

Sygn. akt: KIO 175/14

Sygn. akt: KIO 179/14

**WYROK**  
z dnia 13 lutego 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Emil Kawa</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Barbara Bettman</b> <b>Sylwester Kuchnio</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Agata Dziuban</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej:

- A. w dniu 31.01.2014 r. przez wykonawcę **COMP S.A., 02 – 230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116**
- B. w dniu 31.01.2014 r. przez wykonawcę **Advatech Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 123**

w postępowaniu prowadzonym **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01 – 748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Verbicom S.A., 60 – 348 Poznań, ul. Skarbka 36** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 175/14 oraz KIO 179/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **COMP S.A., 02 – 230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 179/14 po stronie zamawiającego,
- C.

**orzeka:**

1. **oddala oba odwołania**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców **COMP S.A., 02 – 230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116 (sygn.. akt KIO 175/14)** oraz wykonawcę **Advatech Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 123 (sygn.. akt KIO 179/14)**, i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **COMP S.A., 02 – 230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116 (sygn.. akt KIO 175/14)** tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Advatech Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 123 (sygn.. akt KIO 179/14)** 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 2013 r., poz. 907 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** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt KIO 175/14**

**Sygn. akt KIO 179/14**

## **UZASADNIENIE**

**ZAKŁAD UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH** ul. Szamocka 3, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „*System archiwizacji poczty elektronicznej*”. Znak sprawy: TZ/370/60/13.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 września 2013 roku.

Pismem z dnia 22 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, a w szczególności o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy Verbicom S.A., ul. Skarbka 36, 60-348 Poznań.

Od takiej decyzji zamawiającego wykonawcy COMP SPÓŁKA AKCYJNA ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa /sygn. akt KIO 175/14/, zwany dalej odwołującym „Comp” oraz Spółka Advatech Sp. z o.o. we Wrocławiu, zwany dalej odwołującym „Advatech” /sygn. akt KIO 179/14/, w dniu 31 stycznia 2014 roku wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”).

Oba powyższe odwołania zarządzeniem Prezesa KIO zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

### **Sygn. akt KIO 175/14**

Odwołujący Comp wnosząc odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucił zamawiającemu niezasadne podjęcie czynności polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Verbicom S.A. z siedzibą w Poznaniu;
2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Verbicom S.A. z i uznania jego oferty za odrzuconą lub odrzucenia jego oferty;
3. zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. w zw. art. 24 ust. 4 Pzp. i art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Verbicom SA. z siedzibą w Poznaniu i uznania jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy niniejszy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, w tym w szczególności:
  - a. nie wykazał wykonania co najmniej jednej wcześniejszej dostawy odpowiadającej

swoim rodzajem i zakresem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia;

b. nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami B3System S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnymi do realizacji zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Verbicom S.A. z siedzibą w Poznaniu, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (SIWZ), co wyraża się w szczególności w nie spełnianiu przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich wymagań zamawiającego określonych w Opisie przedmiotu zamówienia, zawartych w Rozdziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia m. in. wskazanych w pkt 2 lit a i b uzasadnienia niniejszego odwołania;

3. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Verbicom SA. z siedzibą w Poznaniu i uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo złożenia przez niniejszego wykonawcę nieprawdziwych informacji, w zakresie:

a. oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w Rozdziale II SIWZ, podczas gdy w rzeczywistości oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia powyższych wymogów;

b. oświadczenia, że wykonana przez B3System S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz ING Bank Śląski S.A. umowa miała charakter dostawy odpowiadającej swoim rodzajem i zakresem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości dostawa taka nie miała miejsca, ewentualnie miała odmienny charakter od wskazanego;

4. art. 90 ust. 3 Pzp w zw, z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Verbicom SA. z siedzibą w Warszawie w sytuacji gdy, zaoferowana przez wykonawcę cena jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych i wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia dostawy, tym samym stanowi cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czego Verbicom S.A. pomimo takiej możliwości nie wyjaśnił.

5. art 7 ust. 3 P.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp i art. 2 pkt 5) Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Verbicom S.A. z siedzibą w Poznaniu podczas gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, względnie jego oferta podlegała odrzuceniu

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania ponownej oceny ofert oraz wykluczenia wykonawcy Verbicom S.A. z siedzibą w Poznaniu i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie — odrzucenia oferty tego wykonawcy;

3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

4. zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego (w tym kosztów pomocy prawnej udzielanej przez radcę prawnego).

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów odwołujący Comp podał:

- w zakresie zarzutu naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. w zw. z art. 24 ust. 4 P.z.p. i art. 26 ust. 2b P.z.p, iż wykonawca Verbicom S.A. z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu — wymaganej wiedzy i doświadczenia, winien być wykluczony z Postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Celem wykazania się w oparciu o wymóg z rozdz. IV pkt. I. pkt. 1 ppkt 1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) w celu wykazania wiedzy i doświadczenia wymaganego do udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie takich podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, (rodz. III pkt. 1 ppkt. 1.1—3 siwz).

Wykorzystując powyższą regulację wykonawca Verbicom S.A. dokonał próby wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w oparciu o zasoby spółki B3System S.A. z siedzibą w Warszawie. Do swojej oferty Verbicom S.A. załączył:

- a. pisemne zobowiązanie B3System S.A. z dnia 14 listopada 2013 roku do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia;
- b. wykaz wykonanych dostaw uwzględniający wyłącznie dostawę wykonaną przez B3System S.A. na rzecz ING Bank Śląski S.A. w okresie od czerwca do grudnia 2012 r.;
- c. List referencyjny z dnia 8 października 2013 roku wystawiony przez ING Bank Śląski S.A. na rzecz B3System SA., potwierdzający należyte wykonanie dostawy uwzględnionej w treści Wykazu (pkt. b).

Zamawiający uznał tak wykazany warunek wiedzy i doświadczenia za spełniony. Jednakże odwołujący wskazał, że Verbicom S.A. nie wykazał w sposób właściwy posiadania wiedzy i doświadczenia. Wynikało to już z samych, zaoferowanych przez wykonawcę dokumentów, jak również z tego, że nie odpowiadają one obiektywnie występującym okolicznościom.

Pierwotna treść załączonego Wykazu wykonanych dostaw nie potwierdzała, że wskazana w nim dostawa obejmowała swoim zakresem minimum 5 000 skrzynek poczty elektronicznej — co stanowiło warunek konieczny do wykazania „podobieństwa” wykonanej dostaw) do tej stanowiącej przedmiot zamówienia. Adnotacja o ilości skrzynek poczty elektronicznej („ 11 tys. skrzynek”) została naniesiona na treść dokumentu prawdopodobnie już po jego sporządzeniu (podpisaniu przez przedstawiciela Verbicom S.A.), na co wskazuje posłużenie się innym środkiem piszącym oraz odmienny charakter pisma. Dodanie wzmianki nie zostało

potwierdzone żadną parafką/podpisem wprowadzającego zmianę, tym samym, nie można wg. odwołującego zakładać, że informacja ta pochodzi od osoby umocowanej do reprezentacji wykonawcy. Za uzasadnione należy więc uznać, jego zdaniem przypuszczenie, że wykazywana dostawa obejmowała swoim zakresem inną niż 11 tys. ilość skrzynek poczty elektronicznej.

Ponadto treść przedstawionego Listu referencyjnego z 8 października 2013 roku nie wskazywała, jakoby przedmiotem umowy B3System S.A. dla ING Banku Śląskiego S.A. było zarówno dostarczenie, jak i wdrożenie kompletnego systemu do archiwizacji poczty elektronicznej. Dokument jednoznacznie wskazuje, co należało do zadań B3System S.A. - nie uwzględniając przy tym „dostarczenia” rzeczonoego systemu.

