

**WYROK**

**z dnia 21 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Konik  
Piotr Kozłowski  
Emil Kuriata**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **TRADEX SYSTEMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

.....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup 2 sztuk bibliotek taśmowych na potrzeby systemu backupu ARiMR” znak sprawy: DPiZP.2610.31.2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 listopada 2017 r., pod nr 2017/S 216-448627.

W dniu 4 czerwca 2018 r. wykonawca TRADEX SYSTEMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na wyborze oferty Fujitsu Technology Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy pzp poprzez błędną ocenę oferty Wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej: FUJITSU) i uznanie jej za zgodną z treścią SIWZ, pomimo iż oferta złożona przez tego Wykonawcę powinna podlegać odrzuceniu, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. Wykonawcy, pomimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
2. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy FUJITSU i uznanie, że Wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu i SIWZ, pomimo iż ww. Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów i oświadczeń;
3. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy FUJITSU do uzupełnienia dokumentów ewentualnie do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowania dotyczącego wiedzy i doświadczenia i uznanie, że Wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w ogłoszeniu i SIWZ, pomimo iż ww. Wykonawca nie potwierdził jego spełnienia;

oraz naruszenie innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny oferty FUJITSU i względnie jej odrzucenie.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodu z akt sprawy o sygn. KIO 433/18 i KIO 436/18 na okoliczność potwierdzenia ilości i rodzaju licencji zaoferowanych przez FUJITSU;
2. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny informatyki na okoliczność stwierdzenia, że zaoferowane przez FUJITSU dla biblioteki QUANTUM i6000 ilości i rodzaje licencji nie spełniają wymagania określonego w pkt 17 Tabeli w związku z wymaganiami określonymi w pkt. 5 i 11 Tabeli;
3. na podstawie art. 190 ust. 3 ustawy pzp dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka Pana A. R. - Prezesa Zarządu firmy Veracomp S.A., adres: ul. Zawila 61, 30-390 Kraków, na okoliczność ustalenia, czy dostawa biblioteki taśmowej o pojemności 750 TB bez kompresji na rzecz firmy Veracomp S.A. została zrealizowana przez FUJITSU, w tym ustalenia dokładnej daty dostawy, wartości i pojemności pojedynczej biblioteki taśmowej, poprzez wskazanie producenta, modelu, jej numeru seryjnego i konfiguracji, w szczególności określenia, czy dostawa wymieniona w poz. 1 wykazu wykonanych dostaw miała miejsce, o jakiej wartości, w jakiej dacie oraz czy pojemność pojedynczej biblioteki taśmowej nie była mniejsza niż 750 TB bez kompresji;
4. na podstawie art. 190 ust. 3 ustawy pzp dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka Pani I. W. - Prezesa Zarządu firmy ABC Data S.A., adres: ul. Daniszewska 14, 03-230 Warszawa, na okoliczność ustalenia, czy dostawa bibliotek taśmowych na rzecz firmy ABC Data S.A. została zrealizowana przez FUJITSU, w tym ustalenia dokładnej daty dostawy, wartości i pojemności pojedynczej biblioteki taśmowej, poprzez wskazanie producenta, modelu, jej numeru seryjnego i konfiguracji, w szczególności określenia, czy dostawa wymieniona w poz. 2 wykazu wykonanych dostaw miała miejsce, o jakiej wartości, w jakiej dacie oraz czy pojemność pojedynczej biblioteki taśmowej nie była mniejsza niż 750 TB bez kompresji.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, w tym

dokonana błędna ocena ofert i wybór oferty niezgodnej z treścią SIWZ godzi w interes Odwołującego poprzez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W toku postępowania odwoławczego zakończonego wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2018 r. KIO sygn. akt KIO 433/18 i KIO 436/18 wykonawca FUJITSU złożył oświadczenia, zaliczone do materiału dowodowego, które wskazują, iż wykonawca ten zaoferował do realizacji przedmiotu zamówienia licencje, których rodzaje i ilości nie pozwalają na spełnienie wymagań SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza nie oceniała tych dowodów, bowiem okoliczności wynikające z treści oświadczeń składanych przez FUJITSU były nowymi w sprawie. Stąd też należy uznać, iż Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert w postępowaniu, którego przedmiotem jest zakup 2 sztuk bibliotek taśmowych na potrzeby systemu backupu ARiMR (znak postępowania: DpiZP.2610.31.2017) musi wziąć pod uwagę oświadczenia i dowody składane przez FUJITSU w toku rozprawy, bowiem stanowią one uszczegółowienie treści oferty tego wykonawcy i co istotne wskazują, iż jest ona niezgodna z SIWZ, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem niniejsze odwołanie, jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa biblioteki taśmowej - zaawansowanego, profesjonalnego urządzenia do archiwizacji danych. Zamawiający opisał to urządzenie w pkt. 1.1.5 SIWZ poprzez jego wymagania funkcjonalne. Taki opis wskazywał na konieczność dostawy biblioteki taśmowej o budowie modułowej, charakteryzującej się dużym upakowaniem (pkt. 1 Tabeli), szybkością działania (pkt 16 Tabeli), wysoką niezawodnością poprzez zastosowanie min. dwóch, redundantnych robotów pracujących niezależnie (pkt 6 Tabeli), w tym podzespołów typu hotswap/hotplug (pkt 12 Tabeli) i redundantnych interfejsów przyłączeniowych (pkt 11 Tabeli). Biblioteka taśmowa miała charakteryzować się również zaawansowanymi funkcjonalnościami, takimi jak partycjonowanie, tj. mieć możliwość podzielenia jej na co najmniej 12 logicznych bibliotek, każda z dedykowanymi napędami i slotami (pkt 5 Tabeli). Oferowana konfiguracja biblioteki taśmowej miała zostać wyposażona również we wszelkie licencje niezbędne do realizacji wymaganych w SIWZ funkcjonalności urządzenia (pkt 17 Tabeli).

