonawcy **WASKO Spółka Akcyjna w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1987/11 po stronie zamawiającego
- D) wykonawcy **Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1987/11 po stronie zamawiającego

E) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ADT Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1987/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddała odwołanie wniesione przez Comtegra Sp. z o.o. w Warszawie**
2. **Uwzględnia odwołanie wniesione przez Qumak – Sekom Spółkę Akcyjną w Warszawie i nakazuje zamawiającemu Komendzie Głównej Policji Wydział Zamówień Publicznych Biura Finansów KGP w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie aukcji elektronicznej, odrzucenie ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Vector On-Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Advatech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, WASKO Spółka Akcyjna w Gliwicach, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ADT Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**
3. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comtegra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Komendę Główną Policji Wydział Zamówień Publicznych Biura Finansów w Warszawie i nakazuje:**
 - A. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Comtegra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Qumak-Sekom Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań
 - 1) zasądza od **Comtegra Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Komendy Głównej Policji Wydziału Zamówień Publicznych Biura Finansów w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Komendę Główną Policji Wydziału Zamówień Publicznych Biura Finansów w Warszawie** na rzecz **Qumak-Sekom SA** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i 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 w **Warszawie**.

.....
.....
.....

Sygn. akt KIO 1984/11

KIO 1987/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu i oprogramowania do budowy Centrum Zapasowego Krajowej Sieci AFIS i innych wybranych centralnych systemów informatycznych Policji.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwaną dalej ustawą Pzp.

KIO 1984/11

W dniu 15 września 2004 roku wykonawca Comtegra Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu polegających na:

1. zaniechaniu wezwania odwołującego się do uzupełnienia brakujących dokumentów - co stanowi naruszenie art. 26. ust. 3 ustawy Pzp,
2. zaniechaniu żądania potwierdzenia otrzymania wezwania przez odwołującego się i tym samym zaniechaniu upewnienia się czy odwołujący się otrzymał wezwanie do uzupełniania brakujących dokumentów - co stanowi naruszenie art. 27 ust. 2 ustawy Pzp,
3. bezprawnym wykluczeniu odwołującego się z postępowania - co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp,
4. bezprawnym odrzuceniu oferty odwołującego się, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 5 ustawy Pzp,
5. które to bezprawne zaniechania i działania zamawiającego w konsekwencji doprowadziły do bezprawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Vector On Line Sp. z o.o., Advatech Sp. z o.o., co stanowi naruszenie art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
6. jak również naruszeniu innych przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści uzasadnienia lub z niego wynikających.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania oraz odrzucenia oferty odwołującego się,
3. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego się do uzupełnienia dokumentów,
4. nakazanie zamawiającemu ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Komendę Główną Policji na „Dostawę sprzętu i oprogramowania do Budowy Centrum Zapasowego Krajowej Sieci AFIS i innych wybranych centralnych systemów informatycznych Policji”, pismem z dnia 5 września 2011 r. doręczonym odwołującemu się za pośrednictwem faksu w tym samym dniu, zamawiający poinformował, że odwołujący się będzie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp a złożona przez odwołującego się oferta zostanie uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający powołał się na pismo z dnia 25 sierpnia 2011 r., którym rzekomo wezwał odwołującego się do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wskazał, że do upływu wyznaczonego w tym piśmie terminu, tj. do dnia 30 sierpnia 2011 r. do godz. 12.00. dokumenty nie zostały uzupełnione przez odwołującego się.

Odwołujący się podniósł, że nigdy nie otrzymał od zamawiającego w żadnej formie ani za pośrednictwem żadnych środków wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 25 sierpnia 2011 r., na które powołuje się zamawiający. Odwołujący zaprzecza, aby kiedykolwiek i w jakiegokolwiek formie otrzymał od zamawiającego pismo z dnia 25 sierpnia 2011 r. zawierające wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niezwłocznie po otrzymaniu od zamawiającego pisma z dnia 5 września 2011 r. odwołujący się dokonał weryfikacji przychodzącej korespondencji, w tym w szczególności korespondencji przychodzącej za pośrednictwem faksu. Z ustaleń poczynionych przez odwołującego wynika, że pismo zamawiającego datowane na dzień 25 sierpnia 2011 r. zawierające ww. wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie wpłynęło do odwołującego się w żadnej formie, w tym nie wpłynęło ani w formie pisemnej za pośrednictwem poczty ani też faksem. Pismem z dnia 6 września 2011 r. odwołujący się poinformował zamawiającego o nieotrzymaniu pisma z dnia 25 sierpnia 2011 r. wzywającego do uzupełnienia dokumentów zwracając się jednocześnie z prośbą o ponowne wysłanie wezwania do uzupełnienia dokumentów a tym samym wyznaczenie nowego dodatkowego terminu w celu umożliwienia odwołującemu przedstawienia dokumentów żądanych przez zamawiającego.

W odpowiedzi na ww. pismo odwołującego zamawiający pismem z dnia 7 września 2011 r. doręczonym odwołującemu się w tym samym dniu poinformował, że wezwanie z dnia 25 sierpnia 2011 r. zostało wysłane do odwołującego się w dniu 25 sierpnia 2011 r. faksem na numer podany w formularzu ofertowym.