Powyższe przedstawienie faktów pozwoliło odwołującemu na wyrażenie stwierdzenie, że wykonana na rzecz ING Banku Śląskiego SA. przez B3System S.A. umowa, o ile rzeczywiście miała miejsca nie kwalifikowała się do uwzględnienia jako podstawa wykazania posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. W związku z czym zdaniem odwołującego wykonawca Verbicom S.A. nie wykazał spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Nadto odwołujący podniósł, że tym samym wykonawca Verbicom S.A. nie udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponować zasobami B3System S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnymi do realizacji zamówienia. Okoliczność tą wykonawca próbował udowodnić wyłącznie pisemnym zobowiązaniem B3System S.A. do oddania Verbicom S.A. do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Treść dokumentu nie uwzględniała przy tym realnego udziału B3System SA. w wykonaniu zamówienia publicznego — zastrzeżono jedynie zobowiązanie do „konsultacji, doradztwa oraz pomocy w rozwiązywaniu problemów”

- w **zakresie** naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazał, że zgodnie z art. 89 pkt. 2) Pzp. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pPzp. Jak wskazuje J. Pieróg *oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia siwz. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji* ( komentarz J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. 12, Warszawa 2013).

Wskazał, że opis przedmiotu zamówienia postępowania został ujęty w Rozdziale II siwz. Przedmiotem zamówienia jest zakup i wdrożenie kompletnego systemu do archiwizacji poczty elektronicznej w Centrali ZUS opartej o wykorzystywane przez zamawiającego oprogramowanie Microsoft Exchange w wersji 2010 oraz do archiwizowania danych środowiska MS SharePoint (dalej jako „System”). Zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego powyższy System powinien stanowić kompilacje infrastruktury sprzętowej oraz zgodnego z

nią oprogramowania. Celem szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, w SIWZ zostały szczegółowo wypunktowane wszelkie istotne dla zamawiającego parametry techniczne/funkcjonalne sprzętu i oprogramowania. Redakcja postanowień SIWZ w tym zakresie nakazuje przyjąć, że oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia powinien łącznie spełniać wszystkie z wymogów. *A. contrario* brak spełnienia któregoś z parametrów technicznych skutkować powinien odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę posiadane przez niego doświadczenie (ponad 20 lat w branży IT) znana jest mu specyfikacja techniczno-funkcjonalna oferty Verbicom S.A. co pozwoliło mu na ocenę jej zgodności z opisem przedmiotu zamówienia z SIWZ.

Już pobieżna analiza wskazywała, że zaoferowany przez odwołującego sprzęt i oprogramowanie nie spełniają co najmniej dwunastu z ujętych w Rozdziale II SIWZ wymogów technicznych/ funkcjonalnych, tj.

- Punktu 1.3 - zgodnie z którym, musi istnieć możliwość zmiany producenta sprzętu bez utraty funkcjonalności oprogramowania związanych z archiwizowaniem danych,

Uzasadnienie: w oparciu o oficjalny dokument techniczny firmy EMC stwierdzić należy, iż jedyne wspierane urządzenia pamięci masowej zgodne z SourceOne to urządzenia firmy EMC i urządzenia firmy NetApp. W przypadku urządzenia NetApp, brak jest informacji o wsparciu funkcjonalności WORM oraz o wsparciu dziedziczenia przez urządzenie WORM polityk z systemu archiwizacji a więc żadne urządzenie z listy wspieranych przez SourceOne urządzeń innego producenta nie wspiera automatycznego dziedziczenia poziomu retencji dla archiwizowanej treści. Nie jest więc możliwa zmiana producenta sprzętu bez utraty wymaganej funkcjonalności oprogramowania do archiwizacji.

- Punktu 1.15 - zgodnie z którym, archiwizacja poczty powinna być możliwa na podstawie wielu reguł, w tym co najmniej następujących: (1) według wieku i rozmiaru wiadomości (2) na podstawie poziomu utylizacji skrzynek względem określonych limitów (quota) procentowego wykorzystania skrzynek.

Uzasadnienie: w oparciu o dokumentację techniczną należy stwierdzić, iż możliwe jest jedynie archiwizowanie wiadomości według wieku i rozmiaru wiadomości, ale nie ma możliwości archiwizowania według utylizacji skrzynek czy procentowej zajętości skrzynki.

- Punktu 1.21 - zgodnie z którym, znaczniki w skrzynkach pocztowych muszą być w pełni konfigurowalne, to znaczy system musi minimalnie pozwalać na zdefiniowanie ilości znaków oraz formy w jakiej przedstawiony byłby załącznik- informacja o nazwie załącznika (nazwa pliku jaki był załącznikiem).

Uzasadniając wskazał, że oferowane przez Verbicom S.A. rozwiązanie nie spełnia powyższego wymagania gdyż, nie można zdefiniować ilości znaków oraz formy w jakiej

przedstawiony byłby załącznik. Oferowane rozwiązanie umożliwia jedynie modyfikowanie nazwy załączników bezpośrednio w bazie.

- Punktu 1.23 - zgodnie z którym podczas definiowania harmonogramów archiwizowania plików i wiadomości email musi istnieć możliwość określenia poziomu retencji dla archiwizowanej treści. Poziom retencji musi być automatycznie dziedziczony przez urządzenie do archiwizacji opisane w punkcie 2.

Uzasadniając powyższe podniósł iż w zaproponowanym rozwiązaniu SourceOne Email Management poziom retencji danych nie jest określany w trakcie definiowania harmonogramu a jedynie podczas ustawiania folderu archiwizacyjnego. W trakcie tworzenia harmonogramu wybiera się Archiwum z odpowiednią retencją, więc niejako się definiuje w trakcie tworzenia harmonogramu. Zatem zaproponowane rozwiązanie nie spełnia wymagań SIWZ.

- Punktu 1.30 - zgodnie z którym, oprogramowanie musi rozpoznawać i indeksować treść z większości popularnych i spotykanych w świecie formatów dokumentów (np. MS Office, Open Office, PDF, JPG, CAD...), ilość rozpoznawanych typów dokumentów to minimum 200.

- Punktu 1.37 - zgodnie z którym, system musi posiadać „otwarty” interface, po to by było możliwe Zintegrowanie systemu z dowolną aplikacją czy systemem.

Stwierdził, że zgodnie z właściwą dokumentacją żaden z produktów archiwizacyjnych z oferty (SourceOne Email Management i SourceOne for Microsoft Sharepoint) nie posiada otwartego API a więc nie jest możliwe zintegrowanie produktu z innym systemem.

- Punktu 1.38 - zgodnie z którym, funkcjonalność archiwizowania maili z dziennika (journaling) z MS Exchange musi umożliwiać przeszukiwanie danych włącznie z polami B CC.

Podał, że w oparciu o właściwą dokumentację techniczną do indeksacji pełno- tekstowej, potrzebny jest klient poczty Outlook. Oferta Verbicom S.A. nie zawiera licencji na oprogramowanie Microsoft Outlook a więc nie będzie możliwe indeksowanie treści zebranej poprzez Envelope Journaling, czyli jedynej zawierającej informacje o polu BCC.

- Punktu 1.44 - zgodnie z którym, dodatkowe wymogi związane z aplikacją do przeszukiwania to konieczność posiadania mechanizmu eksportu danych nie tylko do pliku PST ale także do formatu html celem dostępu do danych bezpośrednio z przeglądarki internetowej.

Uzasadniając te zarzuty wskazał, że zamawiający podtrzymał ten wymóg w odpowiedziach na pytania 14 i 38, jednoznacznie określił konieczność eksportu danych nie tylko do pliku pst ale także do formatu html. Tymczasem zgodnie z dokumentem technicznym producenta-firmy EMC dla eksportu emaili do formatu innego niż PST wymagana jest licencja Discovery Manager Full Edition, zaś w ofercie Verbicom S.A. jest jedynie Discovery Manager Express



Edition.

■ Punktu 2.9 - zgodnie z którym, archiwum powinno mieć możliwość pracy w dwóch trybach: (1) tryb, który nie pozwala na skrócenie polityki retencji pliku oraz na zmianę i usunięcie tego pliku przed upływem tej retencji, (2) tryb, w którym dedykowany administrator może skasować plik przed upływem retencji tego pliku. Informacje o takiej czynności powinny być jednocześnie zapisywane w dzienniku systemowym archiwum.