Zgodnie z treścią oferty, Wykonawca FUJITSU zaoferował dostawę bibliotek taśmowych i6000 firmy QUANTUM, które zgodnie z oświadczeniem złożonym przez FUJITSU jako dowód w toku postępowania odwoławczego zakończonego wyrokiem z dnia

16 kwietnia 2018 r. KIO, sygn. akt KIO 433/18 i KIO 436/18, zostały wyposażone w licencje, których rodzaje i ilości nie pozwalają na spełnienie wymagań SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza nie oceniała złożonych dowodów, bowiem okoliczności wynikające z treści oświadczeń składanych przez FUJITSU były nowymi w sprawie. Wobec powyższego Odwołujący, pismem z dnia 2018.05.16, złożył zawiadomienie do Zamawiającego wskazując na przesłanki i okoliczności, które powinny skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy FUJITSU w trybie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp. Pismo Odwołującego w tej sprawie pozostało nie rozpatrzone. Zamawiający nie wszczął również procedury wyjaśniającej, pomimo iż w odniesieniu do treści ofert innych Wykonawców (Cloudware Sp. z o.o., Com pa rex S.A.), na skutek zawiadomienia FUJITSU, taka procedura wyjaśniająca została przeprowadzona przez Zamawiającego.

Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta Wykonawcy FUJITSU nie spełnia wymagań SIWZ i powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w pkt. 11, 6, 5 i 3 Tabeli (str. 2 i 3 SIWZ), Zamawiający wymagał, aby zaoferowane konfiguracje bibliotek taśmowych wyposażone były w co najmniej 24 napędy taśmowe oraz dwa niezależnie pracujące oraz redundantne roboty, przy czym każdy z napędów oraz każdy z robotów podłączone mają zostać do sieci SAN poprzez 2 redundantne interfejsy FC 8Gbit/s i posiadać "funkcjonalność umożliwiającą pracę tego komponentu [napędu, robota] w przypadku awarii jednego z portów FC 8Gbit/s". Dodatkowo, zaoferowane konfiguracje bibliotek miały charakteryzować się możliwością "podzielenia pojedynczej biblioteki na co najmniej 12 logicznych bibliotek [partycji] każda z dedykowanymi napędami i slotami" oraz posiadać "możliwość podziału asymetrycznego każdej fizycznej biblioteki".

W przypadku bibliotek taśmowych Quantum i6000 zaoferowanych przez wykonawcę FUJITSU, powyższe wymagania opisane w pkt. 11, 6, 5 i 3 Tabeli SIWZ są realizowane poprzez dodatkowe, opcjonalne licencje: "Quantum Scalar i6000 and AEL6000 Advanced Path Failover license (numer katalogowy LSC6K-ALAP-BO5A)", oraz "Quantum Scalar i6000 Partitioning Option License Key (numer katalogowy LSC2K-APAR-001A)" (oświadczenie złożone jako dowód przez Fujitsu).

Producent biblioteki oferuje również opcjonalne licencje "Quantum Scalar i6000 and AEL6000 Basic Path Failover license (numer katalogowy LSC6K-ALBP-A05A)", ale funkcjonalności realizowane poprzez tą licencję są ograniczone. Zgodnie z bazą wiedzy "Knowledge Base" firmy Quantum, dostępną pod adresem <http://Qsupport.quantum.com/kb/node/4552>. głównym ograniczeniem licencji Basic Path Failover jest konieczność podłączenia wszystkich komponentów biblioteki (napędów, robotów) wyłącznie do jednej strefy (Zone) sieci SAN w celu zapewnienia automatycznego przełączania ścieżek, i konieczność ręcznego przełączenia ścieżki do właściwej strefy

(Zone), w przypadku podłączenia komponentów do różnych sieci (multi-fabric) SAN, wymagające każdorazowo ręcznej ingerencji administratora w przypadku awarii ścieżki (połączenia FC). Tym samym, przy zastosowaniu licencji Basic Path Failover wymóg redundancji połączeń FC 8 Gb/s napędów taśmowych i robotów nie jest spełniony (pkt 11 Tabeli SIWZ). Podkreślenia wymaga, że podział biblioteki na biblioteki logiczne (partycje) (pkt 5 Tabeli SIWZ) wiąże się z koniecznością podłączenia biblioteki do wielu różnych stref (Zone) sieci SAN, tzw. multi-fabric SAN. Dla 1 biblioteki z 12 partycjami wymagana minimalna ilość stref (Zone) to 24.

W związku z powyższym, licencje "Quantum Scalar i6000 and AEL6000 Basic Path Failover license (numer katalogowy LSC6K-ALBP-A05A) nie spełniają wymagań SIWZ, z uwagi na to, że treść postanowień SIWZ nakładała na wykonawców obowiązek zaoferowania takiego rozwiązania, które miało realizować wymagania zawarte w pkt. 11,6, 5 i 3 Tabeli SIWZ w każdych warunkach i bez ograniczeń (vide Wyrok KIO 433/18, 436/18, str. 25, akapit 1 i 2).

Uwzględniając uwarunkowania techniczne i ograniczenia licencyjne wskazane powyżej, w celu spełnienia wymagań określonych w pkt. 11, 6, 5 i 3 Tabeli (str. 2 i 3 SIWZ), prawidłowe konfiguracje bibliotek taśmowych Quantum i6000 powinny obejmować łącznie dla 2 bibliotek 96 szt. licencji awaryjnego przełączania ścieżek typu Advanced (multi-fabric) "Quantum Scalar i6000 and AEL6000 Advanced Path Failover license" (numer katalogowy LSC6K-ALAP-B05A), zgodnie z poniższym wyliczeniem:

- minimalna ilość dwóch licencji na partycję biblioteki dla przełączania awaryjnego ścieżki kontrolnej i jedna licencja dla każdego napędu korzystającego z przełączania awaryjnego ścieżki danych, zgodnie z warunkami licencyjnymi (ang. Order a minimum quantity of two licenses per library partition for control path failover and one license for every drive using data path failover)
- minimalna ilość partycji: 12 (co daje 24 szt. licencji dla pojedynczej biblioteki)
- minimalna ilość napędów taśmowych: 24 (co daje 24 szt. licencji dla pojedynczej biblioteki)
- ilość bibliotek: 2 (48 szt. /licencji dla pojedynczej biblioteki/ x 2 /ilość bibliotek/, co daje łącznie 96 szt. licencji).