Pismem z dnia 12 września 2011 r. doręczonym odwołującemu się w tym samym dniu, zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Vector On Line Sp. z o.o., Advatech Sp. z o.o., jak również o wykluczeniu odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 i odrzuceniu oferty odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego się zamawiający zatem w sytuacji stwierdzenia, że zachodzi konieczność uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, winien wezwać odwołującego się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów. Przepis ten ma charakter obligatoryjny i nie pozostawia miejsca na dowolność a tym samym zamawiający zobligowany był do wezwania odwołującego się do uzupełnienia dokumentów. Jednocześnie wskazał, że oferta odwołującego się nie podlegała odrzuceniu na podst. art. 89 ustawy, bez wzywania do uzupełnienia dokumentów, gdyż nie zachodziły żadne ze wskazanych w tym przepisie przesłanek do odrzucenia oferty.

Przed skutecznym wezwaniem odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów nie zachodziły również przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania co mogłoby skutkować uznaniem oferty za odrzuconą. Wobec bowiem stwierdzenia przez zamawiającego braków w dokumentacji, nie było możliwości dokonania oceny czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu zaś zamawiający obligatoryjnie winien wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów w celu dokonania oceny czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący w przypadku otrzymania od zamawiającego wezwania do uzupełniania dokumentów z przedstawiłby wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty w wyznaczonym terminie.

KIO 1987/11

W dniu 15 września 2011 roku odwołujący Oumak- Sekom S.A. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając mu:

- 1) niezastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec Konsorcjum w składzie: Vector On Line Sp. z o.o. ul. Dąbrowskiego 553, 60-461 Poznań i Advatech, ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław dalej „Konsorcjum VA” i zaniechanie odrzucenia oferty niniejszego Konsorcjum, jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 2) niezastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Pzp wobec Konsorcjum w składzie: Consortia Sp. z o.o, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa i ADT Group Sp. z o.o, ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa, dalej „Konsorcjum CA” i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z treścią SIWZ;

- 3) niezastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Pzp wobec Wasko S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, dalej „Wasko” i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 4) niezastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec następujących wykonawców Konsorcjum VA, Konsorcjum CA i Wąsko pomimo podania przez tych wykonawców nieprawdziwych informacji i w konsekwencji niezastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
- 5) naruszenie art. 91a ust 1 ustawy Pzp oraz pkt. II ust 2 i pkt. XV SIWZ poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej bez właściwego dokonania oceny ofert a nadto mimo, że w postępowaniu złożono mniej niż 3 oferty niepodlegające odrzuceniu;
- 6) naruszenie art. 7 Pzp. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum VA pomimo nie spełniania przez nią wymogów SIWZ i Pzp. a nadto nie odrzucenie ofert wykonawców wskazanych w pkt. 2-3 powyżej pomimo niespełnienia przez nich wymogów wskazanych w Ustawie Pzp i SIWZ;
- 7) Naruszenie art. 91 b ust 1 i 2 w zw. z art. 91a ust 1 poprzez niewłaściwe przesłanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej.

Wobec powyższego odwołujący się wniósł o:

- unieważnienie decyzji w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum VA powtórne dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu; odrzucenie oferty Konsorcjum VA jako oferty nie spełniającej warunków niniejszego postępowania; odrzucenie oferty Konsorcjum CA jako oferty nie spełniającej warunków niniejszego postępowania; odrzucenie oferty Wąsko jako oferty nie spełniającej warunków niniejszego postępowania; wybór oferty Spółki Qumak- Sekom S.A. jako najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.
- unieważnienia czynności dopuszczenia do aukcji elektronicznej oferentów :Konsorcjum CA, Konsorcjum VA i Wasko, których oferty powinny zostać odrzucone;
- unieważnienia aukcji elektronicznej wobec niespełnienia kryteriów jej przeprowadzenia tj. niezłożenia, co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu;
- opcjonalnie wezwanie Wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Ustawy Pzp.

Odwołujący się podniósł, że w dn. 05.09.2011 r. odwołujący otrzymał faksem zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, która odbyła się dnia 9 września 2011r. Do udziału w aukcji zaproszono 5 wykonawców, co oznaczało iż jeden z oferentów został wykluczony z postępowania, bowiem zgodnie z informacją z otwarcia ofert, oferty złożyło 6 Wykonawców. W wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej za najkorzystniejszą uznana

została oferta Konsorcjum Vector On Line Sp. zo.o., ul. Dąbrowskiego 553, 60-461 Poznań i Advatech , ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław, dalej „Konsorcjum VA”.

Odwołujący się zarzucił brak wskazania przez Konsorcjum VA, Konsorcjum CA i Wasko podwykonawstwa w zakresie świadczenia serwisu

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przetargowym zawarł następujące zapisy:

a) w Załączniku nr 1 do wzoru Umowy, stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ , w punktach W-73, W-82, W-84 Zamawiający wymagał wprost, aby serwis dla sprzętu i wsparcie dla oprogramowania świadczone były bezpośrednio przez Producenta. Szczegółowe zapisy zawarte są w:

- punkcie W-73 „Macierz musi umożliwiać zdalne zarządzanie macierzą oraz automatyczne informowanie centrum serwisowego o awarii. Producent macierzy musi posiadać lokalną organizację serwisową dysponującą certyfikatem ISO 9001.”