■ Punktu 2.11 - zgodnie z którym, wśród wymaganych polityk (polis) muszą znaleźć się najmniej: (1) polityka retencji. Polityka ta powinna być dziedziczona z aplikacji wykorzystywanej do archiwizacji opisanej szczegółowo w punkcie 1 (2) polityka pozwalająca na zabezpieczenie treści odpowiednią ilością kopii. Wymagana jest możliwość utrzymywania co najmniej 1 kopii obiektu (źródło + kopia) (3) polityka pozwalająca na bezpowrotne usuwanie obiektów (4) polityka pozwalająca na deduplikację przechowywanych obiektów w archiwum.

■ Punktu 2.20 - zgodnie z którym, szyfrowanie musi być realizowane na dyskach archiwum, a zarządzanie kluczami szyfrującymi musi być wykonywane wewnątrz urządzenia przez klaster archiwum. Nie dopuszcza się zewnętrznych dodatkowych aplikacji do zarządzania kluczami szyfrującymi. Zamawiający nie wymaga włączenia funkcjonalności szyfrowania na etapie wdrażania systemu.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów podał, że zgodnie z właściwą dokumentacją techniczną, w konfiguracji złożonej w ofercie firmy Verbatim S.A., szyfrowanie może być realizowane przez zewnętrzny software PowerPath do macierzy VNX, ale wówczas kluczami szyfrującymi nie zarządza klaster archiwum (Atmos), tylko serwery ESX, na których są uruchomione wirtualne węzły tego klastra.

Podsumowując powyższe podniesione zarzuty stwierdził, a że te spostrzeżenia oparte zostały jedynie na wstępnym rozeznaniu samego odwołującego. Szczegółowa analiza rozbieżności pomiędzy treścią oferty a SIWZ wymaga wiadomości specjalnych. W związku z czym, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu badania sprzętu komputerowego i oprogramowania na powyższe okoliczności. Tezy na jaką okoliczność miałby być powołany biegły odwołujący sprecyzował na rozprawie.

- **w zakresie zarzutu** naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp podniósł iż zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Podał, że wykonawca Verbatim SA. co najmniej dwukrotnie złożył zamawiającemu nieprawdziwe informacje, które wywarły znaczący wpływ na wynik postępowania.

Po pierwsze, za nieprawdziwe należy uznać informacje zawarte w Wykazie wykonanych

dostaw oraz Liście referencyjnym załączonym do oferty dotyczącym doświadczenia i wiedzy Verbicom S.A. (B3System S.A.), W szczególności odwołujący zanegował prawdziwość wiadomości o wykonania przez B3System S.A. na rzecz ING Bank Śląski SA. opisanej w tabeli dostawy, względnie zaprzeczył, aby ta dostawa ta miała charakter zgodny ze wskazanym. Argumentacja odwołującego w niniejszym zakresie jest zbieżna z przedstawioną w części uzasadnienia dot. naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. (patrz. str. 4 -5).

Drugi przypadek wykorzystania nieprawdziwych informacji miał miejsce przy złożeniu przez Verbicom S.A. oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w Rozdziale II SIWZ.

Obydwa, opisane powyżej działania przyniosły wykonawcy wymierne korzyści. Złożenie przedmiotowych informacji miało więc bezpośredni wpływ na wynik Postępowania.

Zaniechanie wykluczenia Verbicom S.A. z postępowania pomimo dwukrotnego złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, stanowi oczywiste naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 P.z.p.

- **w zakresie** naruszenia przez zamawiającego 90 ust. 3 P.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp podał, że zamawiający winien odrzucić każdą ofertę która zawiera rażąco niską cenę. Nadto wskazał, że ramach niniejszego Postępowania zamawiający powziął uzasadnioną wątpliwość czy oferta Verbicom S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z czym, wezwał wykonawcę do złożenia odpowiednich wyjaśnień (pismo z dnia 19 listopada 2013 roku. W odpowiedzi na powyższe, wykonawca Verbicom S.A. w dniu 22 listopada 2013 roku przedłożył zamawiającemu pisemne wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W treści wyjaśnień, wykonawca wskazał w sposób ogólny, że zaoferowana cena stanowi efekt wykonanej wraz z „Podwykonawcą” kalkulacji elementów cenotwórczych. Zamawiający uznał tak złożone wyjaśnienia za wystarczające.

Odwołujący nie podzielił powyższego rozstrzygnięcia. Za uznaniem zaoferowanej przez Verbicom S.A. ceny za rażąco niską przemawia jego zdaniem to, że w ramach złożonych wyjaśnień nie wykazał w sposób odpowiedni braku zaniżenia zaoferowanej ceny. Przedłożone przez Verbicom S.A. ogólne wyjaśnienia nie są wystarczające by obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. Argumentacja wykonawcy jest w tym zakresie hasłowa, nie poparta żadnymi konkretnymi wyliczeniami i kwotami „oszczędności”. Ponadto, wykonawca nie załączył do treści wyjaśnień żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń — do czego był w pełni uprawniony.

Po drugie, Zamawiający pominął okoliczność (lub nie przywiązał do niej istotnej wagi) znaczącej dysproporcji pomiędzy zaoferowaną przez Verbicom S.A. ceną - 4.759.990,00 zł

**brutto**, a wcześniej ustaloną wartością przedmiotu zamówienia - 6.097.560,98 zł (**bez VAT**)

W okolicznościach niniejszej sprawy, zamawiający nie przywiązał odpowiedniej wagi do zestawienie wyżej wymienionych kwot (brutto). W innym przypadku, przy różnicy wartości sięgającej blisko **3.000.000,00 zł**, powinien uznać ogólne wyjaśnienia wykonawcy za niewystarczające.

Tym samym zaoferowana przez Verbicom S.A. cena jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegającą od cen przyjętych i wskazującą na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia dostawy. W efekcie czego, nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia za oferowaną przez Verbicom S A. cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.

#### **Odwołanie o sygn. akt KIO 179/14**

Zdaniem odwołującego Advatech zamawiający naruszył przy wyborze najkorzystniejszej oferty przepisy Pzp gdyż dokonał wyboru oferty wykonawcy Verbicom jako najkorzystniejszej, a ponadto bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

Tym samym zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył następujące przepisy Pzp:

1. art. 7 ust. 1, w świetle którego Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
2. art. 7 ust. 3, zgodnie z którym: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy
3. art. 24 ust. 2 pkt 4, który stanowi, iż: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu;*
4. art. 26 ust. 2b Pzp, który stanowi, że: „ Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. ”
5. art. 89 ust. 1 pkt 2, w świetle którego: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;”.*

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu

- c. unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Verbicom i nakazanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy, nakazanie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia

jego oferty;

- d. nakazania dokonania wyboru oferty odwołującego z zachowaniem zasad określonych Pzp, w szczególności uczciwej konkurencji;
- e. zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów podał, że z przesłanego zawiadomienia wynika, iż najkorzystniejszą ofertę złożyła Firma Verbicom, pomimo że oferta złożona przez tego wykonawcę nie odpowiada SIWZ, a jednocześnie zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę odwołującego.

**- w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 2b Pzp**, stwierdził, że wobec przedłożenia przez Verbicom wadliwego zobowiązania do udostępniania zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp przez B3 System S.A., oferta ta nie powinna być oceniana przed dokonaniem przez zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i bez skutecznego uzupełnienia żądanych dokumentów przez Verbicom. Zamawiający wezwał do uzupełnienia przedmiotowego zobowiązania (pismo z dnia 4 grudnia 2013 r., Nr 993200/370/IN-I 118/2013), ze względu na fakt, iż zobowiązanie B3System S.A. przedłożone zostało w niewłaściwej formie i zostało uzupełnione. Zobowiązanie takie zostało uzupełnione w oryginale w dniu 11 grudnia 2013 r, (pismo Verbicom bez daty). Zamawiający nie mógł więc ponownie wezwać do uzupełnienia zobowiązania ze względu na istniejącą jego wadliwość merytoryczną. Tym samym zaszła przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust, 2 pkt 4 Pzp.