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia treści oferty wykonawcy FUJITSU, potwierdzone dodatkowo oświadczeniem producenta - firmy Quantum - z dnia 14 marca 2018 r., zaoferowane konfiguracje bibliotek obejmują łącznie dwa typy licencji awaryjnego przełączania ścieżek, tj.

- "Quantum Scalar i6000 and AEL6000 Advanced Path Failover license" (numer katalogowy LSC6K-ALAP-B05A) w liczbie 4 szt.

\* "Quantum Scalar i6000 and AEL6000 Basic Path Failover license" (numer katalogowy LSC6K-ALBP-A05A) w liczbie 44 szt.

Jak to zostało wykazane powyżej, zaoferowana przez FUJITSU ilość 4 szt. licencji "Quantum Scalar i6000 and AEL6000 Advanced Path Failover license" (numer katalogowy LSC6K-ALAP-B05A) jest niewystarczająca dla realizacji funkcjonalności opisanych w pkt 11, 6, 5 i 3 Tabeli (str. 2 i 3 SIWZ). Natomiast zaoferowane 44 szt. licencji "Quantum Scalar i6000 and AEL6000 Basic Path Failover license" (numer katalogowy LSC6K-ALBP-A05A) są dla wymaganej w SIWZ konfiguracji biblioteki taśmowej nieprzydatne i zostały błędnie wybrane przez wykonawcę FUJITSU, biorąc pod uwagę przedstawione powyżej uwarunkowania techniczne i wymagania SIWZ.

Z powyższych względów oferta wykonawcy FUJITSU powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy pzp.

Zgodnie z pkt III. 1.1) ogłoszenia o zamówieniu nr 2017/S 216-448627 oraz rozdziałem VI.2 pkt 2 zastrzegł, że o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 - 23, ust. 5 ustawy. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku, Zamawiający żądał m.in. złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, a w przypadku osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, informację z odpowiedniego rejestru, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym miejsce zamieszkania ma dana osoba, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy pzp. Zgodnie z rozdziałem VIII.2 pkt 1 SIWZ, wszystkie dokumenty sporządzone w językach obcych miały być składane wraz z tłumaczeniami na język polski.

Zamawiający pismem z dnia 2018.05.11, sygn. ZP.121.DPiZP.2610.31.2017.AS, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp wezwał Wykonawcę FUJITSU do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania. W odpowiedzi na to wezwanie, Wykonawca FUJITSU pismem z dnia 2018.05.15 złożył odpowiednie informacje z Krajowego Rejestru Karnego oraz zaświadczenie o niekaralności p. R. J. K. - członka zarządu Spółki Wykonawcy wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski.

Z uwagi na to, że złożone zaświadczenie zostało wystawione na więcej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert, tj. nie spełniało wymagań określonych w rozdziale IV.3 pkt. 2 SIWZ, Zamawiający pismem z dnia 2018.05.18, sygn. ZP.124.DPiZP.2610.31.2017.AS, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał Wykonawcę FUJITSU do złożenia dokumentu, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz ust. 5 pkt 6 ustawy pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu



składania ofert, dotyczącego Pana R. K., obywatela Wielkiej Brytanii zamieszkałego w tym kraju, członka zarządu Spółki Wykonawcy FUJITSU. W odpowiedzi na to wezwanie, Wykonawca FUJITSU pismem z dnia 2018.05.21 złożył kolejny dokument dotyczący p. R. K. Dokumentowi temu towarzyszy tłumaczenie przysięgłe wykonane przez tłumacza przysięgłego języka angielskiego p. E. N.-K.. Jednakże złożone przez FUJITSU tłumaczenie jest wadliwe poprzez swoją niekompletność. Zgodnie z nagłówkiem strony, tłumaczenie obejmuje łącznie 3 strony, natomiast Wykonawca złożył wyłącznie stronę pierwszą z trzech stron tłumaczenia. Na brak kompletności dokumentu tłumaczenia wskazuje również brak odpowiedniej adnotacji na złożonej stronie tłumaczenia, potwierdzającej zgodność tłumaczenia z oryginałem dokumentu oraz zawierającej numer repertorium. Zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 25 listopada 2004 o zawodzie tłumacza przysięgłego (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1505), powyższą adnotacją musi być opatrzone każde tłumaczenie wykonane przez tłumacza przysięgłego. Tym samym, należy uznać, że Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z niniejszego postępowania i powinien zostać wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp. Podkreślenia wymaga fakt, że powyższy dokument nie może zostać już ponownie uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1, ustawy pzp.

Zgodnie z pkt III. 1.1) ogłoszenia o zamówieniu nr 2017/S 216-448627 oraz rozdziałem III.I pkt 2 o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy legitymujący się wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednej dostawy jednej biblioteki taśmowej o pojemności minimum 750 TB (bez kompresji). Na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z rozdziałem IV.2 pkt. 2 ppkt. 2 Zamawiający żądał złożenia wykazu dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Zamawiający pismem z dnia 2018.05.11, sygn. ZP. 121.DPiZP.2610,31.2017.AS, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp wezwał Wykonawcę FUJITSU do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na to wezwanie, Wykonawca FUJITSU pismem z dnia 2018.05.15 złożył wykaz dostaw, sporządzony według Załącznika nr 4 do SIWZ, wskazując dwie dostawy wykonane dla firmy ABC Data S.A. i Veracomp S.A. oraz załączając odpowiednie potwierdzenia firm.