- punkcie W-82 „Wszystkie dostarczone licencje na oprogramowanie systemu do wirtualizacji serwerów fizycznych muszą posiadać wsparcie producenta oprogramowania świadczone bezpośrednio przez producenta. Zamawiający nie dopuszcza licencji typu OEM. Zamawiający wymaga by wsparcie na oprogramowanie było dostępne niezależnie od tego do jakiego serwera zostanie ono przypisane.”

- punkcie W-84 „W ramach licencji oprogramowania musi być zapewnione 36 miesięczne wsparcie techniczne producenta oprogramowania do wirtualizacji umożliwiające dostęp do najnowszych uaktualnień i poprawek, bazy wiedzy oraz pomoc w rozwiązywaniu zaistniałych problemów i awarii. Wsparcie techniczne powinno być dostępne w dni robocze, w godzinach roboczych (w trybie 8x5), zgłaszanie usterek bez ograniczenia na ilość drogą elektroniczną i telefonicznie.”

b) w pkt. IV ust 5 SIWZ „Zamawiający dopuszcza powierzenie części zamówienia podwykonawcom wykonawcy. W takim wypadku wykonawca ma obowiązek (zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp) zawrzeć w ofercie informacje dot. podwykonawstwa (pkt. 7 Formularza ofertowego). Brak powyższej informacji w ofercie oznaczać będzie, że wykonawca nie będzie korzystał z podwykonawstwa przy realizacji zamówienia.”

c) w pkt. IV ust I Zamawiający wskazuje, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają załączniki do SIWZ,

Nie ulega zatem wątpliwości, iż przedmiotem zamówienia nie jest jakkolwiek serwis, a jedynie taki, który jest świadczony bezpośrednio przez Producenta danego sprzętu bądź oprogramowania. W świetle powyższego, zgodnie z art. 36 ust. 4 Ustawy Pzp zamawiający żądał wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr do SIWZ w pkt. 8 Konsorcjum CA i Wasko nie odniosła się, co do wymogu wskazania, jaką część przedmiotu

zamierza powierzyć podwykonawcom, a Konsorcjum VA zaznaczyli, że zamierzają powierzyć podwykonawcom usługi, ale wyłącznie objęte zadaniem 3, a zatem zadaniem, które nie obejmowało warunków wskazanych w punktach W-73, W-82 i W-84 przynależnych do zadania 1 i 2. W związku z tym ww. Oferenci Konsorcjum CA i Wasko w złożonej ofercie zobowiązali się do samodzielnego wykonania całości przedmiotu zamówienia, w tym również samodzielnego świadczenia serwisu gwarancyjnego sprzętu i wsparcia dla oprogramowania . co oznaczałoby, iż podmioty te są w stanie spełnić osobiście wymóg świadczenia serwisu i wsparcia producenckiego.

Tymczasem, nie ulega wątpliwości, że ww. wykonawcy nie są Producentami sprzętu i oprogramowania przez nich oferowanego, zatem sami bezpośrednio nie mogą świadczyć serwisu gwarancyjnego zgodnie z wymogami określonymi w wymaganiu SIWZ wskazanym w pkt. W-82 tj. „wsparcie producenta oprogramowania świadczone bezpośrednio przez producenta oprogramowania lub producenta serwerów”, jaki mając powyższe na uwadze Konsorcjum VA, CA i Wasko bezsprzecznie nie są w stanie wykonać przedmiotu zamówienia bez skorzystania z pomocy podwykonawców. Odwołujący wskazuje, iż definicja podwykonawcy nie jest zawarta w polskim systemie prawa, choć obrót gospodarczy często instytucją taką się posługuje.

Ponieważ umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną, zastosowanie znajdzie art. 356 k.c, zgodnie z którym wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia. Zasadą jest więc, że w przypadku, gdy nie wynika to z przepisu ustawy, treści umowy (a wcześniej zastrzeżenia w specyfikacji) czy właściwości świadczenia, zamawiający nie będzie mógł domagać się osobistej realizacji świadczenia przez wykonawcę. W związku z tym, faktem jest, że żaden z ww. wykonawców nie spełnia warunków postawionych przez zamawiającego, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy ww. wykonawcy nie są producentami serwerów i oprogramowania to nie w stanie sami spełnić wymogu bezpośredniego producenckiego serwisu gwarancyjnego na wsparcie dla oprogramowania do wirtualizacji. Zatem powinni odpowiednio zaznaczyć to w swoim formularzu ofertowym, tak jak wykonała to Spółka Qumak- Sekom S.A.