Odnosząc się do treści zobowiązania do udostępniania zasobów w rozumieniu np. 26 ust. 2b Pzp uzyskanego przez Verbicom od B3System S.A., należy zauważyć, iż załączone na stronie 7 oferty Zobowiązanie nie spełnia warunków wskazanych w przepisie np. 26 ust. 2b Pzp w związku z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231).

W rozdziale IV pkt L3.1) SIWZ Zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali, że:

*„ 1) Wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy ~ w tym okresie minimum jedną dostawę wraz z wdrożeniem odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem Zamawiający rozumie dostarczenie i wdrożenie kompletnego systemu do archiwizacji poczty elektronicznej dla minimum 5000 skrzynek. ”*

W złożonym zgodnie z wzorem określonym w SIWZ Wykazie Verbicom wykazała tylko jedno (1) zamówienie, które miało potwierdzać spełnianie ww. warunku (str. 8 i 9 oferty Verbicom). Oznacza to, że wykonawca ten, opierając się na doświadczeniu B3System S.A., sam nie ma żadnego doświadczenia w realizacji podobnych zamówień. Zobowiązanie tego

podmiotu jest zatem kluczowe.

Zobowiązanie złożone przez B3System S.A. jest jednak lakoniczne. Na podstawie treści zobowiązania należało więc uznać, że wykonawca nie wykazał spełniania opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, co skutkuje zastosowaniem np. 26 ust. 3 Pzp, tj. wezwaniem do uzupełnienia pisemnego zobowiązania innego podmiotu, a także np. 26 ust. 4 Pzp, wobec braku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu, formy przekazania wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.

- **w zakresie** kwestionowania odrzucenia jego oferty, odwołujący podał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający stwierdził, że *odwołujący w swojej ofercie w Rozdziale V. Formularza cenowego, część B - oferowany sprzęt, wiersz 3, kolumna 2 {Model sprzętu /producent} - wpisał Hitachi Content Platform, co jego zdaniem stanowi "rodzinę produktów" bez wskazania konkretnego modelu.*

Twierdzenie takie jest nieprawdziwe, ponieważ przywołana nazwa jest oznaczeniem modelu sprzętu, który spełnia wszystkie wymagania zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia w rozdziale II SIWZ i nie jest sprzeczny z postanowieniami zawartymi w Formularzu cenowym.

Stwierdził, że nie istnieje "rodzina produktów HCP", a proponowana przez Advatech sp. z o.o. konfiguracja HCP została przygotowana wraz HDS i spełnia wszystkie wymagania zamawiającego,

- **w zakresie** zarzucanej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ podał, że wykonawca Verbicom zaoferował przedmiot zamówienia, który nie spełnia istotnych wymagań w zakresie Opisu Przedmiotu Zamówienia. Podniesione niezgodności co do zakresu, jak również argumentacji są zbieżne z zarzutami w tym zakresie podniesionych przez odwołującego Comp z tym zastrzeżeniem, że w odwołaniu Advatech podniesiono również zarzuty co do niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ wskazanymi z pkt 2.12;1.13;1.40.

Wobec powyższego Izba postanowiła nie powielać ponownie podanej w zakresie wskazanych niezgodności argumentacji, a ze względu na połączeniu obu odwołań do łącznego rozpoznania zarzuty te zostaną rozpoznane łącznie.

Ponadto odwołujący podniósł, że w ofercie Verbicom wykazano oprogramowanie ESX (formularz cenowy- część C, wiersz 1, kolumna 2), które nie istnieje. Wykonawca ten zaoferował także jedną nieistniejącą licencje. Nawet gdyby chodziło o licencje Vmware to nie wiadomo jaką licencję oferuje - w jakiej wersji (obecnie jest piąta wersja), ani w jakiej edycji. Nadto Verbicon zaoferował Verbicom wykazano oprogramowanie Windows Server (formularz cenowy- część C, wiersz 2, kolumna 2), które istnieje w wielu wersjach.

Na podstawie złożonej oferty nie można także ustalić, jakie licencje Windows Serwer firma ta oferuje. W ofercie wpisano "Windows Serwer", ale nie wiadomo w jakiej wersji i edycji ją

zapropowano: czy 2012, czy 2008 R2, czy 2012 R2. Istnieją również licencje Windows Serwer w wersji Data Center.

Windows Server 2012 ma cztery edycje:

- Foundation,
- Essentials,
- Standard
- Datacenter.

Możliwe jest również zaproponowanie poprzednich wersji Windows Serwer, które również mają różne edycje.

Podobnie zdaniem odwołującego wybrany wykonawca zaoferował w ofercie oprogramowanie MS SQL (formularz cenowy- część C, wiersz 3, kolumna 2), które istnieje w wielu wersjach.

Na podstawie złożonej oferty nie można także ustalić, jakie licencje MS SQL firma ta oferuje. W ofercie wpisano "MS SQL", ale nie wiadomo w jakiej wersji i edycji ją zaproponowano: czy 2012, czy 2008 R.

Licencje MS SQL 2012 jest oferowana w różnych wersjach:

- Standard
- Enterprise
- Business Intelligence

Tym samym nie możliwe jest jednoznaczne wskazanie licencji która jest w ofercie Verbicom S.A.

Zamawiający w złożonych odpowiedziach na odwołania wniósł o oddalenie obu odwołań uznając podniesione zarzuty za niezasadne i nie udowodnione.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca którego oferta została przez zamawiającego uznana najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zaprezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego złożone na piśmie stanowiska w sprawie, zostaną przedstawione i omówione przy merytorycznej ocenie przez Izbę zasadności podniesionych zarzutów.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Oba odwołania ze względu na niepotwierdzenie się zasadności podnoszonych , (a w przypadku odwołującego Advatech braku wpływu na wynik) zarzutów w materiale dowodowym przedstawionym Izbie przez odwołujących, zostały oddalone.**

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

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący Advatech, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienia odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Podobnie odwołujący Comp w sytuacji uwzględnienia zarzutów podniesionych w jego odwołaniu ma potencjalną szansę na wybór jego oferty do realizacji zamówienia, gdyż jego oferta jest drugą ważną ofertą w tym postępowaniu.

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą i uwzględnienie odwołań może uniemożliwić mu realizację przedmiotowego zamówienia.

W pierwszej kolejności ocenie poddane zostaną zarzuty nie mające odniesienia do treści zarzutów podniesionych w odwołaniu drugiego wykonawcy. Zarzuty powtarzające się w obu odwołaniach zostały przez Izbę rozpatrzone łącznie.

#### **Odwołanie o sygn. akt KIO 179/14**

Na wstępie wskazać należy, że oferta tego wykonawcy została odrzucona z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający odrzucając ofertę tego wykonawcy stwierdził, że odwołujący w swej ofercie w Rozdziale V. Formularza cenowego, część B - oferowany sprzęt, wiersz 3, kolumna 2 (Model sprzętu/producent) wpisał „*Jiitachi Content Platform*” rzekomo, jako model oferowanego sprzętu. Zamawiający na podstawie ogólnodostępnych danych (strona internetowa producenta HDS,) stwierdził, iż zaproponowane rozwiązanie przez Advatech Sp. z o.o. nie stanowi, jak to wymagał zamawiający w SIWZ, podania konkretnego modelu sprzętu, lecz jedynie „rodzinę produktów” czy też grupę produktów. Dla celów dowodowych zamawiający załączył wydruk ze strony producenta do niniejszego stanowiska, gdzie w zakładce „Specifications” na rzeczony *Hitachi Content Platform* (a właściwie Hitachi Content Platform (HCP) Line Card, bo taka nazwa figuruje na stronie producenta) składają się różne rozwiązania konfiguracyjne (modele), tj.: HCP 300; HCP 500; HCP 500 XL IOGbe oraz HCP for VMwarevSphereESXi. Nadto podkreślił iż każdy z ww. modeli posiada inną specyfikację techniczną i tym samym nie można stwierdzić, jakie rozwiązanie oferuje Advatech Sp. z o.o.

