

Sygn. akt: **KIO 2490/11**

KIO 2496/11

WYROK
z dnia 2 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2011 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 21 listopada 2011 roku przez **Fujitsu Technology Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

B. w dniu 21 listopada 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna w Warszawie, RODAN SYSTEMS Spółka Akcyjna w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w Warszawie**

przy udziale:

- A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna w Warszawie, RODAN SYSTEMS Spółka Akcyjna w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2490/11 po stronie zamawiającego
- B) wykonawcy **Comarch Spółka Akcyjna w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2490/11 i KIO 2496/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia obydwa odwołania i nakazuje zamawiającemu – Ministerstwu Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w Warszawie unieważnienie**

czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **Comarch Spółka Akcyjna w Warszawie** i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w Warszawie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Fujitsu Technology Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (15 000 zł 00 gr), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna w Warszawie, RODAN SYSTEMS Spółka Akcyjna w Warszawie** (15 000 zł 00 gr) tytułem wpisów od odwołań

2) zasądza od **Ministerstwa Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w Warszawie** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Fujitsu Technology Solutions Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna w Warszawie, RODAN SYSTEMS Spółka Akcyjna w Warszawie** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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 2490/11

KIO 2496/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie, wykonanie, zainstalowanie, uruchomienie i wdrożenie Elektronicznego Obiegu Dokumentów”.

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

W dniu 21 listopada 2011 roku wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej: odwołujący Fujitsu) w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., Rodan Systems SA w Warszawie (dalej: odwołujące się Konsorcjum) wnieśli odwołania od czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący Fujitsu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,

Odwołujący Fujitsu zarzucił zamawiającemu, że rozstrzygając postępowanie:

- 1) bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego Fujitsu,
- 2) zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy COMARCH SA
- 3) dokonał wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, uznając że jest nią oferta COMARCH SA.

W związku z powyższym odwołujący się zażądał:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego Fujitsu i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty COMARCH S.A.
- 3) powtórzenia oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą powinna być uznana oferta odwołującego Fujitsu.

Ponadto odwołujący się wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem przedłożonym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono 5 ofert. Zamawiający pismem z dnia 10.11.2011 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez COMARCH S.A. Jednocześnie zamawiający poinformował, że oferty 2 wykonawców, w tym oferta Odwołującego, podlegają odrzuceniu.

Zamawiający za podstawę odrzucenia oferty odwołującego uznał okoliczności wymienione w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a mianowicie iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

Na podstawie pkt 8.2 ppkt 3.3 załącznika nr 1 do SIWZ i pkt 11 ppkt 5 załącznika nr 8 do SIWZ zamawiający wymagał potwierdzenia, że zaoferowane rozwiązanie będzie zapewniało mechanizmy RAID 1, RAID 5 i RAID 6. Odwołujący opisał zaoferowane rozwiązanie w następujący sposób: „mechanizmy zgodne z RAID (RAID-DP) - RAID Dual Parity”. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący pominął zgodność z RAID 1 i 5. W ocenie zamawiającego brzmienie tej propozycji świadczy o tym, że zaoferowane rozwiązanie, jako nie wspierające budowy macierzy dyskowych zgodnych z RAID 1 i RAID 5, nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

Odwołujący Fujitsu nie zgodził się z tak powierzchowną oceną zaoferowanego rozwiązania macierzowego firmy NetApp. Rozwiązanie RAID (RAID-DP) - RAID Dual Parity zapewnia zabezpieczenie zgodne z poziomami niższymi, nie tylko dla RAID 6.

Zaproponowane przez odwołującego Fujitsu rozwiązanie RAID (RAID-DP) - RAID Dual Parity zabezpiecza oferowaną macierz w następujący sposób:

RAID 1 -> mirror dwóch dysków.

RAID 5 -> ochrona przed awarią jednego dysku,

RAID 6 -> ochrona przed awarią dwóch dysków.