Zgodnie z kolumną 3 wykazu, Wykonawca zobowiązany był wskazać wartość brutto dostawy w złotych polskich, a w przypadku, gdy zakres dostawy był szerszy, należało podać wyłącznie wartość dostawy odpowiadającej treści warunku udziału w postępowaniu, tj. wartość biblioteki taśmowej o pojemności nie mniejszej niż 750 TB (bez kompresji). Wartość wskazana w tej kolumnie przez Wykonawcę FUJITSU, dla dostawy zrealizowanej na rzecz

ABC Data S.A. jest taka sama jak wartość podana w dokumencie potwierdzającym (1 000 000 PLN), przy czym Wykonawca nie dokonuje rozróżnienia na wartości netto i brutto. Należy wskazać, że zakres dostaw realizowanych na rzecz tej firmy był znacznie większy niż dostawa urządzeń do zabezpieczenia danych (biblioteki taśmowe) i obejmował dodatkowo dostawę serwerów kasetowe (Blade) i urządzenia pamięci masowej (Storage). Z dokumentu firmy ABC Data S.A. wynika, że dostawy były jakoby realizowane w okresie od sierpnia 2014 r. do kwietnia 2015 r. natomiast brak jest potwierdzenia, czy była to dostawa w ramach jednej umowy czy też wielu umów. Trudno również za poprawne uznać, aby jedna biblioteka o pojemności 750 TB bez kompresji była dostarczana przez Wykonawcę FUJITSU przez osiem miesięcy. Z przedstawionych przez tego Wykonawcę dokumentów i potwierdzeń nie wynika również pojemność dostarczonej biblioteki, poza lakonicznym stwierdzeniem "min. 750 TB bez kompresji".

Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku dostawy zrealizowanej na rzecz firmy Veracomp S.A, z tym że wartość dostawy wskazana w potwierdzeniu wystawionym przez tę firmę budzi wątpliwości co do jej prawidłowości, bowiem wartość wyrażona cyfrowo jest odmienna niż wartość podana słownie i różni się od wartości wskazanej przez Wykonawcę w kolumnie 3 wykazu. Również w przypadku tej dostawy należy wskazać, że jej zakres był znacznie większy niż dostawa urządzeń do zabezpieczenia danych (biblioteki taśmowe) i obejmował dodatkowo dostawę serwerów kasetowe (Blade) i urządzenia pamięci masowej (Storage). Z dokumentu firmy Veracomp S.A. wynika, że dostawy były jakoby realizowane w okresie od stycznia 2014 r. do grudnia 2014 r. natomiast brak jest potwierdzenia, czy była to dostawa w ramach jednej umowy czy też wielu umów. Trudno również uznać za poprawne, aby jedna biblioteka o pojemności 750 TB bez kompresji była dostarczana przez Wykonawcę FUJITSU przez jeden rok. Z przedstawionych przez tego Wykonawcę dokumentów i potwierdzeń nie wynika również pojemność dostarczonej biblioteki, poza lakonicznym stwierdzeniem "min. 750 TB bez kompresji".

Z powyższych względów, na podstawie złożonych przez Wykonawcę FUJITSU dokumentów i potwierdzeń, nie można uznać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a tym samym Wykonawca powinien zostać wezwany, w pierwszej kolejności do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp. a w przypadku nie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu - Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp.

W dniu 6 czerwca 2018 r. wykonawca Fujitsu Technology Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości.

Pismem z dnia 18 czerwca 2018 r. Przystępujący wyraził swoje stanowisko argumentując, że zarzut sformułowany w pkt 1 *petitum* odwołania nie powinien być przez Izbę rozpoznawany, względnie powinien być oddalony, w zakresie pozostałych zarzutów Przystępujący również wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody oraz dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 433/18 i 436/18, ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący) przystąpienia do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż w ocenie składu orzekającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu wskazać należy, że skład orzekający postanowił nie kierować na rozprawę zarzutu sformułowanego w pkt 1 *petitum* odwołania – tj. dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy pzp poprzez błędną ocenę oferty Wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej: FUJITSU) i uznanie jej za zgodną z treścią SIWZ, pomimo iż oferta złożona przez tego Wykonawcę powinna podlegać odrzuceniu, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. Wykonawcy, pomimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – z następujących powodów.

Izba ustaliła, że w dniu 5 marca 2018 r. Odwołujący w przedmiotowej sprawie, tj. wykonawca Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 433/18), w którym zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę ofert wykonawców: Cloudware Polska Sp. z o.o., Comparex Poland Sp. z o.o. i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. i uznanie ich za zgodne z treścią SIWZ, pomimo iż oferty złożone przez tych wykonawców powinny podlegać odrzuceniu, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców, pomimo iż ich treść jest niezgodna z treścią SIWZ, a ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
2. względnie naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu ww. odwołania Odwołujący wskazał m.in., że bardzo niska cena konfiguracji pojedynczej biblioteki taśmowej wskazuje również na nieuwzględnienie w ofercie wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. kosztu wszystkich opcji urządzenia warunkujących realizację wymagań określonych w SIWZ, jak np. tych wyspecyfikowanych w punkcie 11 Tabeli. Co prawda zaoferowana przez ww. wykonawcę biblioteka taśmowa Quantum i6000 jest w stanie technicznie spełnić wymaganie określone w punkcie 11 Tabeli, jednakże aby dana funkcjonalność była aktywna, niezbędne jest wykupienie dodatkowych, opcjonalnych licencji, których oferta tego wykonawcy nie obejmuje.

Jak wynika z akt sprawy odwoławczej wywołanej ww. odwołaniem, w sprawie tej odbyły się trzy rozprawy w terminach 20 marca 2018 r., 28 marca 2018 r. oraz 11 kwietnia 2018 r. Na podstawie protokołów z rozpraw Izba ustaliła, że na rozprawie w dniu 20 marca 2018 r. Przystępujący złożył dowód w postaci oświadczenia producenta Quantum z 14.03.2018 r., z którego wynika, że zaoferowane licencje spełniają wymogi z punktu 11 tabeli 1 OPZ, a także wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ, w tym co do licencji. Podczas rozprawy w dniu 28 marca 2018 r. Przystępujący złożył kolejny dowód, tj. oświadczenie QUANTUM z dnia 27.03.2018r, wraz z tłumaczeniem, które zostało podpisane przez inną osobę, która pełni funkcję szefa technicznego wsparcia sprzedaży na centralną Europę, oraz wskazał, że w jego ocenie 48 licencji wystarczy do spełnienia wymogów Zamawiającego. Ponadto Przystępujący zakwestionował sposób wyliczenia przez Odwołującego ilości 96 licencji i wskazał, że skoro, jak twierdzi Odwołujący, na każdą partycję biblioteki wymagane są 2 licencje, a na każdy napęd taśmowy wymagana jest 1 licencja, to 2x12 daje 24 oraz 1x24 daje 24, co łącznie daje 48 licencji, a zatem tyle, ile wskazano w oświadczeniu QUANTUM. Na pytanie Przewodniczącej wyjaśnił, że jedna

biblioteka zawiera 12 partycji i 24 napędy. Ponadto wskazał, że 1 licencja obsługuje partycję i napęd. Na pytanie Przewodniczącej wyjaśnił też, że nie istnieje partycja bez napędu oraz że dla oferowanej biblioteki przyjął 48 licencji, która odpowiada ilości napędów w dwóch bibliotekach. Zauważył, że licencje te obejmują też partycje.