Na rozprawie odwołujący przedstawił dowód w postaci pisma Hitachi Data Systems (Polska) sp. z o.o. z dnia 7.02.2014 roku w którym to Hitachi Data Systems oświadczył, że zaoferowana przez odwołującego Hitachi Content Platform jest modelem sprzętu oferowanego i sprzętu, a nie jego rodziną, stwierdzając dodatkowo, że „*nie istnieje rodzina*

produktów HCP". Oświadczenie to zostało podpisane przez upoważnioną osobę w imieniu Hitachi Data Systems, a stosowne pełnomocnictwo dla osoby podpisującej zostało udzielone przez osoby upoważnione do dokonywania takich czynności - zgodnie z załączonym odpisem z KRS.

Izba oceniając ten zarzut stwierdziła, że odwołujący w sposób wystarczający udowodnił, że zaoferowane urządzenie jest modelem zaoferowanego sprzętu, a nie określoną rodziną produktów HCP.

Tym samym Izba uwzględniła ten zarzut, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że w związku z nie potwierdzeniem się zarzutów obu odwołujących, co do potrzeby wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy Verbicom S.A., a także faktu iż przy ustalonym w SIWZ kryterium wyboru ofert - najniższa cena, oferta odwołującego Advatech jest ofertą droższą niż oferta wybrana to tym samym na przeszkodzie uwzględnienia odwołania stoi przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba może uwzględnić odwołanie tylko w sytuacji kiedy naruszenie przez zamawiającego przepisów miało wpływ na wynik postępowania. Co nie ma zastosowania do oferty odwołującego gdyż jego oferta zajmowałaby nadal drugie miejsce na ustalonej liście ofert, a więc nie zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Jednakże w sytuacji gdyby z jakichś powodów nie doszło do podpisania umowy z wybranym wykonawcą, to biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, zamawiający winien sam unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty i dokonać ponownego badania i oceny ofert przy uwzględnieniu oferty wykonawcy Advatech. Zastosowanie wprost przepisu art. 94 ust.3 ustawy Pzp i dokonanie wyboru oferty Comp, bez uwzględnienia oferty Advatech stanowiłoby w tej konkretnej sytuacji naruszenie przepisu art. 7 ust.3, 91 ust.1 oraz ww. art. 94 ust.3 ustawy Pzp., które to przepisy mówią o możliwości wybrania najkorzystniejszej oferty.

#### **W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 175/14**

W zakresie zarzutów tego odwołania nie pokrywającym się z zarzutami odwołania Advatech jest między innymi zarzut o naruszeniu przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 dotyczący złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji oraz złożenia oferty z rażąco niską ceną.

- w zakresie zarzutu podania nieprawdziwych informacji, zamawiający odnosząc się do tego zarzutu podał, iż odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów mogących uzasadnić zarzut odwołania.

Izba na wstępie oceny zasadności zarzutu dotyczącego naruszenia przez wykonawcę przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 zwraca uwagę iż stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza się



wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Interpretacja powyższego przepisu, w zakresie przesłanek możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, winna być dokonywana w myśl Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z obowiązkiem państw członkowskich UE, przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazując jednoznacznie na element zawinięcia wykonawcy w złożeniu nieprawdziwych informacji. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który „*jest winny poważnego wyprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji*”. Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie należy do zamawiającego, który powinien dokonać jej oceny na podstawie obiektywnych czynników.

Dla dokonania wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji. Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest wykazanie że w danych okolicznościach złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Tym samym możliwe jest wykluczenie wykonawcy z postępowania gdy zostanie w sposób bezsprzeczny wykazane, że złożenie nieprawdziwych informacji było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy i ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe przesłanki do możliwości wykluczenia muszą zaistnieć kumulatywnie. Przyjęcie iż wszystkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia *ex definitione* są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania jest niedopuszczalne, gdyż stoi to w jawnej sprzeczności z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Ustawodawca wyraźnie wskazał, że muszą być to nie jakiegokolwiek informacje nieprawdziwe, ale informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Musi więc istnieć obiektywna zależność pomiędzy podaniem nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania. Nie ma tutaj mowy o sankcji za podanie nieprawdziwych informacji o lecz sankcji, którą można zastosować jedynie w określonych przypadkach tj. w razie podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W szczególności nie jest dopuszczalne przyjęcie założenia iż podanie przez wykonawcę oświadczeń wiedzy nie wykazujących spełniania warunku udziału w postępowaniu, może być utożsamiane z nieprawdziwą informacją mającą wpływ na jego wynik. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. nie może w takiej sytuacji mieć zastosowania, gdyż

niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu / art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pz.p./ stanowi odrębną podstawę wykluczenia. Za taką wykładnią art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp przemawia także brzmienie art. 25 Pzp który oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców dzieli na potwierdzające spełnianie a/ warunków udziału w postępowaniu i b/ wymagań określonych przez zamawiającego.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6.12.2012 roku sygn. akt VI Ga134/12 wskazać należy że utożsamianie kwestii podania nieprawdziwej informacji z niewykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nie tylko niezgodne z dyrektywą 2004/18/WE, a więc z prounijną wykładnią przepisów krajowych, ale także z jego literalnym brzmieniem. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie/ art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p./.. Biorąc pod uwagę, że to odwołujący kwestionował czynność zamawiającego nie wykluczenia wykonawcy Verbicom z postępowania, to on winien był zasadność tego zarzutu wykazać i udowodnić, czego nie uczynił.

W przedmiotowej sytuacji wskazać należy, że odwołujący jednoznacznie utożsamiał swoje zastrzeżenia co do podania nieprawdziwych informacji z treścią przepisu art. 24 ust 4 ustawy Pzp , a tym samym z niewykazaniem przez Verbicom spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym, że zarzut odwołania w tym zakresie, nie potwierdził się to tym bardziej nie można wywodzić podawania w ofercie nieprawdziwych informacji.

Dlatego też zarzut ten jest niezasadny i nie może zostać uwzględniony.

- w zakresie zarzutu nie odrzucenia oferty wykonawcy Verbicom z powodu zaoferowania w ofercie rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, stwierdzić należy, że odwołujący Comp w tym zakresie podał, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych i wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia dostawy, tym samym stanowi cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wskazaną podstawą prawną tego zarzutu uznać należy, że ciężar zarzutu był przesunięty na sam fakt rażąco niskiej ceny. Natomiast podczas rozprawy, odwołujący ciężar ten przesunął na niewłaściwą oceną przez zamawiającego, wyjaśnień wykonawcy złożonych zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie w trybie przepisu art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, odnosząc się do tego zarzutu w swoim stanowisku poprzestał na stwierdzeniach iż wykonawca w przesłanych mu wyjaśnieniach podał podstawy zaoferowania takiej ceny ofertowej, które uznał za wystarczające i pozwalające stwierdzić, iż cena oferty nie nosi znamion rażąco niskiej. W szczególności zwrócił uwagę na fakt, że Verbicom S.A. w wyjaśnieniach wskazał oszczędność metody

wykonywania zamówienia, wybrane rozwiązanie techniczne dedykowane dla infrastruktury posiadanej przez zamawiającego, oryginalność projektu - technologia EMC Atmos/EMC VNX, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia. Natomiast odwołującemu zarzucił, że ten podnosi zarzut w tym zakresie, jednakże nie popierając go jakimikolwiek dowodami.

Na rozprawie przystępujący podał, że składając ofertę założył wirtualizację rozwiązań, przez co spowodował wielokrotne obniżenie kosztów zamówienia, nawet o 80%. Już sam fakt przyjęcia takiego rozwiązania uzasadniał realność zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba odnosząc się do podniesionego zarzutu wskazuje że Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, jak również nie wskazuje ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, należy stwierdzić, że *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”*.

Natomiast odnośnie ciężaru dowodowego w tym zakresie zasadne jest podkreślenie że z momentem wezwania wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Skutkuje to tym, że inicjatywa dowodowa, zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie należą do wezwanego wykonawcy, bowiem to jego zadaniem jest wykazanie że cena nie jest rażąco niska.

Natomiast w sytuacji kiedy zamawiający uwzględnia argumentację podaną w wyjaśnieniach wezwanego wykonawcy to ciężar dowodowy zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz nieprawidłowej oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień, spoczywa na odwołującym, który z tego twierdzenia wywodzi dla siebie określone skutki prawne.