Odwołujący Fujitsu podniósł, że zaoferowane rozwiązanie macierzowe znane jest w ogólnodostępnej literaturze informatycznej od kilku lat i dziwi, dlaczego zamawiający tej wiedzy nie posiadał w chwili dokonywanej oceny zgodności oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ. Dodał, że przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający powinien przeprowadzić ocenę merytoryczną opartą nie tylko o dosłowne brzmienie SIWZ i propozycji ofertowej, lecz także mieć na uwadze wiedzę techniczną oraz praktykę stosowania interesujących go rozwiązań technicznych. W niniejszej kwestii zamawiający swoją ocenę ograniczył do wykazania różnic pomiędzy opisem zawartym w SIWZ a tekstem opisu zawartego w ofercie odwołującego Fujitsu, co odwołujący Fujitsu uznał za niewystarczające.

Odwołujący Fujitsu podniósł, że COMARCH S.A. w pkt 5.3 zestawienia rzeczowego dołączonego do oferty zaoferował macierz dyskową o nazwie handlowej ETERNUS DX440.

Producentem macierzy ETERNUS DX440 jest Fujitsu Technology Solutions GmbH. Jest to spółka korporacyjnie powiązana z odwołującym Fujitsu. Z tego względu odwołujący Fujitsu posiada dostęp do informacji handlowych i technicznych dotyczących wszystkich produktów marki Fujitsu.

Odwołujący Fujitsu stwierdził, że Fujitsu Technology Solutions GmbH nie wspiera systemu IBM AIX na macierzy dyskowej ETERNUS 0X440 przy zastosowaniu protokołu iSCSI. Oznacza to, że producent nie gwarantuje i nie odpowiada za wykorzystanie macierzy dyskowej do współpracy z systemem AIX przy pomocy wskazanego w SIWZ protokołu iSCSI.

COMARCH S.A. w pkt 11 ppkt 14 dołączonych do oferty wymagań technicznych i funkcjonalnych" (str.46 oferty) wskazał, że „oferuje interfejsy komunikacyjne iSCSI". Z wypowiedzi tej wynika również, że COMARCH S.A. nie oferuje alternatywnego interfejsu Fibrę Channel, co do którego zamawiający określił dodatkowe wymagania. Zawężenie zastosowania oferowanej macierzy do protokołu iSCSI prowadzi do wniosku, że oświadczenie COMARCH S.A. zawarte w pkt 11 ppkt 14 załącznika nr 8 do SIWZ dotyczące możliwość jednoczesnego połączenia niezależnych systemów, w tym systemu IBM AIX jest niezgodne z deklaracją producenta oferowanej macierzy ETERNUS DX440. Dlatego oświadczenie COMARCH S.A. zawarte w zdaniu drugim ppkt 14 w brzmieniu „Wsparcie dostępne w ramach oferowanych licencji oprogramowania" należy uznać za bezpodstawne w odniesieniu do systemu IBM AIX w kontekście wsparcia macierzy dyskowej ETERNUS DX440 w warunkach protokołu iSCSI.

W świetle powyższych okoliczności odwołujący Fujitsu stwierdził, że COMARCH S.A. zaoferował macierz dyskową nie odpowiadającą wymaganiom określonym w postanowieniach SIWZ. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta podlega odrzuceniu.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna w Warszawie, RODAN SYSTEMS Spółka Akcyjna w Warszawie zaskarżyli czynności zamawiającego polegające na:

- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez COMARCH S.A.;
- zaniechaniu przez zamawiającego czynności wykluczenia COMARCH S.A. z postępowania
- zaniechaniu przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty COMARCH S.A.
- zaniechaniu czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp i wnosząc o:

1. Nakazanie powtórzenia czynności poczynwszy od badania i oceny złożonych ofert w tym oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.
2. Nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy COMARCH S.A.
3. Nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę COMARCH S.A.
4. Nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w uwzględnieniem nieodrzuconych ofert złożonych przez nie wykluczonych wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujące się Konsorcjum podniosło, że w dniu 10 listopada 2011 roku, otrzymaliśmy zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez COMARCH S.A. Wyboru oferty dokonano z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści zarzutów.