Żaden ze wskazanych powyżej wykonawców nie może samodzielnie świadczyć bezpośredniego producenckiego serwisu gwarancyjnego oferowanego sprzętu i oprogramowania. Mimo tego faktu, złożyli oni oświadczenie o spełnianiu wszystkich podmiotowych wymogów postawionych oferentom w SIWZ a nadto zobowiązali się do wykonania zamówienia w powyższym zakresie samodzielnie. Oznacza to, iż Zamawiający nie zweryfikował zgodności ofert poszczególnych wykonawców w odniesieniu do

wymaganego przez niego bezpośredniego producenckiego serwisu gwarancyjnego oferowanego sprzętu i oprogramowania.

Odwołujący się zarzucił niespełnianie przez wykonawców niespełnianie przez Konsorcjum CA i Wasko warunku posiadania przez producenta macierzy, lokalnej organizacji serwisowej dysponującej certyfikatem ISO 9001.

Zamawiający w załączniku nr 1 do wzoru Umowy, stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ, w punkcie W-73 wprost postawił następujące wymaganie: „Producent macierzy musi posiadać lokalną organizację serwisową dysponującą certyfikatem ISO 9001”

Wymóg wskazany powyżej przez zamawiającego jest oczywisty, producent macierzy jest zobowiązany do posiadania ISO 9001 w zakresie serwisu, nie ma tu miejsca na domniemanie czy serwis może być świadczony przez inny podmiot, co więcej poziom serwisu i jego procedury muszą być zagwarantowane normą jakości ściśle wskazaną przez zamawiającego. W odniesieniu do powyższego odwołujący wskazał, iż następujące oferty nie spełniają wymogów zamawiającego:

a) Wasko - zaoferowanie macierzy dyskowej firmy Hitachi Data Systems, który będąc producentem nie posiada certyfikatu ISO 9001 na świadczenie serwisu lokalnego.

b) Konsorcjum CA - zaoferowanie Macierzy dyskowej, której producentem jest NetApp. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż NetApp Polska Sp. z o.o. zgodnie z informacjami wskazanymi w KRS nie zajmuje się w ogóle świadczeniem usług serwisowych. Serwis co prawda jest przez producenta oprogramowania tj. NetApp (ale nie Net App Polska sp. z o.o., która to spółka jest jedynie dystrybutorem produktów) świadczony, ale jest to usługa świadczona przez podmioty, z których usług można skorzystać jedynie poza granicami Polski, a zamawiający w przytoczonym przez odwołującego się powyżej zapisie SIWZ jednoznacznie wskazywał na konieczność posiadania serwisu lokalnego. Potwierdzeniem powyższego jest informacja znajdująca się na stronie internetowej, pod adresem <http://www.netapp.com/us/how-to-buy/stc.html> informująca o warunkach świadczenia serwisu w różnych krajach, jednak jak wynika z informacji na stronie nie ma jednostki świadczącej serwis bezpośrednio w Polsce. Dodatkowo nie sposób pominąć faktu, nie posiadania przez tego producenta wymaganego certyfikatu ISO 9001.

Z uwagi na powyższe bez jakiegokolwiek wątpliwości uznać należy, iż treść ofert ww. wykonawców jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem warunkiem koniecznym było posiadanie lokalnej organizacji serwisowej producenta wraz z posiadaniem przez niego certyfikatu ISO 9001. Zamawiający wyraźnie wskazuje, iż producent musi w tym i zakresie spełniać wymagania zamawiającego. Oferta nie może w toku oceny ofert podlegać uzupełnieniu bądź zmianie, a zamawiający miał możliwość sprawdzenia prawdziwości posiadania ww. uprawnień, zarówno poprzez strony internetowe producentów jak i w ramach skorzystania z uprawnień przysługujących ustawą Pzp, a dokładniej art. 87 ust 1 ustawy Pzp.

Czynność niewystarczającego sprawdzenia czy oferta odpowiada wymaganiom zamawiającego narusza fundamentalną zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert nie może w 100% opierać się jedynie na deklaracjach złożonych przez poszczególnych wykonawców.

Odwołujący się zarzucił zaofierowanie przez Konsorcjum VA, Konsorcjum CA i Wasko przedmiotu zamówienia oprogramowania niezgodnego z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SIWZ.

Zamawiający w SIWZ w punktach od W-81 do W-136 opisał wymagania dla oprogramowania do wirtualizacji. Poszczególne zapisy SIWZ determinują jednoznacznie konieczność zaofierowania określonych pakietów oprogramowania. Wykonawcy zobowiązani byli do wskazania w pkt. 7 zakresu oferowanych dostaw w tym stosownego oprogramowania. Odwołujący wskazał, iż oferty następujących wykonawców są niezgodne z treścią SIWZ w powyższym zakresie:

- a) Konsorcjum VA - zaofierowane w ofercie oprogramowanie nie spełnia wymogów technicznych opisanych w pkt W-118 do W-136 (aby te warunki były spełnione Wykonawca powinien był zaofierować oprogramowanie VMware Center Site Recovery Manager).
- b) Wasko - zaofierowane w ofercie oprogramowanie nie spełnia wymogów technicznych opisanych w pkt W-118 do W-136 (aby te warunki były spełnione Wykonawca powinien był zaofierować oprogramowanie VMware vCenter Site Recovery Manager).
- c) Konsorcjum CA - zaofierowane w ofercie oprogramowanie nie spełnia wymogów technicznych opisanych w pkt W-108 i w pkt W-118 do W-136 (źródło: analiza SIWZ firmy VMware) aby te warunki były spełnione Wykonawca powinien był zaofierować oprogramowanie VMware vCenter Server Standard).

