

Sygn. akt: KIO 965/16

Sygn. akt: KIO 968/16

WYROK
z dnia 20 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 czerwca 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 03.06.2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik]** **[2] Trecom Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt 965/16)**,
- B) w dniu 03.06.2016 r. przez wykonawcę **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt 968/16)**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- A) wykonawcy **Net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 965/16** po stronie **odwołującego** oraz o sygn. akt: **KIO 968/16** po stronie **zamawiającego**,
- B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Proximus S.A. [pełnomocnik]**, **[2] MEGATEL Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Katowicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 965/16** i **KIO 968/16** po stronie **zamawiającego**,
- C) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. [pełnomocnik]**, **[2] Trecom Sp. z o.o. Sp.k. z**

siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 968/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.

- A. **Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt 965/16** wniesionego w dniu 03.06.2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] [2] Trecom Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie.**
- B. **Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt 965/16** wniesionego w dniu 03.06.2016 r. przez wykonawcę **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie.**

2.

- 2a. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] [2] Trecom Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (965/16)**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] [2] Trecom Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (965/16)**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] [2] Trecom Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (965/16)** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

2b. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie (968/16)

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie (968/16)** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie (968/16)** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) 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:

Sygn. akt: KIO 965/16

Sygn. akt: KIO 968/16

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zakup oraz wdrożenie rozwiązania pamięci masowej typu NAS (NetWork Attached Storage)«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **24.02.2016 r.** pod nrem **2016/S 038-062725**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Sygn. akt: KIO 965/16

Zamawiający zawiadomił **25.05.2016 r.** o dopuszczeniu do aukcji elektronicznej trzech wykonawców, a w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **Konsorcjum – [1] Proximus S.A z siedzibą w Katowicach [pełnomocnik] oraz [2] MEGATEL sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach (dalej: wykonawca Proximus).**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] [2] Trecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej w skrócie odwołujący Trecom), zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **03.06.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na czynności **zamawiającego** badania i oceny ofert.

Odwołujący Trecom zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Proximus** z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu;
- 2) **art. 26 ust. 3 Pzp** przez niewezwanie **wykonawcy Proximus** do uzupełnienia dokumentów (w szczególności poświadczeń) potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący Trecom wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;

- 2) dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez **wykonawcę Proximus**, względnie wezwania **tego wykonawcy** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) ponowienie czynności badania i oceny ofert oraz
- 4) uznanie oferty złożonej przez **odwołującego Trecom** za najkorzystniejszą.

Argumentacja **odwołującego Trecom**

Zarzuty dotyczące niezgodności oferowanego produktu (Rozwiązania Informatycznego) z treścią SIWZ

A. Rozwiązanie Informatyczne złożone z elementów różnych producentów

Zgodnie z **ust. 5.1 OPZ** (Wymagania szczegółowe, Architektura Rozwiązania Informatycznego), **pkt 2** „Architektura Rozwiązania Informatycznego pamięci masowej typu **NAS** (Network Attached Storage) musi obejmować zarówno warstwę sprzętową (urządzenia do składowania danych), jak i część niezbędnego oprogramowania (...) „c) **Zamawiający** nie dopuszcza Rozwiązania Informatycznego złożonego z elementów różnych producentów (urządzenia, Oprogramowanie Standardowe). **Zamawiający** dopuszcza Oprogramowanie Standardowe typu OEM (ang. Original Equipment Manufacturer)”.

Wskazany w treści oferty sprzęt pochodzący od **wytwórcy HP** oraz oprogramowanie **Scality RING** nie spełnia ww. wymogów **OPZ**. Przede wszystkim nie jest to jednolity produkt tylko zestaw produktów złożony z elementów sprzętowych w oparciu o rozwiązania **wytwórcy HP** lub innego producenta oraz oprogramowanie **Scality RING**. Wymaganie **ust. 5.1 pkt 2 lit. c OPZ** w sposób jednoznaczny określają, że **zamawiający** nie dopuszcza rozwiązania złożonego z elementów różnych producentów:

„(...) c) **zamawiający** nie dopuszcza Rozwiązania Informatycznego złożonego z elementów różnych producentów (urządzenia; Oprogramowanie Standardowe)”.

Rozwiązanie **Scality RING** (którego producentem jest **wytwórca Scality Inc.**) oparte o **platformę HP** (gdzie **producent to Hewlett Packard Enterprise** działający przez swojego przedstawiciela **HP Inc.** W Polsce) lub inny podmiot nie stanowią jednego produktu pochodzącego od jednego producenta.

Pod tym adresem znajduje się informacja o partnerstwie HP i Scality <http://www.scality.com/about-us/press/scality-hpe-partnership-2016/> co podkreśla niezależność producentów. Dodatkowo odwołujący wskazał, że podmiotem wykonującym wdrożenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu był **wytwórca Scality**, a nie producent oferowanego rozwiązania. **Lit. c** nie została spełniona.

Oświadczenie **wytwórcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. (HPE)** skierowane na wezwanie **zamawiającego**, jakoby oprogramowanie składało się wyłącznie z elementów **Hewlett Packard Enterprise** z uwagi na fakt, że oprogramowanie **wytwórcy**

Scality jest oprogramowaniem w wersji **OEM** pozbawione jest walorów dowodowych, ponieważ oświadczenie to zostało wydane przez podmiot pośrednio zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia wyłącznie na potrzeby rozpoznawanego postępowania.