Zgodnie z treścią Ogłoszenia o Zamówieniu oraz Warunkami udziału, opisanymi w pkt III 2, ust. 3 ppkt.2 „(...) za spełniających warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 1 pkt. 2, zostaną uznani Wykonawcy, którzy w okresie 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwie usługi w o wartości minimum 1 000 000,00 PLN (...).”.

W „Wykazie wykonanych usług” pkt 1, na stronie 12 Oferty, firma COMARCH S.A. podała informacje dotyczące zamówienia „Zaprojektowanie, dostawa, wdrożenie i uruchomienie Zintegrowanego Systemu Zarządzania Oświatą w Krakowie. Integracja Elektronicznego Obiegu Dokumentów na ponad 250 użytkowników z systemem ERP opartym o bazę Oracle („Systemu”). Wartość brutto: ponad 1 000 000 zł. Data wykonania - grudzień 2008 r.” System ten został faktycznie wykonany przez firmę COMARCH S.A. w latach 2005 - 2007. Końcowy odbiór został dokonany w dniu 15 października 2007 roku.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy mieli obowiązek wykazania się zamówieniami wykonanymi w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert. Usługa wykonania Systemu została zakończona w październiku 2007 roku. Fakt zakończenia jej realizacji został potwierdzony protokołem odbioru końcowego. Z treści wyjaśnień COMARCH S.A. złożonych w związku z zaistniałą sytuacją wynika, że uznał on, iż realizacja prac na podstawie zupełnie innej umowy, dotyczącej rozwoju i konserwacji już wcześniej zrealizowanego i oddanego do użytku systemu, upoważnia go do zsumowania doświadczenia z obu umów.

Na podstawie tak złożonego „Wykazu” oceniono COMARCH S.A. jako spełniającego warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz wybrano ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejsza. W opinii odwołującego się Konsorcjum zatem mamy do czynienia z przypadkiem opisanym w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. COMARCH S.A. podlega zatem wykluczeniu z postępowania. Podał bowiem informacje nieprawdziwą, która wywarła wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Na stronie 44 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 3. Macierz dyskowa, a dalej w pozycji numer 14 tabeli „Podłączenie zewnętrznych systemów operacyjnych” zamawiający wymagał, by istniała „Możliwość jednoczesnego podłączenia niezależnych systemów IBM AIX, Sun Solaris, HP-UX, VM-Ware ESX/ESXi 4.x, VMware Site Recovery Manager, MS Windows 2003 oraz 2008, RedHat Linux, SUSE/SLES. Wsparcie winno być dostępne w ramach oferowanych licencji oprogramowania.”

COMARCH S.A. zaoferował macierz dyskową ETERNUS DX440 firmy Fujitsu, która nie spełnia wymagań w zakresie jej integracji z systemem IBM AIX poprzez iSCSI.

Na podstawie posiadanej dokumentacji producenta odwołujący się Konsorcjum oświadczyło, że macierz ETERNUS DX440 i serwer IBM AIX nie mają możliwości pracy poprzez połączenie iSCSI. W związku z tym macierz ta nie spełnia wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 3. Macierz dyskowa, w pozycji numer 14 tabeli „Podłączenie zewnętrznych systemów operacyjnych” Wymagał by istniała „Możliwość jednoczesnego podłączenia niezależnych systemów IBM AIX, Sun Solaris, HP-UX, VM-Ware ESX/ESXi 4.x, VMware Site Recovery Manager, MS Windows 2003 oraz 2008, RedHat Linux, SUSE/SLES. Wsparcie winno być dostępne w ramach oferowanych licencji oprogramowania.” W połączeniu z pozycją 11 „Obsługa iSCSI” wymóg: „Wymagana jest obsługa protokołu iSCSI.”