Ponadto na podstawie ww. protokołów z rozpraw Izba ustaliła, że Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wskazał, że Przystępujący, po pierwsze, zaoferował za mało licencji, po drugie, licencje te były nieodpowiednie. Zgodził się z Przystępującym, że jest 12 partycji i 24 napędy w jednej bibliotece. Skoro zatem na partycję przysługują 2 licencje to potrzeba 24 licencji na 12 partycji. Na jeden napęd przysługuje 1 licencja, skoro jest ich 24 to potrzeba 24 licencji. Wobec tego Przystępujący powinien zaoferować zgodnie z ww. obliczeniami 96 licencji. Zdaniem Odwołującego nie tylko napędy powinny być połączone z interfejsem. Zwrócił uwagę na wymogi określone w punkcie 11 tabeli zawartej w OPZ. Wskazał, że każda biblioteka musi mieć 1 partycję, a z oświadczenia QUANTUM wynika, że Przystępujący zaoferował 4 licencje ADVANCED. Skoro miały być 24 napędy i mamy 2 biblioteki, to licencji BASIC powinno być 48. Zwrócił uwagę, że licencje ADVANCED dot. licencji na partycję, a licencje BASIC dot. licencji na napędy połączone pojedynczym interfejsem (odnosi się to do oświadczenia złożonego przez Przystępującego, a nie do zasad licencjonowania). Żeby spełnić wymogi Zamawiającego określone w SIWZ musi być 96 licencji. Wskazał, że do przełączania ścieżek potrzebna jest licencja ADVANCED. To samo dot. licencji na partycję. Wskazał, że łącznie licencji ADVANCED powinno być 96. Jego zdaniem licencje BASIC są nieprzydatne.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na powyższe Przystępujący wyjaśnił, że z dowodu załączonego przez Odwołującego do pisma procesowego z dnia 25.03.2018 r. dot. warunków licencjonowania wynika, że jedna licencja jest na każdy napęd (aktywuje każdy napęd). Skoro jest ich 24 to powinny być 24 licencje na jedną bibliotekę, a zatem łącznie 48 licencji. Przy czym, aby zostało spełnione przełączanie awaryjne, musi zostać zapewniona co najmniej ilość 2 licencji na partycję, nie są to licencje na partycję. Nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że licencje BASIC nie obsługują tego przełączenia awaryjnego. Powyższe jest zgodne z ww. dowodem złożonym przez Odwołującego.

Ponadto Izba ustaliła, że w wyroku z dnia 16 kwietnia 2018 r. w sprawie o sygn. KIO 433/18 i KIO 436/18 skład orzekający wskazał: *Odnosząc się do dwóch ostatnich zarzutów podniesionych względem oferty wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., tj. dotyczących nieuwzględnienia w ofercie kosztu wszystkich opcji urządzenia, warunkujących realizację wymagań określonych w SIWZ, jak np. tych wyspecyfikowanych w punkcie 11 tabeli, do zapewnienia których wymagane jest wykupienie dodatkowych, opcjonalnych*

*licencji oraz nieuwzględnienia pełnego przedmiotu zamówienia opisanego szczegółowo w punkcie 1.1,2,3 i 4 SIWZ wskazać należy, iż z treści odwołania nie sposób wywieść, czy wskazanym w uzasadnieniu odwołania okolicznościom faktycznym należy przypisać naruszenia przepisów ustawy Pzp podane w punkcie 1 czy też 2 części wstępnej odwołania, tzw. petitum. Izba zauważa, że obydwie zarzuty zostały oparte na tezie, że zbyt niska cena konfiguracji pojedynczej biblioteki taśmowej oraz niska wycena pozycji 2 tabeli nr 2 formularza ofertowego miały potwierdzać, zdaniem Odwołującego 1, nieobjęcie ofertą odpowiednio zakupu dodatkowych, opcjonalnych licencji w celu potwierdzenia funkcjonalności przykładowo wskazanych w punkcie 11 tabeli opisu przedmiotu zamówienia oraz zakupu 160 godzin konsultacji.*

Ponadto skład orzekający w sprawie o sygn. KIO 433 i KIO 436/18 wskazał, że: *Dodatkowo w toku postępowania odwoławczego wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. złożył oświadczenia producenta oferowanej biblioteki taśmowej z dnia 14 i 27 marca 2018 r. potwierdzające uwzględnienie wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ, w tym 4 licencji advanced oraz 44 licencji basic. Nadto z treści powyższych oświadczeń wynikało, iż ww. licencje umożliwiają spełnienie wymagań z punktu 11 tabeli opisu przedmiotu zamówienia.*

*W świetle powyżej przedstawionych okoliczności, zdaniem Izby, Odwołujący 1 nie udowodnił, że w złożonej przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. ofercie nie zostały uwzględnione licencje niezbędne do spełnienia funkcjonalności wymaganych w punkcie 11 tabeli opisu przedmiotu zamówienia, co miała potwierdzać zdaniem odwołującego się wykonawcy niska cena pojedynczej biblioteki taśmowej. (...)*

*Dalsze twierdzenia Odwołującego 1 przedstawione w piśmie procesowym z dnia 25 marca 2018 r., podniesione w odpowiedzi na złożone przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. wspomniane wyżej oświadczenia producenta sprzętu, dotyczące nieprawidłowej liczby licencji oraz licencji nieodpowiedniego rodzaju, stanowiły w ocenie Izby nowe zarzuty, które jako spóźnione (bowiem niesformułowane w treści odwołania), nie mogły zostać rozpoznane przez Izbę.*