Nigdzie na stronie producenta oprogramowania (**firma Scality**), oraz na stronach **HP** nie widnieje informacja o tym, że oprogramowanie to jest tzw. „**HP OEM**”.

Niewątpliwie charakter stwierdzonych i opisanych niezgodności z treścią **SIWZ** wynika z dokumentów kształtujących w sposób jednoznaczny wolę zaoferowania danego Rozwiązania Informatycznego, które nie spełnia podstawowych wymogów **zamawiającego** wyrażonych w treści **SIWZ** i tym samym nie podlega poprawie w trybie **art. 87 ust. 1 Pzp**.

B. Brak certyfikacji Komponentów oferowanego Rozwiązania – niezgodność z ust. 4.1 pkt 4 OPZ (4. Wymogi ogólne, wymagania dostawy oraz prac instalacyjnych)

Zgodnie z **pkt 4.1.4 OPZ** „Komponenty, z których zbudowane jest Rozwiązanie Informatyczne muszą być produktami certyfikowanymi przez producenta Rozwiązania oraz muszą być objęte jego gwarancją”.

Tymczasem wg dokumentu wskazanego na oficjalnej stronie **HP** – Scality RING on HP ProLiant servers Technical white paper (dokument w załączeniu) –

<http://h20195.www2.hp.com/v2/getpdf.aspx/4AA5-4981ENW.pdf> s.7:

„The Scality RING requires no certification, which means that a business can deploy RING on any ProLiant server that supports the requirements and can utilize new features and capabilities as soon as possible”.

Tłumaczenie:

„THE RING Scality nie wymaga certyfikacji, co oznacza, że firma może wdrożyć RING na dowolnym serwerze ProLiant, który obsługuje wymagania i może wykorzystać nowe funkcje i możliwości tak szybko jak to możliwe”.

C. Brak zgodności zaoferowanego Rozwiązania Informatycznego z normami ISO 9001 oraz ISO 14001 lub równoważnymi

Według informacji dostępnych publicznie rozwiązanie **Scality Ring** nie jest certyfikowane normami **ISO 9001 oraz 14001** – co jest niezgodnie z postanowieniem ogólnych wymagań **pkt 4.1.3 OPZ**: „Dostarczone w ramach [...] Przedmiotu Zamówienia Rozwiązanie Informatyczne musi zostać wyprodukowane zgodnie z normami ISO 9001 oraz ISO 14001 lub równoważnymi”.

D. Niezgodność z punktem 5.2 WT-001 i WT-002 oferowanego Rozwiązania Informatycznego

Zgodnie z punktem **WT-001**: „Musi udostępniać całkowitą dostępną przestrzeń na poziomie minimum 600 TB w ramach jednego systemu plików (ang. Single namespace)”, **WT-002**: „wielkość pojedynczego systemu plików (single namespace) musi być skalowalna do co najmniej **10 PB** powierzchni netto (przestrzeni do wykorzystania)”.

Zgodnie natomiast z pytaniem i odpowiedzią nr 14:

»Pytanie – Czy **zamawiający** w punktach **WT-001** oraz **WT-002** wymaga rozwiązania, które prezentuje powierzchnię netto rozszerzalną do co najmniej **10 PB** w oparciu o jeden system plików?

Odpowiedź – Tak, **zamawiający** wymaga dostarczenia rozwiązania, które prezentuje powierzchnię netto rozszerzalną do co najmniej **10 PB** w oparciu o jeden system plików«.

Rozwiązanie Scality Ring oferuje możliwość utworzenia jednego „namespace” o pojemności co najmniej **10 PB**, natomiast z dostępnej dokumentacji nie wynika, że umożliwia ona również utworzenie jednego systemu plików. **Zamawiający** wyraźnie zaznaczył w odpowiedzi na pytania, że wymaga, aby proponowane rozwiązanie umożliwiało utworzenie jednego systemu plików, a nie tylko jednego „namespace”.

Brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Zgodnie z **rozd. VIII ust. 1.2 SIWZ wykonawcy** mieli wykazać się spełnieniem co najmniej 3 umów lub zamówień odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, przy czym za taką umowę lub zamówienie **zamawiający** uzna wdrożenie macierzy dyskowej klasy NAS producenta oferowanego rozwiązania, z których każda umowa obejmowała lub każde zamówienie obejmowało macierz klasy NAS o sumarycznej przestrzeni użytkowej nie mniejszej niż **1 PB** w okresie 3 lat. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku **zamawiający**, zgodnie z treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów, żądał poświadczenia, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze **wykonawca** nie był w stanie uzyskać poświadczenia – oświadczenia **wykonawcy**.

Złożone na s. 20-25 oferty oświadczenia podmiotu trzeciego wraz ze wskazaniem okoliczności rzekomo usprawiedliwiających brak złożenia stosownych poświadczeń nie mogą być uznane za zgodne z przepisami zarówno rozporządzenia ws. dokumentów jak i treścią **SIWZ**. Jak wskazano powyżej podstawowym dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie **zamówienia** powinno być poświadczenie natomiast oświadczenie własne tylko w wyjątkowych przypadkach (jako wyjątek od reguły) powinno być uznawane za taki dowód.