W punkcie 12 SIWZ „Zarządzanie grupami dyskowymi oraz dyskami logicznymi” wymagana była: „Możliwość dynamicznej zmiany z poziomu kontrolera, bez przerywania dostępu do danych, następujących parametrów: - zwiększanie oraz zmniejszanie pojemności wolumenów logicznych, Definiowanie, co najmniej 1024 woluminów logicznych w ramach oferowanej macierzy dyskowej. Możliwość definiowania woluminów logicznych o pojemności, co najmniej 16 TB. Macierz musi zapewniać mechanizm thin provisioning, który polega na udostępnianiu większej przestrzeni logicznej, niż jest to fizycznie alokowane w momencie tworzenia danego zasobu. Do zrealizowania powyższej funkcjonalności Zamawiający dopuszcza wykorzystanie urządzeń zewnętrznych. W takim przypadku, dodatkowe urządzenia muszą być redundantne oraz muszą być wyposażone w taką samą liczbę i typ portów zewnętrznych co oferowana macierz dyskowa. Dodatkowo wymaga się potwierdzenia poprawnej współpracy obydwu produktów w dokumentacji każdego produktu.”

Odwołujące się Konsorcjum powołując się na informacje zawarte w podręczniku użytkownika macierzy stwierdziło, że można maksymalnie zdefiniować tylko 512 LUNów dla wspomnianej macierzy, zaś zamawiający w punkcie 12 SIWZ „Zarządzanie grupami dyskowymi oraz dyskami logicznymi” w którym wymagana była: „Możliwość dynamicznej zmiany z poziomu kontrolera, bez przerywania dostępu do danych, następujących parametrów.

- zwiększanie oraz zmniejszanie pojemności wolumenów logicznych, „ żądał:

„Definiowanie, co najmniej 1024 woluminów logicznych w ramach oferowanej macierzy dyskowej." Wobec powyższego macierz nie spełnia również i tego warunku postawionego przez zamawiającego w SIWZ.

Na stronie 45 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 3. Macierz dyskowa, a dalej w pozycji numer 17 tabeli „Zarządzanie" zamawiający wymagał by możliwe było „Zarządzanie macierzą realizowane z linii komend (CLI) oraz poprzez pojedynczy interfejs graficzny. Wymagane jest stałe monitorowanie stanu macierzy oraz możliwość konfigurowania jej zasobów dyskowych. Monitorowanie wydajności macierzy według parametrów takich jak: przepustowość oraz liczba operacji I/O dla grup dyskowych, dysków logicznych (LUN) oraz kontrolerów; monitorowanie przepustowości interfejsów; monitorowanie wykorzystania kontrolerów oraz pamięci. Wymagane jest dostarczenie odpowiedniej licencji dla opisanej funkcjonalności."

Z informacji producenta macierzy dyskowej Fujitsu, a dokładniej z dokumentacji FUJITSU ETERNUS DX400 SERIES (DISK STORAGE SYSTEMS FOR MID-RANGE ENTERPRISES), strona 4. Punkt MANAGEMENT i dalej Administration widnieje jedynie zapis Web-Environment, brak natomiast informacji na temat możliwości zarządzania poprzez CLI.

Dodatkowo w dokumentacji ETERNUS DX400/DX8000 series ETERNUSmgr User Guide również nie ma takiej informacji. W dokumentacji pt. ETERNUS Disk storage systems ETERNUSmgr User Guide- Introduction-, na stronie 8: „Web browser, can be used to Access the ETERNUSmgr backend programs" oznacza to, iż przeglądarki Web mogą być wykorzystywane do uzyskania dostępu do ETERNUSmgr programów backend. W dokumencie tym również brak informacji odnośnie możliwości zarządzania poprzez CLI (Command Line Interface).