Wobec powyższych ustaleń skład orzekający w przedmiotowej sprawie odwoławczej doszedł do przekonania, że zarzut sformułowany w pkt 1 *petitum* odwołania jest spóźniony, gdyż został podniesiony w sprawie odwoławczej o sygn. KIO 433 i KIO 436/18 rozstrzygniętej wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2018 r. Analiza akt postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem z dnia 5 marca 2018 r. wykazała, że już wtedy Odwołujący kwestionował, czy przystępujący oferuje licencje pozwalające na zapewnienie funkcjonalności opisanej w Tabeli SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym

Odwołujący kwestionuje prawidłowość ilości zaoferowanych przez Przystępującego dodatkowych, opcjonalnych licencji, które mają realizować wymagania opisane w pkt. 11, 6, 5 i 3 Tabeli SIWZ. Natomiast w odwołaniu z dnia 5 marca 2018 r. Odwołujący podnosił, że oferta Przystępującego nie obejmuje dodatkowych, opcjonalnych licencji, potrzebnych do zapewnienia funkcjonalności wskazanych ww. Tabeli SIWZ.

W tym miejscu wskazać należy, że powołanie się w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym na te same okoliczności, dotyczące czynności lub zaniechań zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia na skutek poprzedniego odwołania jest niedopuszczalne. Odwołujący stwarza jedynie pozory, że wnosi odwołanie od wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż w rzeczywistości próbuje ponownie odnieść się do oświadczeń złożonych przez Przystępującego jako dowody w sprawie odwoławczej o sygn. KIO 433 i KIO 436/18. Zwrócić uwagę należy, że szansę na odniesienie się do tych dowodów Odwołujący miał podczas rozpraw, które odbyły się w poprzedniej sprawie odwoławczej, lecz zaprezentował wówczas swoją argumentację w taki sposób, że wykraczała ona poza zarzuty podniesione w odwołaniu i została uznana za nowe, spóźnione zarzuty. W ocenie Izby okoliczność, że Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert i tym razem wybrał ofertę złożoną przez Przystępującego jako najkorzystniejszą nie może być interpretowana jako przywrócenie Odwołującemu terminu na wniesienie odwołania dla zakwestionowania tej samej okoliczności, która była kwestionowana przez niego za pierwszym razem, tj. „zaoferowania nieprawidłowej ilości dodatkowych, opcjonalnych licencji, które mają realizować wymagania opisane w pkt. 11, 6, 5 i 3 Tabeli SIWZ”. Skoro bowiem już w odwołaniu z dnia 5 marca 2018 r. Odwołujący postanowił zakwestionować zaoferowanie przez Przystępującego dodatkowych, opcjonalnych licencji, potrzebnych do zapewnienia funkcjonalności wskazanych ww. Tabeli SIWZ, powinien był podnieść omawiany zarzut w sposób wyczerpujący.

Na marginesie zauważyć można, że Odwołujący jest profesjonalnym i doświadczonym podmiotem na rynku dostaw sprzętu informatycznego i jako taki doskonale orientuje się w jego realiach, a także posiada rozeznanie na temat istniejącej dla niego konkurencji i jej możliwości ofertowych. Skoro w odwołaniu z dnia 5 marca 2018 r. kwestionował możliwość zaoferowania przez Przystępującego dodatkowych, opcjonalnych licencji, potrzebnych do zapewnienia funkcjonalności wskazanych ww. Tabeli SIWZ, obiektywnie nic nie stało na przeszkodzie, aby możliwie szeroko opisać wszelkie okoliczności faktyczne mogące mieć znaczenie dla pozytywnego rozstrzygnięcia tamtej sprawy. Odwołujący tego nie uczynił i poniósł tego konsekwencje w postaci uznania przez Izbę w wyroku z dnia 16 kwietnia 2018 r., że „(...) nie udowodnił, że w złożonej przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. ofercie nie zostały uwzględnione licencje

niezbędne do spełnienia funkcjonalności wymaganych w punkcie 11 tabeli opisu przedmiotu zamówienia”.

Odnosząc się do twierdzenia zawartego w odwołaniu będącym przedmiotem rozpoznania w tej sprawie odwoławczej, zgodnie z którym: *W toku postępowania odwoławczego zakończonych wyrokami z dnia 16 kwietnia 2018 r. KIO sygn. akt KIO 433/18 i KIO 436/18 wykonawca FUJITSU złożył oświadczenia, zaliczone do materiału dowodowego, (...) Krajowa Izba Odwoławcza nie oceniała tych dowodów, bowiem okoliczności wynikające z treści oświadczeń składanych przez FUJITSU były nowymi w sprawie., wskazać należy, że jest ono wewnętrznie sprzeczne, ponieważ z jednej strony Odwołujący przyznaje, że dowody te zostały przez Izbę zaliczone do materiału dowodowego, z drugiej zaś twierdzi, że Izba nie oceniła tych dowodów.*

W tym miejscu wyjaśnić należy, że jeśli złożone dowody zostają zaliczone do materiału dowodowego, to podlegają stosownej ocenie i tak było również w omawianej sprawie odwoławczej, co wynika wprost z uzasadnienia wyroku z dnia 16 kwietnia 2018 r., gdzie skład orzekający wskazał, że: *Dodatkowo w toku postępowania odwoławczego wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. złożył oświadczenia producenta oferowanej biblioteki taśmowej z dnia 14 i 27 marca 2018 r. potwierdzające uwzględnienie wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ, w tym 4 licencji advanced oraz 44 licencji basic. Nadto z treści powyższych oświadczeń wynikało, iż ww. licencje umożliwiają spełnienie wymagań z punktu 11 tabeli opisu przedmiotu zamówienia.*

*W świetle powyżej przedstawionych okoliczności, zdaniem Izby, Odwołujący 1 nie udowodnił, że w złożonej przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. ofercie nie zostały uwzględnione licencje niezbędne do spełnienia funkcjonalności wymaganych w punkcie 11 tabeli opisu przedmiotu zamówienia (...)*”. Zatem skład orzekający dokonał oceny omawianych dowodów i przesądził tym samym, że wobec ich złożenia i wobec ich treści Odwołujący nie udowodnił, że oferta Przystępującego nie obejmuje licencji mających zapewnić funkcjonalności, o których mowa w SIWZ.