Zauważenia wymaga fakt, że celem złożenia zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień, uzasadniających zaoferowanie takiej ceny ofertowej, ma za zadanie przekonać przede wszystkim zamawiającego, a nie każdego innego uczestnika postępowania. To zamawiający podejmuje decyzje w tym zakresie, a wykonawcy mogą taką czynność kwestionować, wykazując dowodowo jej niezasadność.

Izba dokonując przede wszystkim analizy cen ofert złożonych w tym postępowaniu, stwierdza, że brak jest podstaw, aby uznać ofertę wykonawcy Verbicom za złożoną z ceną rażąco niską.

W postępowaniu złożono 6 ofert. Cena najtańszej oferty wynosiła 2 289 221 zł, a najwyższej 8 246 769 zł. Średnia cena złożonych ofert wynosiła około 5 491 tys. złotych. Cena oferty Verbicom wynosiła 4 759 990 zł, a więc była niższa o około 730 tys. złotych czyli o około 12% niż średnia cena ofert złożonych w postępowaniu. Zdaniem Izby nawet z samego porównania cen ofert złożonych w postępowaniu nie można stwierdzić rażąco niskiej ceny oferty Verbicom. Takie samo stanowisko w tej sprawie prezentował zamawiający, stwierdzając na rozprawie iż powodem wystąpienia do wykonawcy Verbicom z żądaniem złożenia wyjaśnień ceny ofertowej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp były także obowiązujące u zamawiającego procedury uzyskiwania od wykonawców informacji, czy zaoferowane przez nich ceny są cenami realnymi, za którą dany wykonawca jest w stanie zamawiającemu prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia.

Natomiast odnosząc się do treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień co do podstaw zaoferowania takiej ceny ofertowej, to trudno po części nie przyznać racji odwołującemu, że z obiektywnego punktu widzenia złożone wyjaśnienia są ogólnikowe. Jednakże jak wyżej wskazano, być może przekonały one zamawiającego co do realności zaoferowanej ceny, lecz zdaniem Izby winny być bardziej konkretne. Na korzyść wykonawcy przemawiał również fakt, że zamawiający wezwanie do złożenia wyjaśnień sformułował w sposób ogólny, nie wskazując konkretnie które pozycje kalkulacji ceny winny być szczegółowo wyjaśnione. W tym zakresie za wyrokiem KIO z dnia 22 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2295/12 oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r sygn. Akt V Ga 122/10 należy wskazać, że wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie pytań. Pytanie do wykonawcy powinno, wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Gdy zamawiający nie wskazuje jakich konkretnie kwestii co do których domaga się wyjaśnień i do których wykonawca ma się odnieść, a podnosi jedynie iż zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej przez niego wartości zamówienia, to przy tak ogólnikowym sformułowaniu wezwania brak jest podstawy do domagania się by wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia. Zamawiający nie może stawiać wykonawcę w sytuacji aby sam domyślał się które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował.

W związku z tym, że odwołujący nie przedstawił żadnego pewnego dowodu który potwierdziłby fakt iż zaoferowana w ofercie Verbicom cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną nierealną, aby ten wykonawca był w stanie za tą cenę zamówienia wykonać, przedmiotowy zarzut jako nie udowodniony oddaliła. Na korzyść wykonawcy Verbicom przemawiał także fakt, że niezależnie od przyjętego sposobu oceny zaoferowanej ceny, brak było podstaw do uznania jej za cenę rażąco niską.

Oдноśnie zarzutów pokrywających się **w obu odwołaniach**, łącznemu rozpatrzeniu podlegają zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. art. 24 ust. 4 i art. 26 ust. 2b poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy VERBICOM S.A. z siedzibą w Poznaniu i uznania jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia.

W zakresie wymogu wykazania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ (Rozdział IV, Podrozdział III, ust. 1, pkt 1.1., ppkt 2) dla potwierdzenia spełniania tego warunku udziału w postępowaniu złożenia wraz z ofertą wymagał przedłożenia *„wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum jednej dostawy wraz z wdrożeniem odpowiadającej swoim rodzajem i zakresem stanowiącym przedmiot zamówienia, wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że zamówienia zostały należycie wykonane, sporządzony wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Przez dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem Zamawiający rozumie dostarczenie i wdrożenie kompletnego systemu do archiwizacji poczty elektronicznej dla minimum 5 000 skrzynek poczty elektronicznej”*.

Wykonawca VERBICOM S.A. w odpowiedzi na powyższy wymóg oraz postanowienia SIWZ (Rozdział IV, Podrozdział III, ust. 1, pkt 1.1., ppkt 3) załączył do oferty poświadczony za zgodność z oryginałem przez P. R..... P..... - Wiceprezesa Zarządu, zobowiązanie podmiotu - B3System S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Łopuszańskiej 32 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający mając na uwadze zastrzeżenie formy pisemnej w SIWZ dla ww. dokumentu wezwał VERBICOM S.A. w piśmie znak: 993200/370/IN-I 118/2013 w dniu 04.12.2013 r. do uzupełnienia wskazanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z wymogami SIWZ, tj. w formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie. Wykonawca w dniu 11.12.2013 r. uzupełnił prawidłowo, tj. w oryginale, pisemne zobowiązanie podmiotu B3System S.A.

W odpowiedzi na powyższe zarzuty zamawiający stwierdził, że przedłożone pisemne zobowiązanie jest wystarczającym dowodem na to, że wykonawca VERBICOM S.A. będzie dysponował niezbędnymi zasobami na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Za niezasadny i nieudowodniony zamawiający uznał również zarzut, że *dokonana w treści udostępnienia zasobów adnotacja o ilości skrzynek poczty elektronicznej („ 11 tys. skrzynek”) została naniesiona na treść dokumentu prawdopodobnie już po jego sporządzeniu (...), (...) to tym samym należało więc uznać przypuszczenie, że wskazywana*

dostawa obejmowała swoim zakresem inną niż 11 tys. skrzynek ilość skrzynek poczty elektronicznej ". W tym zakresie zamawiający podał, że sprawa ta była przedmiotem wyjaśniania i w jego trakcie w sposób niebudzący wątpliwości ustalono iż wskazana w wykazie dostawa 11 tysięcy skrzynek, miała w rzeczywistości miejsce.

Zamawiający zakwestionował również zasadność zarzutu, jakoby udostępnienie zasobu zostało dokonane w sposób bardzo ogólny, a tym samym niewystarczający. Stwierdził, że w treści ww. dokumentu przedłożonego przez VERBICOM S.A. wskazano zobowiązanie do udostępnienia zasobów - „ (...) w szczególności poprzez konsultacje, doradztwo oraz porady i pomoc w rozwiązywaniu problemów”. Sformułowanie „w szczególności”. Takie sformułowanie nie wyklucza również szerszego katalogu, tj. wykraczającego poza wskazanymi konsultacjami, doradztwem, poradami czy też pomocą w rozwiązywaniu problemów, udziału czy też współpracy podmiotu udostępniającego zasoby (tj. B3 System S.A.) z VERBICOM S.A. podczas trwania zamówienia.

Wobec powyższego stwierdził, że pisemne zobowiązanie przedłożone przez przystępującego stanowiło wystarczający dowód, iż VERBICOM S.A. będzie dysponował niezbędnymi zasobami B3System S.A. na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia i tym samym spełniło warunki udziału w postępowaniu i nie podlegało wykluczeniu w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp..

Inna kwestią podnoszona przez odwołującego Comp na rozprawie była sprawa czy rzeczywiście udostępniający Verbicom zasoby - B3 System w rzeczywistości wykonał taką usługę i czy została ona jak twierdzi zarówno Verbicom jak i podmiot udostępniający wykonana na rzecz ING Banku Śląskiego - wystawcy referencji.