Wobec powyższego treść oferty COMARCH SA. nie odpowiada treści SIWZ. Oferta ta podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, szczegółowo opisanymi w SIWZ oraz załączonym opisie przedmiotu zamówienia, wykonawcy mieli obowiązek zaoferować w punkcie 7 formularza oferty licencje na oprogramowanie podmiotów trzecich. COMARCH SA. nigdzie w ofercie nie uwzględnił wymaganych przez zamawiającego licencji na oprogramowanie do zarządzania projektami a także licencji na system operacyjny do zamawianych serwerów. Nadmienić tutaj należy iż wskazany wykonawca opisał w tej pozycji inne licencje, które w niniejszym projekcie zamierza wykorzystać. Taki brak w treści oświadczenia woli nie może być w żaden sposób naprawiony.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2490/11 po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna w Warszawie, RODAN SYSTEMS Spółka Akcyjna w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2490/11 i KIO 2496/11 po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Comarch Spółka Akcyjna w Krakowie.

W odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie w dniu 30 listopada 2011 roku zamawiający wniósł o oddalenie obydwu odwołań.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że obydwaj odwołujący się mają interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający ich do wnoszenia środków ochrony prawnej w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Obydwa odwołania są zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty przystępującego ComArch SA z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na zaoferowaniu macierzy ETERNUS DX440 firmy Fujitsu, która nie spełnia wymagań w zakresie integracji z systemem IBM AIX poprzez iSCSI.

Odwołujący Fujitsu na rozprawie złożył oświadczenie producenta macierzy, tj. Fujitsu Technology Solutions GmbH oraz swoje własne jako przedstawiciela na Polskę Fujitsu Technology Solutions GmbH, iż macierze DX 440 (S1 i S2) nie są gotowe dla połączeń iSCSI z serwerami opartymi o system operacyjny AIX. Dodatkowo oświadczenie takie zostało złożone przez stawającego na rozprawie pełnomocnika odwołującego Fujitsu.

Zamawiający oświadczył, że w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących spełniania przez zaoferowaną macierz wskazanego wyżej warunku zwrócił się z prośbą do przystępującego COMARCH SA o wyjaśnienie tej kwestii. W odpowiedzi uzyskał zapewnienie, iż macierz spełnia pod tym względem wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wyjaśnienia te zamawiający uznał za wystarczające, a zatem nie miał podstaw do uznania w tym zakresie, że treść oferty przystępującego COMARCH nie odpowiada treści SIWZ.

Z kolei przystępujący COMARCH SA złożył na rozprawie oświadczenie Veracomp SA w Krakowie – autoryzowanego dystrybutora produktów Fujitsu Technology Solutions – iż macierze ETERNUS DX 410/DX440 współpracują z serwerami, na których zainstalowano system operacyjny AIX.

Izba oceniając złożone dowody i oświadczenia doszła do przekonania, iż podniesiony przez obydwu odwołujących się zarzut został udowodniony w sposób umożliwiający uznanie go za zasadny.

Oświadczenie co do właściwości macierzy ETERNUS DX 440 zostało złożone przez jej producenta, a zatem podmiotu mającego najlepszą o niej wiedzę. Skoro sam producent macierzy oświadcza, iż produkowany przez niego sprzęt nie ma wymaganej cechy, to należy założyć, że tak jest w istocie. Ponadto oświadczenie producenta zostało poparte oświadczeniem oficjalnego przedstawiciela na Polskę i oświadczenia te nie zostały w ocenie Izby obalone przez dowody złożone przez stronę przeciwną.