Dodatkowo podkreślić należy, że jeśli Odwołujący nie zgadzał się z takim rozstrzygnięciem Izby, miał prawo skorzystania z możliwości wniesienia skargi do sądu okręgowego na ww. wyrok, czego jednak nie uczynił, lecz zamiast tego ponownie próbował podnosić zarzut oparty na tych samych okolicznościach przed Izbą w przedmiotowej sprawie odwoławczej.

Izba rozpoznała wobec powyższego tylko zarzuty wskazane w pkt 2 i 3 petitum odwołania. W tym zakresie Izba ustaliła co następuje.



Pismem z dnia 11 maja 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 15 maja 2018 r. złożył Zamawiającemu żądane dokumenty, w tym przedstawił:

- wykaz dostaw sporządzony na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, w którym wskazał, że wykonał dwie dostawy biblioteki taśmowej o pojemności 750 TB bez kompresji wykonane na rzecz ABC Data S.A. i Veracomp S.A. Wraz z wykazem przedstawiono referencje wystawione przez ww. podmioty pochodzące odpowiednio z dnia 5 maja 2015 r. oraz 2 kwietnia 2015 r. potwierdzające m.in. że wykonane dostawy miały za przedmiot biblioteki taśmowe oraz że dostawy zostały wykonane w terminie, z należytą starannością, zgodnie z zawartą umową.
- jednostronicowy dokument wystawiony przez Disclosure Scotland z dnia 14 czerwca 2017 r., wraz z jego tłumaczeniem na język polski składającym się z jednej strony, sporządzonym przez tłumacza przysięgłego.

Pismem z dnia 18 maja 2018 r. Zamawiający działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Przystępującego od uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak karalności członka zarządu R. K., gdyż przedstawione zaświadczenie zostało wystawione ponad 6 miesięcy przed terminem składania ofert.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący uzupełnił ponownie dokument wystawiony przez Disclosure Scotland z dnia 6 grudnia 2017 r. składający się z 1 strony (w prawym górnym rogu pod numerem dokumentu i daty wystawienia widnieje informacja „Page 1 of 1”) dokument opatrzony jest dwoma kodami umożliwiającymi ich zeskanowanie. Wraz z tym dokumentem zostało załączone jego tłumaczenie sporządzone przez tłumacza przysięgłego, tłumaczenie dotyczy jednej strony z jakiej składa się oryginał, a z jego treści wynika, że wnioskodawca, którym jest R. K. nie figuruje w kartotece skazanych – brak skazań podlegających ujawnieniu. Z treści tłumaczenia wynika, że powinno się składać z 3 stron, natomiast Przystępujący załączył Zamawiającemu tylko pierwszą stronę.

Ponadto Izba ustaliła, że „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału we wskazanym zakresie, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech (3) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej 1 (jedną) dostawę (1) jednej biblioteki taśmowej o pojemności min. 750 TB (bez kompresji)”.

**Izba zważyła co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów, wskazanych poniżej.

Odnosząc się do zarzutu sformułowanego w pkt 2 *petitum* odwołania, na wstępie wskazać należy, iż z uzasadnienia odwołania wynika, że Odwołujący nie miał zastrzeżeń do oryginału informacji o niekaralności, lecz jego wątpliwości wzbudziło tłumaczenie tego dokumentu, co potwierdza następujący fragment odwołania: *Dokumentowi temu towarzyszy tłumaczenie przysięgłe wykonane przez tłumacza przysięgłego języka angielskiego p. E. N.-K. Jednakże złożone przez FUJITSU tłumaczenie jest wadliwe poprzez swoją niekompletność. Zgodnie z nagłówkiem strony, tłumaczenie obejmuje łącznie 3 strony, natomiast Wykonawca złożył wyłącznie stronę pierwszą z trzech stron tłumaczenia. Na brak kompletności dokumentu tłumaczenia wskazuje również brak odpowiedniej adnotacji na złożonej stronie tłumaczenia, potwierdzającej zgodność tłumaczenia z oryginałem dokumentu oraz zawierającej numer repertorium. Zatem w istocie Odwołujący nie kwestionował dokumentu, a jedynie jego tłumaczenie. Już sama ta okoliczność powoduje, że odwołanie podlega oddaleniu. Dopiero podczas rozprawy Odwołujący argumentował, że składając informację KRK w oryginale bez treści znajdującej się na jej odwrocie, Przystępujący złożył niekompletny dokument.*

W związku z powyższym Izba wskazuje, co następuje. W istocie ma miejsce w przedmiotowej sprawie sytuacja, że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnił w oryginale dokument potwierdzający brak karalności Pana R. K., składający się z jednej strony. Podczas rozprawy doszło do okazania oryginału, co ujawniło, że na odwrocie tego dokumentu znajdują się „wyjaśnienia dotyczące informacji ujawnionych zgodnie z ustawą o Policji”. W ocenie Izby brak przedstawienia Zamawiającemu tych informacji pozostaje bez znaczenia dla oceny wykazania podstaw braku wykluczenia w omawianym zakresie z następujących powodów. Po pierwsze, złożone zaświadczenie wystawione jest przez urząd o nazwie „Disclosure Scotland”, zatem wiadomo od jakiego podmiotu pochodzi. Po drugie, dokumentowi temu został nadany numer, zawiera on datę wystawienia, a także informację, iż składa się z jednej strony („Page 1 of 1”). Po trzecie i najważniejsze, wynika z niego wprost że R. K., będący wnioskodawcą, nie figuruje w kartotece skazanych i brak jest skazań podlegających ujawnieniu. Powyższe oznacza, że przedstawione przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie tłumaczenie tego dokumentu jest wystarczające dla stwierdzenia, że oryginał zawiera informację o niekaralności. Tym samym okoliczność, że nie została Zamawiającemu przedstawiona informacja znajdująca się na odwrocie wraz z jej tłumaczeniem pozostaje bez znaczenia dla wykazania braku podstaw do wykluczenia w omawianym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu sformułowanego w pkt 3 *petitum* odwołania, Izba wskazuje, co następuje.