Jako obiektywne okoliczności **odwołujący Trecom** wskazał:

1. Fakt, że zlecenie było realizowane na rzecz podmiotu prywatnego, w branży, w której pisemne referencje lub poświadczenia nie są praktykowane, co uprawdopodobniało brak uzyskania poświadczenia, a w konsekwencji brak zwrócenia się o wystawienie pisemnego poświadczenia należytego wykonania zamówienia

Nie jest prawdą, że podmioty prywatne działające w tej branży nie wystawiają (nie jest to praktykowane) stosownych poświadczeń. **Wykonawca** nie składa żadnych dowodów (np. w postaci wcześniejszych korespondencji z podobnymi podmiotami, które odmówiły wydania poświadczeń). Tymczasem z doświadczenia **odwołującego Trecom** wynika, że poświadczenie mogą być wydawane, czego dowodem jest list referencyjny dostarczony do **zamawiającego 20.04.2016 r.**

2. Brak możliwości uzyskania poświadczenia w terminie wyznaczonym na składanie ofert, co wynikało z zapytania złożonego na etapie przygotowywania do złożenia oferty

Wykonawca (także podmiot trzeci) nie wskazuje żadnego dowodu, że zapytanie takie miało miejsce (np. korespondencja mailowa).

Ponadto podmiot trzeci wskazuje, że rzetelność realizacji dostawy i wdrożenia potwierdzają:

1. Okoliczność przyszłej trwałej współpracy pomiędzy stronami

Jest to okoliczność przyszła i niepewna. **Wykonawca** nie może z góry zakładać, że współpraca między stronami będzie istnieć, ponieważ zależy to od wielu czynników takich jak zapotrzebowanie podmiotu na dane usługi, budżet zlecającego, koniunktura na rynku, otrzymanie korzystniejszej oferty od konkurencji etc.

2. Axez JTC Solution BV, AB Groupe, SFR nadal są klientami referencyjnymi

Wykonawca (także podmiot trzeci) nie złożył żadnego dowodu na tę okoliczność.

Odwołujący Trecom podkreślił, że z dokumentów udostępnionych przez **zamawiającego** nie wynika, że **zamawiający** zwracał się do podmiotów, na których rzecz wykonano przedmiotowe zamówienia o potwierdzenie należytego ich wykonania.

Odwołujący Trecom przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 03.06.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).**

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **06.06.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).**

09.06.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] PROXIMUS S.A. z siedzibą w Katowicach [pełnomocnik] [2] i Megatel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie złożył (1) Prezesowi **KIO**, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

09.06.2016 r. wykonawca Net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach złożył (1) Prezesowi **KIO**, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu

przystąpienia do postępowania po stronie **odwołującego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

14.06.2016 r. zamawiający wniósł do Izby z kopiami dla uczestników postępowania (1) odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania, (2) pismo do **wykonawcy Proximus** o uzupełnienie dokumentów oferty na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** oraz (3) pismo o unieważnieniu informacji o rankingu ofert. Wszystkie pisma z **14.06.2016 r.**

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego Trecom**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **odwołującego Trecom** złożył do **Izby** wnioski dowodowe:

- 1) (dowód nr 1) dokumentacja techniczna oprogramowania Scality RING ze strony internetowej producenta HP wraz z tłumaczeniem fragmentu ze strony 7 dokumentu, z których odwołujący wywodzi, że skoro oprogramowanie nie wymaga certyfikacji to jej nie posiada;
- 2) (dowód nr 2) oświadczenie Scality na wykazanie, że oprogramowanie sprzedawane przez HP jest oprogramowaniem OEM;
- 3) (dowód nr 3) wyciąg z dokumentacji technicznej dostępny pod adresem internetowym wskazanym na dole tłumaczenia na okoliczność spełnienia wszystkich warunków uznania oprogramowania za oprogramowanie typu OEM;
- 4) (dowód nr 4) dokumentacja techniczna (wyciąg) z tłumaczeniem na wykazanie faktu certyfikacji tego rozwiązania dla oprogramowania Scality dla dostarczanych serwerów;
- 5 i 6) (dowód nr 5 i 6) tłumaczenie strony internetowej »Opis SOFS« na wykazanie, że system plików SOFS jest jednym systemem plików oraz udostępnia możliwość prezentacji setek petabajtów danych (PB), jest to jedna z prawie

2000 stron, dlatego przystępujący składa certyfikat producenta Scality zminimalizowanego do 1 strony, gdzie kluczową informacją jest to, że system jest pojedynczym systemem plików i może osiągnąć rozmiar setek petabajtów, a nie tylko 10, jak wymagał zamawiający, są to dane z 10.06.2016 r.;

- 7) (dowód nr 7) pełnomocnictwo wraz z odpisem z francuskiego rejestru przedsiębiorców potwierdzające umocowanie do reprezentowania podmiotu Scality przez Pana M.

Izba, zgodnie z art. 190 ust. 6 Pzp, nie wzięła pod uwagę wniosków dowodowych złożonych przez odwołującego Trecom, gdyż nie miały one znaczenia w rozpoznawanej sprawie, a zostały powołane jedynie dla zwłoki. Art. 190 ust. 6 Pzp brzmi »Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki«.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, pierwszy zarzut odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Proximus oraz drugi zarzut odwołania naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez niewezwanie wykonawcy Proximus do uzupełnienia dokumentów (w szczególności poświadczeń) potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że 14.06.2016 r. zamawiający wniósł do Izby z kopiami dla odwołującego Trecom i uczestników postępowania: (1) odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania, (2) pismo do wykonawcy Proximus o uzupełnienie dokumentów oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz (3) pismo o unieważnieniu informacji o rankingu ofert. Wszystkie pisma z 14.06.2016 r.