Odwołujący się zarzucił zaofierowanie przez Konsorcjum VA, Konsorcjum CA i Wasko przedmiotu zamówienia sprzętu niezgodnego z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SIWZ

W odniesieniu do serwerów Blade Fujitsu zamawiający w punkcie W-13 załącznika nr 1 do załącznika nr 4 do SIWZ, wskazuje, iż „Dla całego rozwiązania wymagana jest redundancja zasilaczy typu co najmniej n+1, tzn. przy 1 uszkodzonym zasilaczu system musi kontynuować bezprzerwową pracę pod pełnym obciążeniem, także w momencie wymiany zasilacza, chyba, że Zamawiający sprecyzował w sposób bezpośredni inne wymagania w specyfikacji.”

Inne wymagania, o których wspomina zamawiający w punkcie W-13 wskazane są w punkcie W-36 tego samego załącznika „Zestaw zasilaczy redundantnych. typu hot-plug. System zasilania zdolny do obsługi awarii połowy z zainstalowanych zasilaczy (dowolne N zasilaczy przy założeniu konfiguracji N+N), wymagane ciągłe dostarczanie mocy niezbędnej

do zasilenia maksymalnie wypełnionej obudowy. Procesory serwerów powinny prawidłowo pracować z nominalną, maksymalną częstotliwością."

W tym przypadku zamawiający odstępuje od wymogu N+1 i wymaga N+N oraz a nadto wymaga ciągłego dostarczanie mocy niezbędnej do zasilenia maksymalnie wypełnionej obudowy.

Istotne wymagania co do zakresu przedmiotowego w odniesieniu do urządzeń zawarte są również w pkt. W-67 załącznika nr 1 do załącznika nr 4 do SIWZ, a mianowicie w zakresie systemu dyskowego (macierzy) zamawiający wskazuje: „Co najmniej 8 zewnętrznych interfejsów FC o prędkości co najmniej 4Gb/s. Możliwość rozbudowy liczby zewnętrznych interfejsów FC do co najmniej 16. Możliwość rozbudowy macierzy o zewnętrzne interfejsy iSCSI o prędkości co najmniej 1Gb/s i ilości co najmniej 16 portów. Rozbudowa poprzez dodanie odpowiednich kart w obrębie obudowy kontrolerów macierzowych. Wymagane jest dostarczenie odpowiedniej ilości kabli FC o długości co najmniej 10 metrów. Porty nie mogą być duplikowane za pomocą przełączników SAN, duplikatorów portów oraz innych form wirtualizacji zasobów pamięci masowych i sieci ^ SAN."

Zamawiający powyższym zapisem precyzuje:

- Ilość portów FC 8 z rozbudową do 16
- Ilość portów iSCSI 0-zero z możliwością rozbudowy do 16 x 1 Gbit lub 4 x 10Gbit.

Oznacza to zgodnie z odpowiedzią na pytanie przytoczone powyżej, iż konfiguracja macierzy musi być w stanie zaoferować po rozbudowie:

16 x FC + 4 x 10Gbit iSCSI (lub 16 x 1 Gbit iSCSI)

Z powyższego wynika, że oferenci muszą ściśle trzymać się parametrów wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Jak wynika z analizy przedłożonych przez oferentów ofert, następujące z nich nie spełniają wymagań:

- a) Konsorcjum VA poprzez zaoferowanie obudowy Blade firmy Fujitsu typ BX900
- b) Konsorcjum CA poprzez zaoferowanie obudowy Blade firmy Fujitsu typ BX900 oraz macierzy NetApp V3270
- c) Wąsko poprzez zaoferowanie obudowy Blade firmy Fujitsu typ BX900 oraz macierzy Hitachi Data Systems ^ AMS2500

W odniesieniu do obudowy Blade firmy Fujitsu, na stronie 127- 128 instrukcji obsługi znajdującej się pod adresem internetowym:

<http://manuals.ts.fujitsu.com/file/8507/bx900sl-ba-en.pdf> i w tłumaczeniu ww. instrukcji obsługi załączonym do Odwołania, dla układu N+N (w tym przypadku 3+3) obudowa nie realizuje wskazanego w SIWZ „wymaganego ciągłego dostarczania mocy niezbędnej do zasilenia maksymalnie wypełnionej obudowy". Aby było to możliwe zasilacze muszą

pracować w układzie NIE N+N ale 4+0 lub 4+1. Tym samym wszystkie ww. oferty z obudową Blade Fujitsu BX900 nie spełniają zapisów SIWZ.