Odwołujący Comp starał się wykazać na rozprawie iż taka umowa nie została w ogóle wykonana, gdyż nie znajduje się w raportach giełdowych spółki B3 System. Stwierdził, że *taka umowa jeśli była wykonywana to na pewno nie miało to miejsca na rzecz ING Banku Śląskiego lecz ewentualnie na rzecz innego podmiotu. Odnosząc się do str. 65 i 66 załączonego raportu półrocznego spółki B3 Systems podał, iż w raporcie tym nie ma mowy o zamówieniu na które powołuje się wykonawca Verbicom. Ponadto gdyby oceniać umowę 4/201012 z której wynika, iż umowa dotyczyła tylko świadczenia usług serwisowych więc zakres tej usługi był zdecydowanie mniejszy niż to wynika z wymagań postawionych w SIWZ oraz jest niezgodny z wykazem przystępującego Verbicom zarówno co do wykazu usług jak i złożonej referencji. Natomiast na str. 66 tegoż raportu mowa jest o umowie na realizację zamówienia zawartej w czerwcu 2012 r. na sprzedaż, dostawę, instalację systemu, a więc w zakresie bliższym wymagań zamawiającego jednakże wskazuje, iż umowa ta była zawarta nie na rzecz ING Bank Śląski lecz na rzecz innego podmiotu o nazwie ING Serwis Polska.*

Z powyższego stanowiska odwołujący wywodził, że gdyby nawet taka umowa przez B3 System była wykonywana to nie na rzecz ING Bank Śląski i tym samym bank ten nie

mógł wystawić referencji, którą w przedmiotowym postępowaniu posłużył się wykonawca Verbicom.

Izba odnosząc się do treści zarzutu oraz wskazanych przez strony i uczestników postępowania argumentacji i dokumentów złożonych przez odwołującego mających potwierdzać zasadność zarzutu, stwierdza:

- po pierwsze- brak jest podstaw do przyjęcia stanowiska odwołującego iż wskazana na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia umowa o wykonaniu przez B3 System zamówienia na rzecz ING Banku Śląskiego nie była wykonana. Odwołujący odnosząc tą kwestię do braku wskazania tej umowy w raportach giełdowych spółki B3 System, stwierdzić należy, że odwołujący nie wykazał, iż umowa o tej wartości zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Finansów dot. obowiązków sprawozdawczych spółek giełdowych, winna być ujęta w takim raporcie, a ponadto iż ze względu na przedmiot zamówienia w oparciu o § 5 ww. rozporządzenia nie podlegała wyłączeniu z publikacji w raporcie. Tak więc próba wykazania braku realizacji takiego zamówienia przez B3 System przy pomocy raportu giełdowego, Izba uznała za wysoce niewystarczające, a tym samym zarzut w tym zakresie uznała za i nieudowodniony.

- po drugie- odwołujący nie wykazał jednoznacznie, że umowa na jaką powołał się wybrany wykonawca, była wykonywana na rzecz innego podmiotu niż wystawca referencji ING Bank Śląski tj. na rzecz ING Serwis Polska. Nie wykazał także, że nawet gdyby w sytuacji ta umowa była wykonywana na rzecz spółki ING Serwis Polska, to spółka ta nie jest spółką ING Banku Śląskiego.

Zwrócić należy uwagę, że referencje to oświadczenie wiedzy podmiotu, posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem. Może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiadomości o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stwierdzić należy, że nie zostało wykazane przez odwołującego iż umowa nie była wykonana na rzecz ING Bank Śląski i że Bank ten nie posiadał wystarczających wiadomości do wystawienia kwestionowanych przez odwołującego referencji.

Tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu co do niewykazania przez wybranego wykonawcę spełniania postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewłaściwego udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący podnieśli zarzut o wadliwości merytorycznej tego zobowiązania gdyż wykonawca Verbicom S.A. nie udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponować zasobami B3System S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zdaniem odwołujących z treści tego dokumentu nie wynika realny udział podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, gdyż zobowiązanie do udostępnienia zasobów

zostało ograniczone tylko do „konsultacji, doradztwa oraz pomocy w rozwiązywaniu problemów. Wobec tego nie zapewniało udziału podmiotu B3 System w realizacji zamówienia i tym samym nie udowodniało, że wykonawca będzie realnie dysponował wiedzą i doświadczeniem tegoż podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający w tym zakresie stwierdził, że zarzut co do zbytnej ogólności sformułowania formy uczestnictwa B3 System w realizacji zamówienia jest niezasadny, gdyż w treści dokumentu przedłożonego przez VERBICOM S.A. wskazano zakres zobowiązania zawierający zwrot „w szczególności”. Takie sformułowanie nie wyklucza w razie potrzeby szerszego katalogu, formy udziału udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia.

Izba odnosząc się do stanowisk stron i dokonanych ustaleń wskazuje iż dysponowanie zasobami musi zostać udowodnione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie budzący wątpliwości. Artykuł 26 ust. 2b Pzp. pozostawia otwarty katalog dowodów, którymi można wykazywać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sytuacji korzystania z zasobów podmiotu trzeciego.

Zwrócić uwagę należy również na fakt iż wprowadzenie tego przepisu do Pzp było implementacją do polskiego porządku prawnego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE mającego na celu zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Przedłożenie dowodu na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie nim każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia.

Nie budzi wątpliwości Izby potrzeba realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Przy czym tego typu realność – w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia.

Izba, oceniając konkretną sytuację, jaka ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu uznaje że wskazana przez Verbicom forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca dla prawidłowej realizacji przedmiotu tego zamówienia. Odwołujący w tym zakresie nie



przedstawili dowodu przeciwnego, dlatego też podniesiony w tym zakresie zarzut nie może zostać uwzględniony.

W zakresie szeregu zarzutów dotyczących rzekomej niezgodności treści oferty Verbicom S.A. z odpowiednimi wymaganiami SIWZ Izba stwierdza, że podniesione zarzuty jako nieudowodnione przez odwołujących nie mogą zostać uwzględnione.

Przed dokonaniem oceny dowodów przy pomocy których odwołujący zamierzali wykazać niezgodność treści oferty z SIWZ wskazać należy, że odwołujący wskazali, że swoją wiedzę co niezgodności treści oferty z SIWZ czerpią z wieloletniego doświadczenia na rynku, a także swoje spostrzeżenia w tym zakresie opierają na ich rozeznaniu co do funkcjonalności sprzętu i oprogramowania zawartego w ofercie Verbicom.

Odwołujący Comp w tym zakresie stwierdził, że szczegółowa analiza rozbieżności pomiędzy treścią oferty a SIWZ wymaga wiadomości specjalnych i dlatego też wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu badania sprzętu komputerowego i oprogramowania na okoliczności wskazywanych niezgodności.

W trakcie rozprawy tenże odwołujący podtrzymał wniosek dowodowy w zakresie potrzeby powołania biegłego, formułując w następujący sposób tezę co do których miałby się wypowiedzieć biegły, cyt. „*wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność oceny zgodności oferty wykonawcy Verbicom S.A. z SIWZ w zakresie punktów wskazanych na str. od 6 do 9 odwołania jak również możliwości zmodyfikowania lub skonfigurowania zaoferowanego przez Verbicom oprogramowania i sprzętu w sposób taki aby odpowiadała treści SIWZ, a także na okoliczność niespełnienia przez ofertę Verbicom wymagań technicznych SIWZ wskazanych w piśmie Verbicom z dnia 12.02.2014 r*”.

Na wstępie rozważań co do zasadności podniesionych zarzutów dotyczących kwestii niezgodności treści oferty wybranej z treścią SIWZ stwierdzić należy, że postępowanie przed Izba ma charakter całkowicie kontradiktoryjny. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Uwzględniając procesową (art. 190 ust.1 Pzp), jak i materialną zasadę ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) spoczywającego na podmiocie, który z danych okoliczności wywodzi skutki prawne, stwierdzić należy, że zgodnie z obowiązującą w tym zakresie zasadą *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat (ten przeprowadza dowód, kto twierdzi, nie ten kto przeczy)*.