Wobec tego należy stwierdzić, że faktycznie zamawiający uwzględnił żądania odwołującego Trecom, które to żądania na rozpoznawanym etapie postępowania o udzielenie zamówienia mogły być uwzględnione, czyli bez żądania odrzucenia oferty wykonawcy Proximus i bez żądania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego Trecom.

Żądania te brzmiały: cyt. »Odwołujący Trecom wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;

- 2) dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez **wykonawcę Proximus**, względnie wezwania **tego wykonawcy** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) ponowienie czynności badania i oceny ofert oraz
- 4) uznanie oferty złożonej przez **odwołującego Trecom** za najkorzystniejszą«.

Izba stwierdza, że niespełnione przez **zamawiającego** żądania są postawione przedwcześnie, a ich podtrzymywanie w postępowaniu nieuzasadnione, gdyż komisja przetargowa **zamawiającego** musi najpierw dokonać, zgodnie z **art. 20 ust. 1 Pzp** oceny spełniania przez **wykonawcę Proximus** warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia następnie – zależnie od tej oceny – zbadać tę ofertę i w dopiero końcu komisja powinna dokonać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. **Art. 20 ust. 1 Pzp** brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert«.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do obu zarzutów odwołującego, a tym samym Izba oddala odwołanie odwołującego

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt: KIO 968/16

Zamawiający zawiadomił **25.05.2016 r.** o:

- 1) dopuszczeniu do aukcji elektronicznej 3 wykonawców;
- 2) odrzuceniu oferty **wykonawcy Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** [dalej **wykonawca lub odwołujący Qumak**], gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Wykonawca Qumak z siedzibą w Warszawie, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **03.06.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty **wykonawcy Qumak**, ze względu na uznanie treści oferty za niezgodną z treścią **SIWZ** oraz
- 2) na niezakwalifikowanie **wykonawcy Qumak** do aukcji elektronicznej.

Odwołujący Qumak zarzucił **zamawiającemu** błędne ustalenie stanu faktycznego oraz naruszenie:

- 1) **art. 7 Pzp** przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie **wykonawców** i utrudnianie uczciwej konkurencji, przez m.in.:
 - a) bezkrytyczne przyjęcie przez **zamawiającego** bez zastrzeżeń wyjaśnień pozostałych wykonawców: **Konsorcjum [1] Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o.** oraz **[2] Trecom Sp. z o.o.**; **Konsorcjum [1] Proximus S.A.** oraz **[2] MEGATEL Sp. z o.o.**; **net-o-logy ul. Sp. z o.o.** – w zakresie oferowanego przez te podmioty rozwiązania, podczas, gdy analogicznym wyjaśnieniom i zapewnieniom **wykonawcy Qumak zamawiający** z nieznanymi powodów nie dał wiary i uznał, że rozwiązanie **wykonawcy Qumak** jest niezgodnie z **SIWZ**;
 - b) odrzucenie oferty **wykonawcy Qumak** na podstawie wymagań nie zawartych w treści **SIWZ**;
- 2) **art. 91b ust. 1 Pzp** w zw. z **art. 7 ust. 1 Pzp** przez niezgodne z Ustawą nie zaproszenie **wykonawcy Qumak** do udziału w aukcji elektronicznej;
- 3) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez bezprawne uznanie, że oferta **wykonawcy Qumak** jest niezgodna z **SIWZ**;
- 4) **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 36 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez dokonanie swobodnej oceny treści oferty **wykonawcy Qumak** i składanych wyjaśnień wbrew literalnej treści **SIWZ** i z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców;
- 5) **art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez bezpodstawne nieuznanie wyjaśnień **wykonawcy Qumak** z **5.05.2016 r.** w zakresie oświadczeń o spełnianiu przez przedmiot oferty **wykonawcy Qumak** wszystkich wymagań **SIWZ**;
- 6) **art. 87 ust. 1 Pzp** przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania **wykonawcy Qumak** do wyjaśnień w sytuacji, gdy **zamawiający** miał wątpliwości, do sposobu spełnienia przez ofertę **wykonawcy Qumak** oczekiwanych w **SIWZ** wymagań – o sposobie obsługi protokołu obiektowego typu **Swift [OpenStack Object Storage (Swift)] (dalej Swift)** przez oferowane rozwiązanie.

Odwołujący Qumak wniósł uwzględnienie odwołania i o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności oceny ofert i zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** dokonania ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej;
- 4) poddanie oferty **wykonawcy Qumak** pod ocenę i zaproszenie **wykonawcy Qumak** do udziału w aukcji elektronicznej.

Ponadto **odwołujący Qumak** wniósł o:

- 1) dopuszczenie jako dowodów dokumentów załączonych do oferty **odwołującego Qumak** oraz stron internetowych przywołanych przez **odwołującego Qumak** w treści odwołania;
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz **odwołującego** kosztów postępowania.

Argumentacja **odwołującego Qumak**

I. Opis stanu faktycznego

25.05.2016 r. zamawiający doręczył **odwołującemu Qumak** informację o odrzuceniu oferty **odwołującego Qumak** z postępowania jako oferty niezgodnej z **SIWZ**.

Odwołujący Qumak wskazuje, że czynność **zamawiającego** polegająca na odrzuceniu oferty **wykonawcy Qumak** i niezaproszeniu **odwołującego Qumak** do udziału w aukcji elektronicznej, nie znajdują podstawy w przepisach **ustawy Pzp** oraz treści **SIWZ**.

Odwołujący Qumak stoi na stanowisku, że **zamawiający** dokonał błędnego ustalenia stanu faktycznego i z naruszeniem przepisów prawa odrzucił zgodną z treścią **SIWZ** ofertę **odwołującego Qumak**.