Zaoferowana przez firmę Wasko macierz Hitachi Data Systems AMS 2500, również nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, na czego potwierdzenie odwołujący wskazuje na treść specyfikacji technicznej ww. macierzy znajdującej się pod adresami: <http://www.hds.com/products/storage-systems/specifications/ams2000-host-ports-specifications.html> i <http://www.hds.com/assets/pdf/hitachi-datasheet-ams2500.pdf>

Zgodnie z informacjami na temat AMS 2500 Odwołujący podkreśla, iż macierz ta nie oferuje możliwości posiadania jednocześnie 16 portów FC i 4 portów iSCSI (10 Gbit) lub zamiennie 16 portów iSCSI 1 Gbit. Maksymalnie to 8 FC i 4 iSCSI czyli 8 portów FC mniej niż jest wymagane w punkcie W-67. Oznacza to, że oferowana konfiguracja nie obejmuje pełnego spełnienia wymagań Zamawiającego.

Wymagań technicznych nie spełnia jak wskazuje Odwołujący również macierz zaoferowana przez Konsorcjum CA - macierz NetApp V3270

Macierz NetApp V3270 nie spełnia zapisów punktu W-61 załącznika nr 1 do załącznika nr 4 do SIWZ, mówiących iż : " Macierz powinna obsługiwać mechanizmy RAID zgodne z RAID0, RAID1, RAID5, RA1D6, z możliwością dowolnej ich kombinacji w obrębie oferowanej macierzy.", bowiem nie oferuje ona zabezpieczenia RAID 0, RAID1, RAID 5.

Macierze Producenta NetApp nie obsługują ww. poziomów RAID i nigdy tak naprawdę ich nie obsługiwały, bowiem jest to ich cecha związana z architekturą i budową. Potwierdzenie tego znajdziemy w ulotce technicznej na temat macierzy V3270 oraz stronie internetowej firmy NetApp

<http://www.netapp.com/us/products/storage-svsystems/fas3200/fas3200-tech-specs.html>

Obsługa RAID tylko RAID 4 i RAID 6

Reasumując, zakres zaoferowanych przez Konsorcjum CA, Konsorcjum VA i Wąsko urządzeń nie spełnia wymagań Zamawiającego, powodując odrzucenie ofert ww. Wykonawców jako niezgodnych z SIWZ zgodnie z art. 89 ust 1 pkt. 2 Ustawy Pzp.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż wszystkie ww. argumenty jednoznacznie wskazują na konieczność odrzucenia ofert Konsorcjum VA, Konsorcjum CA i Wąsko, gdyż Wykonawcy ci w przedstawionych ofertach zaoferowali sprzęt oczywiście niezgodny z jednoznacznymi wymaganiami SIWZ.

Zwrócić także uwagę należy, że ww. Wykonawcy składając ofertę złożyli oświadczenia o tym, że „zamówienie będzie realizowane zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego” (por. pkt. 2 formularza ofertowego). W kontekście wyżej przytoczonych przez Odwołującego twierdzeń i dowodów świadczących, że Wykonawcy ci oferują sprzęt niezgodny z wymaganiami SIWZ, stwierdzić należy, że oświadczenie to jest nieprawdziwe i to zarówno w zakresie zarzutu niniejszego jak i wskazanego w punkcie II i III Odwołania. W

konsekwencji ww. Wykonawcy powinni również zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p.

Odwołujący się zarzucił naruszenie przez zamawiającego naruszenie przez zamawiającego art. 91A ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt. II ust. 2 i Pkt. XV SIWZ.

Ustawa Pzp w art. od 91 do 91c jasno precyzuje na jakich zasadach możliwe jest przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Jednym z podstawowych wymogów jest „złożenie co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu”. W przedmiotowym postępowaniu jednak nie zaistniała ta ważna przesłanka wskazana w art. 91a ust 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. artykułem zamawiający przed dopuszczeniem wykonawców do aukcji elektronicznej jest zobowiązany do dokonania oceny ofert, jednak ocena ta została dokonana niedokładnie i z naruszeniem zasady równego traktowania wskazanej w art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający niewystarczająco wnikliwie ocenił oferty złożone w postępowaniu, opierając się jedynie na oświadczeniach wykonawców o spełnianiu warunków. Takie zachowanie Zamawiającego jest niedopuszczalne na gruncie Prawa zamówień publicznych, bowiem to na Zamawiającym spoczywa obowiązek sprawdzenia czy przedstawiona przez Wykonawcę oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt: KIO 1984/11

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą sporu w przedmiotowym postępowaniu jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego się z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą, co wymaga ustalenia, czy zamawiający prawidłowo przyjął, że odwołujący się otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentów i w wyznaczonym terminie dokumentów tych nie uzupełnił.

Zamawiający podnosił, że w dniu 25 sierpnia 2011 roku za pomocą faksu wysłał do odwołującego się pismo, w którym wezwał go do złożenia brakujących dokumentów. Na dowód powyższego przedłożył potwierdzenie nadania 3 stron dokumentu na numer faksu odwołującego się wskazany w ofercie wraz raportem OK. Ponadto na rozprawie zamawiający złożył wydruk rekordów z Centrali Telefonicznej,

z którego wynika, że w dniu 25.08.2011 r. od godz. 15:51 do godz. 15:53 było połączenie z numerem faksu odwołującego się.

Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosownie do art. 14 ustawy Pzp, ciężar dowodu spoczywa osobie, która z wykazywanego faktu wywodzi skutki prawne. Wobec przedłożenia przez zamawiającego dowodów w postaci potwierdzeń nadania faksu, na odwołującym się spoczywał ciężar udowodnienia, że przedmiotowego faksu nie otrzymał. Odwołujący się nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie prezentowanego stanowiska.

W tym zakresie Izba wskazuje na – powoływaną również przez odwołującego się – uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 roku III PZP 170/2002, w której Sąd stwierdził, co następuje: „Jak więc z przytoczonych wyjaśnień wynika, faks (telefaks) polega na przesyłaniu wiadomości w postaci obrazów nieruchomych (pisma, rysunków, nut itp.) między dwoma aparatami, z których - w konkretnej sytuacji - jeden jest aparatem nadawcy wiadomości, a drugi - odbiorcy. Jest przy tym charakterystyczne, a zarazem istotne to, że osoba składająca oświadczenie woli za pomocą telefaksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że powyższe oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego (wysyłającego) oraz odebrane przez aparat odbiorcy. **Ów wydruk stwarza równocześnie domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 KC, to znaczy w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy.** Wydruk ten jest bowiem - podobnie jak *recepis* pocztowy - traktowany w doktrynie jako tzw. dowód *prima facie*, to znaczy dowód, **który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, dopóki adresat nie wykaże środkami przewidzianymi w przepisach postępowania cywilnego, że na przykład z powodu zakłóceń pracy aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe.** W takim też wypadku nie ma podstaw do uznania, że oświadczenie woli wysłane za pomocą telefaksu (faksu) doszło do adresata w znaczeniu przyjętym w art. 61 KC. Poza jednak takimi sytuacjami, jak przykładowo wskazane, oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata (zob. S.Dmowski, S.Rudnicki: Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna. Wydanie trzecie, Warszawa 2001, s. 202).

Z powyższego wynika, że przedłożenie przez zamawiającego pozytywnego raportu wysłania faksu stwarza domniemanie prawne, iż odwołujący się oświadczenie to otrzymał w sposób pozwalający na zapoznanie się z jego treścią. Odwołujący się – o ile temu zaprzecza – powinien był wykazać, że oświadczenia tego nie otrzymał. Wykazanie takie powinno nastąpić za pomocą środków dowodowych, chociażby takich, jak wykaz połączeń faksowych

z urządzeniem faksowym odwołującego się w danym dniu czy potwierdzeniem, iż urządzenie faksowe odwołującego się nie funkcjonowało w sposób prawidłowy. Wobec braku jakiegokolwiek dowodu na tę okoliczność przyjąć należy, iż wystosowane przez zamawiającego wezwanie odwołujący się otrzymał w dacie wynikającej z dowodów złożonych przez zamawiającego i w tym dniu mógł się zapoznać z treścią tego wezwania zapoznać.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, że odwołujący się nie udowodnił w sposób dostateczny, iż nie otrzymał wezwania i wyłącznie z tego powodu nie uzupełnił dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Brak żądanych dokumentów pozwala na stwierdzenie, że odwołujący się nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego się z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą należy uznać za uzasadnioną.

Wobec nie wykazania zasadności podniesionych zarzutów Izba orzekła o oddaleniu odwołania.

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

Sygn. akt KIO 1987/11

Odwołanie jest zasadne.

Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący zaoferowania przez Konsorcjum VA, Konsorcjum CA i Wasko przedmiotu zamówienia oprogramowania niezgodnego z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SIWZ.

Odwołujący się podnosił, iż oferty następujących wykonawców są niezgodne z treścią SIWZ w powyższym zakresie:

a) Konsorcjum VA - zaoferowane w ofercie oprogramowanie nie spełnia wymogów technicznych opisanych w pkt W-118 do W-136 (aby te warunki były spełnione Wykonawca powinien był zaoferować oprogramowanie VMware Center Site Recovery Manager).

b) Wasko - zaoferowane w ofercie oprogramowanie nie spełnia wymogów technicznych opisanych w pkt W-118 do W-136 (aby te warunki były spełnione Wykonawca powinien był zaoferować oprogramowanie VMware vCenter Site Recovery Manager).

c) Konsorcjum CA - zaoferowane w ofercie oprogramowanie nie spełnia wymogów technicznych opisanych w pkt W-108 i w pkt W-118 do W-136 (źródło: analiza SIWZ firmy VMware) aby te warunki były spełnione Wykonawca powinien był zaoferować oprogramowanie VMware vCenter Server Standard).

Odwołujący się podniósł, iż aby zaoferowany przedmiot zamówienia spełniał warunki techniczne powinien składać się z następujących licencji:

- 1) VMware vSphere Enterprise Plus
- 2) VMware Center Server Standard for vSphere
- 3) VMware vCenter Site Recovery Manager

Dla przedmiotowego rozstrzygnięcia decydujące znaczenie ma fakt, iż stanowisko odwołującego się w powyższym zakresie zostało przyznane na rozprawie zarówno przez odwołującego się na, jak i przystępującego Konsorcjum VA.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający wymagał w formularzu ofertowym wskazania producenta, typu i modelu zaoferowanego oprogramowania. W ofertach zakwestionowanych przez odwołującego się (Konsorcjum VA, Wasko i Konsorcjum CA) oprogramowania te nie zostały wskazane.