Izba co prawda zdaje sobie sprawę z tego, iż odwołujący Fujitsu, który złożył oświadczenie dot. właściwości macierzy, sam jest stroną postępowania, co należy wziąć pod uwagę dokonując oceny dowodów, niemniej jednak Izba nie miała podstaw do zakwestionowania złożonego oświadczenia w sytuacji, gdy nie zostało ono w sposób dostateczny zakwestionowane przez zamawiającego i przystępującego. Zamawiający nie przedłożył żadnego dowodu w rozpoznawanej kwestii, natomiast dowód w postaci oświadczenia Veracomp SA, przedłożony przez przystępującego COMARCH nie jest w ocenie Izby wystarczający dla uznania zarzutu za niezasadny. Z oświadczenia wynika bowiem, iż macierze ETERNUS DX 410/DX 440 współpracują z serwerami, na których zainstalowano system operacyjny AIX, niemniej jednak brak w nim jest zasadniczej informacji, a mianowicie, czy współpraca ta odbywa się przy zastosowaniu podłączenia iSCSI. Z informacji, które Izba uzyskała na rozprawie oraz które wynikają z dokumentacji postępowania wynika bowiem, że taka współpraca może być realizowana w oparciu o inne infrastruktury np. Firbe Channel. Dla niniejszej sprawy istotne znaczenie miało natomiast ustalenie, czy możliwa jest współpraca przy wykorzystaniu iSCSI. Takiej informacji w oświadczeniu Veracomp zabrakło.

Izba nie uwzględniła zarzutu odwołującego Fujitsu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia jego oferty z uwagi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający wymagał, by macierz obsługiwała mechanizmy RAID zgodne z RAID 1, RAID 5 i RAID 6. Odwołujący Fujitsu w odwołaniu podnosił, że zaoferowany przez niego poziom zabezpieczenia RAID DP zabezpiecza oferowaną macierz na poziomach RAID 1, RAID 5 i RAID 6. Na rozprawie odwołujący Fujitsu złożył oświadczenie producenta NetApp Poland Sp. z o.o., z którego wynika, że w przedmiotowym postępowaniu zostały zaproponowane zabezpieczenia RAID realizowane przy pomocy układów poziomego 4 (RAID 4) i poziomego DP (RAID-DP). Funkcjonalności te wbudowane są w NetApp Ontap. Zgodnie z definicjami tych systemów zawartych w ogólnodostępnej literaturze zapewniają one zabezpieczenie zgodne z poniższymi poziomami:

- RAID 1 – mirror dwóch dysków (NetApp Syncmirror, alternatywne rozwiązanie NetApp),
- RAID 4 – zbudowany w oparciu o grupy RAID dwudyskowe,
- RAID 5 – ochrona przez awarią jednego dysku (realizuje NetApp RAID 4),
- RAID 6 – ochrona przed awarią dwóch dysków (realizuje NetApp RAID DP).

Analiza treści oferty odwołującego Fujitsu nie pozwala na stwierdzenie, że zaproponował on zabezpieczenie na wszystkich wymaganych poziomach. W tabeli zawierającej właściwości macierzy dyskowej str. 40 oferty poz. 5 „Sposób zabezpieczenia danych” w kolumnie 3 „Oferowany parametr” odwołujący Fujitsu wpisał: „Macierz obsługuje mechanizmy RAID zgodne z RAID 6 (RAID-DP) – RAID Dual Parity”. Zgodnie z cytowanym wyżej oświadczeniem NetApp Poland Sp. z o.o. poziom RAID DP zapewnia ochronę zgodną z RAID 6, natomiast ochrona na poziomach RAID 1 i 5 realizowana jest poprzez rozwiązanie NetApp Syncmirror (RAID 1) oraz NetApp RAID 4 (RAID 5). W ofercie odwołującego Fujitsu nie uwzględniał rozwiązań NetApp Syncmirror ani NetApp RAID 4. Jak już wyżej wskazano odwołujący wskazał jedynie mechanizm RAID DP, który jest zgodny z RAID 6.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Rozpoznając zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego COMARCH oraz odrzucenia oferty odwołującego Fujitsu Izba uznała, że niezgodność treści tychże ofert z treścią SIWZ dotyczy przedmiotu zamówienia, czyli elementu przedmiotowo istotnego oferty wskazanych wykonawców i polega na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym jednego z elementów o właściwościach niezgodnych z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Zdaniem Izby taka niezgodność jednoznacznie

przesądza o zaistnieniu przesłanki wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co uzasadnia ich odrzucenie na tej właśnie podstawie.

Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia przystępującego COMARCH SA z powodu podania przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni byli wykazać, że w okresie 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej dwie usługi o wartości minimum 1.000.000 zł (słownie: jeden milion złotych) każda w zakresie wdrażania systemów informatycznych zł, w tym co najmniej jedna dotyczyła dostarczenia i wdrożenia systemu elektronicznego obiegu dokumentów w obszarze organów administracji publicznej dla minimum 250 użytkowników, obejmującego integrację z systemem klasy ERP opartym na relacyjnej bazie danych Oracle (w skład którego wchodziły moduły finansowo-księgowo oraz kadrowo-płacowe).

W „Wykazie wykonanych usług” pkt 1, na stronie 12 oferty przystępujący COMARCH S.A. podał informacje dotyczące zamówienia „Zaprojektowanie, dostawa, wdrożenie i uruchomienie Zintegrowanego Systemu Zarządzania Oświatą w Krakowie. Integracja Elektronicznego Obiegu Dokumentów na ponad 250 użytkowników z systemem ERP opartym o bazę Oracle („Systemu”). Wartość brutto: ponad 1 000 000 zł. Data wykonania - grudzień 2008 r.” Odwołujące się Konsorcjum podniosło, że system ten został faktycznie wykonany przez firmę COMARCH S.A. w latach 2005 - 2007. Końcowy odbiór został dokonany w dniu 15 października 2007 roku. Na dowód powyższego odwołujące się Konsorcjum przedstawiło dokument archiwalny Biuletynu Informacji Publicznej Miasta Krakowa, którym wskazano czas realizacji ww. projektu - 10.11.2005 - 31.12.2007, kopię protokołu odbioru systemu oraz kopię umowy z dnia 26 lutego 2007 roku w sprawie realizacji systemu. Na rozprawie odwołujący się i przystępujący Comarch SA przedstawili ponadto kopię umowy z 2008 roku, która dotyczyła rozwoju i konserwacji systemu oddanego do użytku w 2007 roku.

Izba po zbadaniu złożonych dowodów doszła do wniosku, iż jedynie umowa zakończona w 2007 roku odpowiada pod względem zakresu wymogom w przedmiotowego postępowania. Skoro zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zakresie dostarczenia i wdrożenia systemu nadużyciem byłoby twierdzenie, iż warunkowi temu czyni zadość rozwój i konserwacja systemu już istniejącego. Nie sposób również uznać, iż zakres czynności wynikające z obydwu umów mogą zostać w tym przypadku uznane za jedno zadanie, które w sumie potwierdza spełnianie warunku.

Izba potwierdza, że zgodnie z jej ugruntowanym orzecznictwem spełnienie warunku można wykazać wskazując na wykonanie zobowiązań wynikających z kilku umów, nie zaś wyłącznie z jednej, niemniej jednak umowy te muszą być względem siebie tożsame pod względem przedmiotu zamówienia (np. umowy dostawy konkretnego produktu lub produktów zbliżonych do siebie rodzajowo) bądź muszą one stanowić pewną całość z uwagi na przedmiot umowy, a ponadto – zarówno w jednym, jak i drugim przypadku – powinny one być zawierane i realizowane w takim czasookresie, by nie było wątpliwości, iż cały czas chodzi tu o realizację tego samego zadania.