Zamawiający w swojej decyzji z **25.05.2016 r.** wskazał, że oferta **wykonawcy Qumak** jest niezgodna z treścią **SIWZ**, a **odwołujący Qumak** zaprzecza takim twierdzeniom **zamawiającego**.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec oferty wykonawcy Qumak

Zamawiający twierdzi, że oferta **odwołującego Qumak** nie spełnia wymagań **SIWZ**. W swojej decyzji z **25.05.20156 r. zamawiający** wskazał, że odnosząc się do wymagania **zamawiającego** zawartego w **OPZ** dotyczącego wymogu obsługi protokołu obiektowego typu **Swift** przez Rozwiązanie Informatyczne (wymaganie WT-008 zawarte w **rozdz. 5.2 OPZ**) oraz Rozwiązania Informatycznego OceanStor 9000 Scale-out NAS **firmy Huawei**, będącego przedmiotem oferty **wykonawcy Qumak** wynika, że powyżej wymienione zaferowane przez **odwołującego Qumak** Rozwiązanie Informatyczne nie spełnia

wymagania dotyczącego obsługi protokołu obiektowego typu **Swift**. Zaoferowane Rozwiązanie Informatyczne nie posiada możliwości obsługi protokołu obiektowego typu **Swift**. Zdaniem **zamawiającego** Rozwiązanie Informatyczne OceanStor 9000 Scale-out NAS **firmy Huawei**, będące przedmiotem oferty **wykonawcy Qumak** jak wynika z oficjalnej dokumentacji producenta Rozwiązania Informatycznego [m.in. dokument **Huawei OceanStore 9000 Product Description (V300R00500)**], nie posiada możliwości obsługi protokołu obiektowego typu **Swift**, rozwiązanie to posiada jedynie wsparcie dla protokołu świadczone przez serwis o nazwie „OceanStore 9000 Object Storage Service”. Wsparcie w zakresie obsługi protokołu **Swift** wymaganego przez **zamawiającego** realizowane jest dla zaoferowanego rozwiązania informatycznego OceanStor 9000 Scale-out NAS **firmy Huawei** przez uruchomienie dodatkowej usługi poza Rozwiązaniem Informatycznym, na dodatkowym serwerze pod nazwą „Keystone authentication server” oraz stworzenie przez **zamawiającego** aplikacji, która będzie umożliwiała uzyskanie dostępu do danych zgromadzonych na zaoferowanym Rozwiązaniu Informatycznym przez protokół **Swift**.

Wobec tego wyводу **zamawiający** uznał, że w tym stanie rzeczy zasadnym było dokonanie odrzucenia oferty **wykonawcy Qumak**.

Odwołujący Qumak nie zgodził z twierdzeniem **zamawiającego**. »*Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności do zakresu, ilości, jakości, właściwości, warunków realizacji i innych elementów, którym zamawiający nadał rangę istotnych – dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kc tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego spełnienia zamawiający oczekuje – zgodnie z postanowieniami SIWZ* (wyrok z 3 lutego 2014 r. KIO, sygn. KIO 77/14).

Odwołujący Qumak podkreślił, że ofertę swoją sporządził zgodnie z treścią **SIWZ**.

Produkt OceanStore9000 obsługuje protokół obiektowy typu **Swift** zgodnie z wymaganiem WT-008 **Załącznika nr 1 do SIWZ w rozdz. 5.2**.

Okoliczność ta była już wykazywana przez **odwołującego Qumak** w ramach wyjaśnień złożonych do **zamawiającego 05.05.2016 r.** oraz znajduje potwierdzenie bezpośrednio w oświadczeniu producenta oferowanego sprzętu. Zgodnie z przesłanym **05.05.2016 r.**

oświadczeniem **Huawei**, **odwołujący Qumak** potwierdza raz jeszcze, że w oferowanym produkcie zawarte jest wsparcie lub obsługa dla protokołu **Swift**.

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty z **25.05.2016 r.**, opiera się o informacje ze strony internetowej producenta a rysunek z dokumentacji „OceanStor 9000 V300R005C00 Object Storage ...” zatytułowany Software architecture (Architektura oprogramowania) przedstawia wyłącznie ogólny sposób działania funkcjonalności serwowania danych obiektowych.

Ten sposób postępowania **zamawiającego odwołujący Qumak** uznał za bezpodstawny w kontekście tego, że już uprzednio sam producent sprzętu złożył na daną okoliczność **zamawiającemu** oświadczenie o tym, że produkt OceanStore9000 obsługuje protokół obiektowy typu **Swift** zgodnie z wymaganiem **WT-008 Załącznika nr 1 do SIWZ w Rozdziale 5.2**. Nielogicznym jest przyznanie przez **zamawiającego** nadrzędności informacjom ze stron internetowych nad pismem producenta, które odnosi się do

Za nadrzędne należy uznać oświadczenie samego producenta sprzętu, co do jego zgodności z **SIWZ**.

Odwołujący Qumak zaprzecza wszelkim twierdzeniom zawartym w decyzji **zamawiającego** z **25.05.2016 r.** o odrzuceniu oferty. Oferowane rozwiązanie przez **odwołującego Qumak** zawiera wszystkie niezbędne elementy (w tym Keystone authentication server) do obsługi protokołu obiektowego typu **Swift** uruchamiane w ramach proponowanego Rozwiązania Informatycznego.