W orzecznictwie Izby powszechnie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym z treści referencji winno wynikać potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, natomiast nie muszą one zawierać opisu zakresu dostaw wyczerpującego opisany przez zamawiającego warunek. W referencjach co do zasady nie opisuje się zakresu prac w sposób szczegółowy, wskazując jedynie na ich ogólny zarys. Wykonawca zwracając się do wystawcy referencji o ich uzyskanie może nie mieć wpływu na ich kształt, a nawet jeżeli w jakimś zakresie jest to możliwe, to ustalenie brzmienia referencji w taki sposób, aby odpowiadały one warunkom w różnych postępowaniach, jest bardzo utrudnione. Tym samym zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, aby z treści referencji, pochodzącej od podmiotu trzeciego, zwykle wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem, w którym zostaje złożona, wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że obowiązujące przepisy nie precyzują, jaką treść powinny mieć referencje. Stosownie bowiem do treści §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane (...). Z powyższego wynika więc, że dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku jest wykaz dostaw, a referencje potwierdzać mają jedynie należyte wykonanie tych dostaw.

Oczywiście zgodzić się należy ze stanowiskiem, że wykaz i referencje odczytywać należy łącznie, niemniej jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawy wskazane przez Odwołującego rozbieżności są bez znaczenia, gdyż informacje, których te rozbieżności dotyczyły, nie były przedmiotem zainteresowania Zamawiającego z uwagi na przywołaną

powyżej treść warunku. Zatem Zamawiający nie badał w ogóle kwestii wartości wykonanej dostawy, a okoliczność, iż wzór wykazu dostaw zawierał nadmiarową rubrykę tabeli dotyczącą tej wartości, jest bez znaczenia, skoro kwestii tej nie dotyczy treść warunku. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że: *Zgodnie z kolumną 3 wykazu, Wykonawca zobowiązany był wskazać wartość brutto dostawy w złotych polskich, a w przypadku, gdy zakres dostawy był szerszy, należało podać wyłącznie wartość dostawy odpowiadającej treści warunku udziału w postępowaniu, tj. wartość biblioteki taśmowej o pojemności nie mniejszej niż 750 TB (bez kompresji). Wartość wskazana w tej kolumnie przez Wykonawcę FUJITSU, dla dostawy zrealizowanej na rzecz ABC Data S.A. jest taka sama jak wartość podana w dokumencie potwierdzającym (1 000 000 PLN), przy czym Wykonawca nie dokonuje rozróżnienia na wartości netto i brutto. Należy wskazać, że zakres dostaw realizowanych na rzecz tej firmy był znacznie większy niż dostawa urządzeń do zabezpieczenia danych (biblioteki taśmowe) i obejmował dodatkowo dostawę serwerów kasetowe (Blade) i urządzenia pamięci masowej (Storage). Z dokumentu firmy ABC Data S.A. wynika, że dostawy były jakoby realizowane w okresie od sierpnia 2014 r. do kwietnia 2015 r. natomiast brak jest potwierdzenia, czy była to dostawa w ramach jednej umowy czy też wielu umów. Trudno również za poprawne uznać, aby jedna biblioteka o pojemności 750 TB bez kompresji była dostarczana przez Wykonawcę FUJITSU przez osiem miesięcy. Z przedstawionych przez tego Wykonawcę dokumentów i potwierdzeń nie wynika również pojemność dostarczonej biblioteki, poza lakonicznym stwierdzeniem "min. 750 TB bez kompresji". Argumentacja w zakresie referencji wystawionych przez Veracomp S.A. jest analogiczna.*

Reasumując, okoliczności przytoczone w odwołaniu, wobec treści warunku udziału w postępowaniu, nie mają znaczenia dla oceny spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu. W wykazie dostaw Przystępujący oświadczył, że wykonał dwie dostawy biblioteki taśmowej o pojemności min 750 TB bez kompresji, jedną na rzecz ABC Data S.A., drugą na rzecz Veracomp S.A., ze złożonych referencji wynika natomiast, że zamówienia wykonane zostało w terminie, z należytą starannością, zgodnie z zawartą umową. Tym samym w ocenie Izby nie ma podstaw by twierdzić, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż Odwołujący tej okoliczności nie udowodnił.

Podnoszona natomiast podczas rozprawy wątpliwość co do posiadania przez Przystępującego w ofercie takich bibliotek, jakich w warunku wymagał Zamawiający, oraz że w treści referencji nie znajdują się informacje pozwalające na identyfikację wykonanych zamówień, stanowią rozszerzenie zarzutów odwołania, gdyż zostały podniesione dopiero w toku rozprawy, a nie w odwołaniu. Stąd też dowody przedstawione przez Odwołującego w czasie rozprawy zostały przez skład orzekający ocenione jako wykraczające poza zarzut i tym samym nie wnoszące nic do sprawy. Izba oddaliła również wnioski dowodowe

sformułowane w pkt 3 i 4 odwołania, a dotyczące przesłuchania świadków tam wskazanych, na okoliczności wskazane w treści tych wniosków, z uwagi na fakt, iż postawiona teza dowodowa wykracza poza sformułowany w treści odwołania zarzut.

Dodatkowo, niezależnie od powyższego, Izba wyjaśnia, że w ramach środków ochrony prawnej kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań) pod względem zgodności z przepisami ustawy następuje jedynie w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania, tj. kwestionowana w nim czynność oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zatem treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna oraz wskazane przez odwołującego okoliczności. Podkreślenia wymaga, że orzecznictwo sądów powszechnych, jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść.

W ocenie składu orzekającego przedstawienie w toku postępowania odwoławczego wskazanych powyżej okoliczności faktycznych wraz z argumentacją nie może być postrzegane jako uzupełnienie postawionych w odwołaniu zarzutów, ponieważ nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś, co już zostało wskazane w odwołaniu, lecz do wykazania okoliczności, które na moment złożenia odwołania nie były podane. Uznanie argumentacji prezentowanej przez Odwołującego podczas rozprawy, a nie wskazanej wcześniej w treści odwołania, prowadziłoby do przywrócenia Odwołującemu terminu na przedstawienie

dodatkowych, nowych zarzutów, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, gdyż termin na wniesienie odwołania nie podlega przywróceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....

.....

.....