Tym samym zasadne jest stwierdzenie, że zarzut dotyczący niezgodności oferty Verbicom z treścią SIWZ zostały postawiony w oparciu, jak piszą odwołujący posiadaną przez nich wiedzę w tym zakresie. Dla możliwości uwzględnienia podniesionych zarzutów - zgodnie z ww, zasadami dowodzenia niezbędne jest aby strona- w tym przypadku odwołujący, przedstawili dowody które w sposób pewny potwierdzają zasadność podniesionych i opisanych zarzutów. To nie Izba ma wykazać czy podnoszone zarzuty są

zasadne czy nie, ale to odwołujący mieli obowiązek udowodnienia przed Izbą słuszności podnoszonych zarzutów. Konsekwencją nieudowodnienia podnoszonych zarzutów jest, jak to orzekł w wyroku Sąd Najwyższy z 2007-11-07 sygn. akt II CSK 293/07 jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu.

Przechodząc do oceny dowodów jakie strony złożyły na potwierdzenie zasadności stawianych zarzutów podnieść należy, że odwołujący Advatech złożył 21 sztuk zrzutów ze stron internetowych, częściowo przetłumaczonych na język polski. Żaden z tych dokumentów nie został podpisany za zgodność z treścią podaną na stronie internetowej, jak również nie potwierdzono prawidłowości dokonanego tłumaczenia wybranej części tego dokumentu, jak również kto i o jakich kwalifikacjach tego tłumaczenia dokonał.

Natomiast odwołujący Comp jako dowód na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w omawianym zakresie złożył dokument prywatny opracowany przez Stowarzyszenie HL7 Polska, a także kopie korespondencji mailowych..

Zamawiający odnosząc się do przedstawionych zarzutów, a także złożonych przez odwołujących dowodów mających potwierdzać ich zasadność, wniósł o oddalenie dowodów złożonych przez wykonawców, gdyż jego zdaniem nie odnoszą się do rozwiązań systemowych będącego przedmiotem zamówienia. Jego zdaniem większość złożonych dowodów odnosi się do wskazania różnych funkcjonalności konkretnego oprogramowania, natomiast zamawiający zamawia określony system archiwizacji poczty i na etapie składania ofert to tylko wykonawca składający ofertę ma wiadomości w jaki sposób dojdzie do skonfigurowania sprzętu i oprogramowania, tak aby uzyskać wymagana funkcjonalność. Zamawiający złożoną przez Verbicom ofertę oceniał pod względem możliwości funkcjonalności systemu, a nie funkcjonalności poszczególnego oprogramowania. Podniósł, że w żadnym przedłożonych przez odwołujących dowodów nie wykazano, że użycie określonego urządzenia czy oprogramowania nie pozwoli na uzyskanie systemu, który został opisany w rozdz. II pkt 1 SIWZ. Przedłożone dowody wyrażają analizę funkcji urządzeń, a nie wskazują, ani nie potwierdzają, że po ich skonfigurowaniu wykonawca nie zaoferuje systemu spełniającego wymagania zamawiającego.

Odnosząc się do powyższych ustaleń Izba uznała, że należy przyznać rację zamawiającemu co do faktu zamawiania określonego systemu, a nie określonego sprzętu czy oprogramowania. To właśnie ten zaoferowany sprzęt po odpowiednim skonfigurowaniu ma zapewnić system archiwizacji poczty elektronicznej. Większość produktów z grupy IT jest produktami o uniwersalnym zastosowaniu, tzn w zależności od sposobu skonfigurowania pewnego zespołu urządzeń i oprogramowania można uzyskać różne systemy o różnej funkcjonalności. Dlatego też Izba uznała za niezasadne wykazywanie funkcjonalności określonych urządzeń czy oprogramowania, gdyż to byłoby prowadzeniem postępowania dowodowego ponad wymagania stawiane wykonawcom w SIWZ.

Odnosząc się do przedłożonych dowodów które stanowią wprost zrzuty ze stron internetowych jak i założoną ekspertyzę która jest sporządzona również w dużym zakresie w oparciu o takie informacje, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do tego, aby informacje zaczerpnięte ze stron internetowych, (nie wiadomo przez kogo zostały fragmentarycznie przetłumaczone), mogły stanowić dowód w oparciu o który Izba mogłaby uwzględnić odwołania w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty Verbicom z SIWZ. W tej materii istnieje bogate orzecznictwo zarówno sądów okręgowych jak i KIO gdzie prezentowana jest jednolite stanowisko, że informacje zamieszczone w Internecie nie posiadają cech dokumentu mogącego stanowić dowód w sprawie. Treści zawarte w Internecie nie mają charakteru wyczerpującego.

W sprawie przywołać należy stanowisko zawarte w wyroku SO w Białymstoku z dnia 7.10.2009 roku sygn. akt II Ca 718/09 gdzie Sąd stwierdził, że *informacje zamieszczone na stronach internetowych nie mogą stanowić jakiegokolwiek źródła odniesienia przy ocenie oferty, albowiem decydujące znaczenie mają oświadczenia wykonawców zawarte w treści skonkretyzowanej oferty przeanalizowane pod kątem treści siwz. Informacje zawarte w ulotkach, na stronach internetowych i innych publikacjach reklamowych nie mogą być dowodem w sprawie, gdyż nie mają mocy wiążącej.*

Warto również przytoczyć stanowisko z orzeczenia KIO z dnia 10 maja 2012 roku (sygn. akt KIO 877/12) gdzie Izba uznała, że *„niedopuszczalne jest stwierdzanie niezgodności oferty, wbrew jej treści, wyłącznie na podstawie informacji ze stron internetowych, które co do zasady mają charakter pogładowy, informacyjny, nieskierowany do konkretnego adresata - w przeciwieństwie do skonkretyzowanego, adresowanego do zamawiającego i wiążącego wykonawcę oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w złożonej ofercie”.*

Izba nie uwzględniła również wniosku odwołującego Comp o powołanie biegłego, gdyż:

- po pierwsze, zgodnie z treścią przepisu art. 190 ust. 4 Izba może powołać biegłego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Treść tego przepisu w połączeniu z przepisem ust.1 tegoż artykułu należy interpretować w ten sposób, że powołanie biegłego jest niezbędne, jeśli strony za pomocą wiarygodnych dowodów wykażą iż prezentowe przez nich stanowiska w sprawie są zasadne, a Izba stwierdzi iż powoduje to sprzeczność w sensie dowodowym, uniemożliwiającym przyznanie racji tylko jednej ze stron. W takiej sytuacji celem oceny takiego stanu faktycznego, niezbędne wydaje się zasięgnięcie opinii w sprawie przez podmiot posiadający w danym zakresie- branży, wiadomości specjalnych.

- po drugie, nie jest zasadne powoływanie biegłego którego rolą byłoby zastąpienie stron w obowiązku udowodnienia zasadności podnoszonych zarzutów. Za wyrokiem KIO z dnia 20.08.2013 roku stwierdzić należy, że *„niezasadne jest zastępowanie obowiązku stron w*

*zakresie przedstawiania dowodów na potwierdzenie stawianych twierdzeń, dowodem z opinii biegłego. Jednym z przejawów specyfiki dowodu z opinii biegłego jest to, że tenże środek dowodowy, z uwagi na składnik w postaci wiadomości specjalnych, nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową”( podobnie wyrok SN z 29 listopada 2006 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 245/06,).*

Jak wskazano na wstępie odwołujący zgłaszający zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ wyraźnie wskazywali, że wg. ich wiedzy w wymienionym w odwołaniu zakresie, oferta wykonawcy Verbicom jest niezgodna z SIWZ, ale potwierdzenia tego faktu upatrywali w opinii biegłego, a nie w przedstawieniu Izbie wiarygodnych dowodów w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła aby odwołujący przedstawili dowody w oparciu o które byłoby możliwe stwierdzenie zgodności oferty z SIWZ, a ponadto jak stwierdzono powyżej, takie postępowanie dowodowe byłoby niezasadne gdyż decydujące znaczenie dla zgodności treści oferty z SIWZ ma analiza sformułowań zawartych w SIWZ, Tutaj zamawiający skupił swoje wymagania na funkcjonalności całego systemu, a nie poszczególnych urządzeń mających wejść w jego skład..

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, mimo zasadności jednego z zarzutów odwołującego Advatech– nie miało miejsca w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący .....

Członkowie: .....

.....