Nie ma konieczności tworzenia przez **zamawiającego** jakiegokolwiek dodatkowego komponentu do uruchomienia funkcjonalności wymaganej w punkcie **WT-008 rozdz. 5.2 OPZ**.

W przypadku wymienionego zakresu **zamawiający** postawił jedno konkretne wymaganie nie wskazując jednak w żadnym postanowieniu **SIWZ** sposobu integracji protokołu **Swift** z infrastrukturą **zamawiającego**, a zatem pozostawiając tę kwestię w rękach i ryzyku **wykonawcy Qumak**. Bowiem to **wykonawca Qumak** odpowiada za dobór rozwiązania z uwzględnieniem parametrów wymaganych, czyli takich, które są wymienione literalnie w **SIWZ**. W przypadku gdyby **zamawiający** określił konkretnie wymagany sposób obsługi protokołu **Swift** obawy **zamawiającego** z uzasadnienia odrzucenia oferty **wykonawcy Qumak** przez **zamawiającego** mogłyby być zasadne. Jednakże należy podkreślić, że **zamawiający** nie zamieścił w **SIWZ** wymogu określającego zasady, na jakich ma być obsługiwany protokół **Swift** w ramach Rozwiązania Informatycznego. Jedynym oczekiwaniem **zamawiającego** w **SIWZ** było to, aby Rozwiązanie Informatyczne obsługiwało protokół obiektowy typu **Swift**. **Odwołujący Qumak** podkreśla, że jego oferta spełnia te wymagania.

Zamawiający w sposób nieuprawniony pominął oświadczenia producenta **Huawei**, podczas gdy dla zwiększenia elastyczności rozwiązania, istnieje możliwość użycia komponentu „Keystone authentication server”, jako komponent wewnętrzny (wbudowany) lub jako element zewnętrzny będącym częścią pakietu OpenStack dostarczonego przez innych producentów. To **wykonawca Qumak** jako **wykonawca** zobowiązany jest do dostarczenia **zamawiającemu** takich komponentów w ramach Rozwiązania Informatycznego, aby umożliwić **zamawiającemu** obsługę protokołu typu **Swift**.

Zamawiający oczekiwał od **wykonawców Qumak** wskazania ceny ryczałtowej za zrealizowanie przedmiotowego zamówienia. Okoliczność ta ma istotne znaczenie.

Czynnościom **zamawiającego** polegającym na badaniu i ocenie ofert, nie można przepisać przymiotu kompletności i rzetelności, bo **zamawiający** dokonał odrzucenia oferty **wykonawcy Qumak** z pominięciem złożonych przez **wykonawcę Qumak** wyjaśnień i oświadczeń od producenta Rozwiązania Informatycznego, w sytuacji gdy oferta tego podmiotu spełnia wszystkie oczekiwania **zamawiającego** wskazane w **SIWZ**.

III. Zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 36 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wobec oferty wykonawcy Qumak – bezpodstawne odrzucenie oferty wykonawcy Qumak

Zamawiający nie podał żadnych wytycznych w **SIWZ**, do sposobu integracji środowiska **zamawiającego** z Rozwiązaniem Informatycznym oferowanym w ramach postępowania. Brak jest w **SIWZ** jakichkolwiek wymagań, co do sposobu obsługi poszczególnych protokołów, w tym również **zamawiający nie sprecyzował**, na jakich zasadach ma się odbywać obsługa protokołu obiektowego **Swift**.

Wobec tego **wykonawca Qumak** składając ofertę na zrealizowanie przedmiotowego zamówienia kierował się swoim doświadczeniem i zaoferował **zamawiającemu** Rozwiązanie Informatyczne posiadające wszelkie niezbędne części składowe w celu spełnienia wszystkich wymaganych przez **zamawiającego** parametrów w **SIWZ**. **Wykonawca Qumak** oświadcza, że zaoferowane Rozwiązanie Informatyczne spełnia wszystkie wymogi **SIWZ**. **Zamawiający** odrzucając ofertę **wykonawcy Qumak** wskazał na okoliczności nieznajdujące odzwierciedlenia w **SIWZ** oraz opierał się na informacjach sprzecznych z oświadczeniami samego producenta sprzętu.

Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał analizy oferowanego Rozwiązania Informatycznego w oparciu o informacje ze stron internetowych z pominięciem uzyskanych informacji od producenta. **Zamawiający** w swojej decyzji raz potwierdza, że Rozwiązania Informatyczne **wykonawcy Qumak** może obsługiwać protokół **Swift**, a następnie temu zaprzecza, ponieważ rzekomy sposób tej obsługi jest dla **zmywającego** nieodpowiedni. Przedstawione przez **zamawiającego** uzasadnienie wykracza poza postanowienia, które

zostały zamieszczone w **OPZ** jak i w całym **SIWZ**. **Wykonawca Qumak** przy tym raz jeszcze podkreśla, że **SIWZ** nie wymagał podania sposobu obsługi protokołu, a jedynie zapewnienie obsługi ogółem. Dlatego też **wykonawca Qumak** nie rozumie dlaczego w ogóle **zamawiający** opiera się na takim, a nie innym rozwiązaniu obsługi protokołu **Swift** przez produkty **producenta Huawei**, skoro wymogiem **SIWZ** nie było opisanie sposobu obsługi przedmiotowego protokołu.

Zamawiający dokonał oceny oferty **wykonawcy Qumak** w sposób nie oparty na żadnym postanowieniu **SIWZ**, a na tym etapie postępowania powołuje się na jakieś enigmatyczne swoje „rozumienie” tego **postanowienia OPZ**. Zatem ocena ta jest całkowicie oderwana od **postanowień SIWZ**.