W ocenie Izby warunku tego nie spełniają dwie umowy wskazane przez przystępującego jako spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób uznać za jedno zadanie przedmiotu zawartego w dwóch umowach, z których każda obejmuje inny przedmiot zamówienia, nawet dotyczący tego samego systemu, zwłaszcza w przypadku, gdy pomiędzy zakończeniem realizacji pierwszej umowy i zawarciem drugiej minęło ponad pół roku. Izba nie podejmuje się tutaj określenia, jaki jest dopuszczalny okres przerwy pomiędzy realizacją umów wskazując, że każdy taki przypadek powinien być rozpoznawany osobno, w zależności od danego stanu faktycznego. Niemniej jednak w niniejszym przypadku Izba uznała, że skoro pierwsze zadanie zostało zakończone i odebrane zgodnie z zobowiązaniem wynikającym z umowy, a kolejna umowa zawarta po ponad pół roku od zakończenia realizacji pierwszej zawiera inny zakres zadań, to nie można tu w żaden sposób mówić o jednolitości i tożsamości zamówienia.

Reasumując powyższe Izba stwierdziła, iż tylko umowa zakończona w 2007 roku odpowiadała pod względem zakresu i wartości wymogom niniejszego postępowania, niemniej jednak – z uwagi na czas jej zakończenia – przystępujący Comarch SA nie wykazał, że zobowiązanie wynikające z umowy wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Tym samym w ocenie Izby wykonawca ten nie wykazał, że spełnia wskazany warunek udziału w postępowaniu.

Niemniej jednak Izba nie uwzględniła podniesionego przez odwołującego się zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy, który przedstawił w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Analizując treść oferty i wyjaśnień przystępującego Comarch Izba ustaliła, że wskazywane przez niego informacje nie nosiły znamion niezgodności z prawdą. Informacje były prawdziwe, natomiast niewłaściwa była ich ocena pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana przez przystępującego Comarch i w rezultacie przez zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że o niezgodności z prawdą moglibyśmy mówić w przypadku, gdyby nieprawdziwe były fakty, takie jak, np.: podanie nieprawdziwego zakresu zobowiązania wynikającego z umowy czy fałszywej daty realizacji zadań, czy też nieprawdziwej informacji co do wartości

umowy. Tu zaś wszystkie informacje były prawdziwe, a spór dotyczył tego, czy informacje te potwierdzają, że dany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, czyli czy właściwa jest ich ocena. W ocenie Izby stanowisko zamawiającego i przystępującego co do spełniania przez Comarch SA warunków udziału w postępowaniu było wadliwe, lecz ustalenie to nie potwierdza naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Gdyby odwołujący się podniósł, że przystępujący Comarch SA nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to zarzut taki zostałby uwzględniony. Zarzut dotyczący podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania Izba jako niezasadny oddaliła.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niezgodności zaoferowanej przez przystępującego Comarch SA macierzy nie odpowiadającej opisowi przedmiotu zamówienia poprzez brak odpowiedniej ilości woluminów logicznych oraz braku możliwości zarządzania macierzą realizowanego z linii komend CLI. W ocenie Izby zarzut ten nie został przez odwołujące się Konsorcjum udowodniony. Odwołujące się Konsorcjum powołało się jedynie na informacje zawarte w podręcznikach użytkownika produktu, co w ocenie Izby jest niewystarczające dla wykazania zasadności zarzutu. Żaden inny dowód, w szczególności oświadczenie producenta macierzy bądź podmiotu upoważnionego do jej dystrybucji, nie został przez odwołujące się Konsorcjum złożony. Izba podkreśla, że to na odwołującym się spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, jako tym, który ze wskazywanego faktu wywodził korzystne dla siebie skutki prawne. Z uwagi na brak takiego dowodu Izba zarzut oddaliła.

Izba nie uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w treści oferty licencji na oprogramowanie podmiotów trzecich. Izba przeprowadziła dowód z dokumentu z dnia 8 listopada 2011 roku zawierającego wyjaśnienia wykonawcy Comarch SA i uznała, że wyjaśnienia te są wiarygodne i logiczne i nie uzasadniają podniesionego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

.....