Zdaniem Izby wykonawcy Konsorcjum VA, Wasko i Konsorcjum CA zaoferowali oprogramowanie niezgodne z dokonany przez zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia i uchybienia tego nie można konwalidować wykorzystując mechanizmy przewidziane w ustawie Pzp. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż możliwe jest w tym zakresie skorzystanie z dyspozycji zawartej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, względnie – w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis ten uprawnia do wezwania do złożenia wyjaśnień, które muszą ograniczać się jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie zaś do rozszerzania jej treści o istotne elementy składające się na przedmiot zamówienia.

Stosownie zaś do art. 87 ust. 2 pkt 3 zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności

oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Analiza treści przepisu pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Dokonanie zmian w zakwestionowanych ofertach poprzez dodanie do nich nieuwzględnionego, a wymaganego oprogramowania spowodowałoby zmianę w zakresie przedmiotu zamówienia. Fakt ten powoduje, że zmiana taka nie może zostać uznana za nieistotną.

Złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych.

Przedmiot zamówienia należy bez wątplenia do jej *essentialia negotii*; ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. W tej sytuacji wprowadzenie jakichkolwiek poprawek w tej części oferty zawsze będzie powodowało istotną zmianę jej treści. Tym samym w ocenie Izby brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie uznała za zasadny zarzut braku wskazania przez Konsorcjum VA, Konsorcjum CA i Wasko podwykonawstwa w zakresie świadczenia serwisu.

W szczególności podnieść należy, że w prawie nie odnajdujemy wprost zdefiniowanego pojęcia podwykonawcy. Na ogół przyjmuje się, że podwykonawcą może być podmiot, który dostarcza niezbędne do wykonania zadania przedmioty, np. materiały budowlane, jak również jednostka, która wspólnie z generalnym wykonawcą będzie realizowała zamówienie publiczne w oparciu o stosowne umowy z nim zawarte. Może być to także podmiot, który będzie realizował na rzecz generalnego wykonawcy usługi specjalistyczne niezbędne do realizacji zadania.

W rozpoznawanym przypadku wymóg udzielania wsparcia technicznego przez producenta oprogramowania nie jest tożsamy ze zlecaniem tych usług podwykonawcom. Warunek ten jest związany ze specyfiką przedmiotu zamówienia, którego specjalistyczny charakter uzasadnia wymóg świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego przez jego producenta. Postawiony w tym zakresie warunek nie odpowiada „podwykonawstwu” w

rozumieniu art. 36 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Ustawa Pzp nie umożliwia bowiem zamawiającemu nałożenia na wykonawców obowiązku powierzenia części ani całości zamówienia podwykonawcom, a tym bardziej wskazania, kto dokładnie ma tym podwykonawcą zostać. Jedyne regulacje dotyczące podwykonawstwa zawarte w ustawie Pzp dotyczą możliwości żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom (art. 36 ust. 4 ustawy Pzp) oraz możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom z wyjątkiem sytuacji, gdy zamawiający zastrzeże, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom (art. 36 ust. 5 ustawy Pzp). Sformułowany przez zamawiającego wymóg, by wsparcia technicznego udzielał producent, jest częścią opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś kwestią podwykonawstwa.

Izba nie uwzględniła zarzutu niespełniania przez Konsorcjum CA i Wasko posiadania przez producenta macierzy lokalnej organizacji serwisowej dysponującej certyfikatem ISO.

Odwołujący się podnosząc wskazany wyżej zarzut nie przedłożył żadnego dowodu na jego potwierdzenie. Izba zwraca uwagę, że na to odwołującym się – stosownie do art. 6 K.c. mającego zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ustawy Pzp – spoczywał obowiązek udowodnienia zarzutu. Izba zwraca uwagę, że nie może stanowić dowodu w sprawie informacja znajdująca się na stronie internetowej. Zarzut nieoparty żadnym dowodem nie może zostać uwzględniony.

W analogiczny sposób Izba oceniła zarzut zaoferowania przez konsorcjum VA, konsorcjum CA i Wasko przedmiotu zamówienia – sprzętu – niezgodnego z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SIWZ. W ocenie Izby dla udowodnienia podniesionego zarzutu nie są wystarczające ani instrukcje obsługi, ani też odniesienia do stron internetowych producentów sprzętu. W myśl art. 190 ust. 3 ustawy Pzp dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron. Oczywiście zawarty w cytowanym przepisie katalog jest katalogiem otwarty, niemniej jednak moc dowodowa informacji uzyskanych ze źródeł podanych przez odwołującego się nie pozwala na uwzględnienie podniesionego zarzutu.

Wobec uwzględnienia zarzutu powodującego odrzucenie trzech ofert, czego skutkiem było z kolei pozostanie jedynie dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu zasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp.

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

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....
.....
.....