W ocenie **odwołującego** takie postępowanie **zamawiającego** jest nieprawidłowe i narusza **przepisy Pzp**. **Zamawiający** stawiając określone warunki udziału w postępowaniu musi robić to w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak by umożliwić **wykonawcy** prawidłowe złożenie oferty. Tym bardziej nie może interpretować **postanowień zawartych w SIWZ** w sposób arbitralny, a w tym na niekorzyść **wykonawcy**.

W ocenie **odwołującego Qumak** brak było jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty **wykonawcy Qumak**, jako niezgodnej z treścią **SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp)**.

IV. Naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Qumak w **29.04.2016 r.** został wezwany przez **zamawiającego** w trybie **art. 26 ust. 4 Pzp** do wyjaśnień w zakresie spełnienia przez oferowane Rozwiązanie Informatyczne wymagania w zakresie obsługi protokołu obiektowego **Swift**.

Wykonawca Qumak w swoich wyjaśnieniach z **05.05.2016 r.** oświadczył, że jego Rozwiązanie Informatyczne spełnia dany wymóg, a wszelkie obawy **zamawiającego** w tym zakresie są nieuzasadnione. Ponadto do przedmiotowych wyjaśnień załączone zostało oświadczenie od producenta rozwiązania **Huawei**, że produkt OceanStore 9000 obsługuje protokół obiektowy typu **Swift** zgodnie z wymaganiem **WT-008 zał. nr 1 do SWIZ w rozdz. 5.2**.

W tym stanie rzeczy **odwołujący** wyraża brak zrozumienia dlaczego **zamawiający** pominął złożone oświadczenie samego producenta oferowanego Rozwiązania Informatycznego i dlaczego **zamawiający** zdecydował o odrzuceniu oferty **wykonawcy Qumak**.

Zdaniem **odwołującego Qumak** uzasadniony jest również zarzut zaniechania zastosowania przez **zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp**. Pomimo tego, że **zamawiający** nie zawarł w **SIWZ** wymagania do obsługi protokołu **Swift** to obecnie zarzuca, że rzekomy sposób obsługi protokołu **Swift** przez **Huawei** nie spełnia oczekiwań **zamawiającego**.

Pomijając to, że twierdzenia **zamawiającego** są nieuprawnione to nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, gdy **zamawiający** miał wątpliwości do sposobu spełnienia przez ofertę **wykonawcy Qumak** oczekiwanych w **SIWZ** wymagań do sposobu obsługi protokołu obiektowego typu **Swift** przez oferowane rozwiązanie, miał prawo zwrócić się do **wykonawcy Qumak** z odpowiednim zapytaniem, a nie wysnuwać zbyt daleko idące wnioski z dokumentacji ze stron internetowych.

V. Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp

Zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** jest przede wszystkim konsekwencją naruszeń wyżej opisanych. W praktyce tak dowolne i nieoparte na konkretnych postanowieniach **SIWZ** działania **zamawiającego**, a w szczególności posługiwanie się niezdefiniowanym nigdzie „rozumieniem nadanym przez **zamawiającego**” stwarza bardzo istotne ryzyko nierównego traktowania **wykonawców**. Wobec jednych bowiem **zamawiający** może definiować swoje „rozumienie” w sposób bardziej liberalny, a wobec innych bardziej ścisły. Szczególnie, że **zamawiający** nawet nie motywuje swojej decyzji w sposób umożliwiający rzeczywistą obronę praw podmiotu, którego ofertę odrzuca.

Zdaniem **odwołującego Qumak zamawiający** nie wywiązał się w sposób należyty z ustawowych obowiązków. W szczególności **zamawiający** w sposób bezkrytyczny przyjął treść wyjaśnień **wykonawców Proximus S.A. z 04.05.2016 r.** oraz wyjaśnień **wykonawcy net-o-logy z 19.04.2016 r.**, że dane oferty spełniają wymagania **SIWZ**, podczas, gdy w stosunku do **odwołującego Qumak zamawiający** nie uznał oświadczeń **wykonawcy** i zastosował kryteria oceny nadmierne, nie znajdujące odzwierciedlenia w **SIWZ**.

Wykonawca Qumak podkreśla, że na zapytania **zamawiającego** odnośnie spełniania wymagań **SIWZ** zarówno **wykonawców Proximus** jak i **wykonawcy net-o-logy** oparły się na informacji od producentów oferowanego sprzętu.

W związku z tym niezrozumiałym jest, że pomimo złożenia przez **wykonawcę Qumak** do swoich wyjaśnień oświadczenia **producenta Huawei** o spełnieniu wymagań **SIWZ**, **zamawiający** ma nadal wątpliwości, jednak jedynie do oferty **odwołującego Qumak**.

Odwołujący Qumak przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 03.06.2016 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **06.06.2016 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

09.06.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] **PROXIMUS S.A. z siedzibą w Katowicach [pełnomocnik] [2]** i **Megatel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie** złożył (1) Prezesowi **KIO**, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie

zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

09.06.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] Trecom Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

09.06.2016 r. wykonawca Net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie **odwołującego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

14.06.2016 r. zamawiający wniósł do Izby z kopiami dla uczestników postępowania (1) odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania, (2) pismo do **wykonawcy Proximus** o uzupełnienie dokumentów oferty na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** oraz (3) pismo o unieważnieniu informacji o rankingu ofert. Wszystkie pisma z **14.06.2016 r.**

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego Qumak**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** oparła wyrok na:
dowodach złożonych przez **odwołującego Qumak**:

- 1) (dowód nr 1/8) certyfikaty Pana A. P. na wykazanie jego fachowości;**
- 2 i 3) (dowody nr 2/9 i 3/10) wydruki ze stron internetowych z tłumaczeniem podmiotu Huawei na wykazanie, że zamawiający nie powinien mieć uzasadnionych obaw o niespełnienie przez odwołującego wymagań SIWZ;**

- 4) (dowód nr 4/11) pismo Huawei Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na wykazanie, że zamawiający nie powinien mieć uzasadnionych obaw o niespełnienie przez odwołującego wymagań SIWZ;
- 5) (dowód nr 5/12) dokumentacja podmiotu HP na wykazanie nierównego traktowania wykonawców, w której to dokumentacji jest jawnie napisane, że elementy OpenStack Swift w tym komponent Key Stone Authentication Server jest elementem zewnętrznej aplikacji;

oraz dowodzie złożonym przez zamawiającego:

- 6) (dowód nr 6/13) opinia biegłego pana J. G. na wykazanie, że oferta wykonawcy Qumak jest niezgodna z SIWZ.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez odwołującego Qumak, a dowód złożony przez zamawiającego opinię pana J. G. jako stanowisko zamawiającego.

W ocenie Izby, pierwszy zarzut odwołania naruszenia art. 7 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, przez: (a) bezkrytyczne przyjęcie przez zamawiającego bez zastrzeżeń wyjaśnień pozostałych wykonawców: konsorcjum Trecom, konsorcjum Proximus oraz Net-o-logy – w zakresie oferowanego przez te podmioty rozwiązania, podczas, gdy analogicznym wyjaśnieniom i zapewnieniom wykonawcy Qumak zamawiający nie dał wiary i uznał, że rozwiązanie wykonawcy Qumak jest niezgodnie z SIWZ, (b) odrzucenie oferty wykonawcy Qumak na podstawie wymagań nie zawartych w treści SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący Qumak nie wykazał, że zamawiający naruszył art. 7 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców, gdyż samo zwrócenie się o wyjaśnienia przez zamawiającego do odwołującego Qumak i do wszystkich wymienionych wykonawców wskazuje na równe traktowanie wykonawców. Ponadto odwołujący Qumak nie wykazał, że w wyjaśnienia różnych wykonawców były analogiczne do wyjaśnień odwołującego Qumak. Dlatego zamawiający mógł rozmaicie ocenić te wyjaśnienia. I tak też zamawiający postąpił uznając, że mimo wyjaśnień oferta odwołującego Qumak jest niezgodna ze SIWZ. Zamawiający uznał, że pozostali wykonawcy złożyli oferty zgodne ze specyfikacją, a odwołujący Qumak nie wykazał żadnych uchybień w tych ofertach, a szczególnie uchybień, które powinny być uznane za takie same jak uchybienia w ofercie odwołującego Qumak, co obligowałoby zamawiającego do odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przepis **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

W związku z tym w ocenie **Izby pierwszy** zarzut odwołania naruszenia **art. 7 Pzp** przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie **wykonawców** i utrudnianie uczciwej konkurencji – nie może zostać uwzględniony.

W ocenie **Izby**, zarzut **drugi** naruszenia **art. 91b ust. 1 Pzp** w zw. z **art. 7 ust. 1 Pzp** przez niezgodne z Ustawą nie zaproszenie **wykonawcy Qumak** do udziału w aukcji elektronicznej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że **odwołujący Qumak** nie wykazał, że jego oferta nie podlega odrzuceniu, a więc **zamawiający** pomijając **odwołującego Qumak** w zaproszeniu do aukcji elektronicznej nie naruszył **art. 91b ust. 1 Pzp**. **Art. 91b ust. 1 Pzp** brzmi »Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu«.

W ocenie **Izby**, zarzut **drugi** naruszenia **art. 91b ust. 1 Pzp** w zw. z **art. 7 ust. 1 Pzp** przez niezgodne z Ustawą zaniechanie zaproszenia **wykonawcy Qumak** do udziału w aukcji elektronicznej – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez bezprawne uznanie, że oferta **wykonawcy Qumak** jest niezgodna z **SIWZ** oraz zarzut **czwarty** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 36 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez dokonanie swobodnej oceny treści oferty **wykonawcy Qumak** i składanych wyjaśnień wbrew literalnej treści **SIWZ** i z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zgodnie z **część 5 rozdz. 5.1 ust. 2 lit. c str. 8 z 19 Opisu** przedmiotu zamówienia, stanowiącego **załącznik nr 1 do SIWZ** cyt. »Zamawiający nie dopuszcza Rozwiązania Informatycznego złożonego z elementów różnych producentów (urządzenia, Oprogramowanie Standardowe). Zamawiający dopuszcza Oprogramowanie Standardowe typu OEM (ang. Original Equipment Manufacturer)«.

Odwołujący Qumak złożył ofertę oraz wyjaśnienia i dowody na rozprawie, gdzie nie jest wykazane, że oferowany przedmiot zamówienia pochodzący od więcej niż jednego producenta (urządzenia, Oprogramowanie Standardowe) któryś z tych producentów jest typem OEM.

Zgodnie z przytaczaną na rozprawie popularną definicją z Wikipedii »**Original Equipment Manufacturer, OEM** (dosłownie *producent oryginalnego wyposażenia*) – przedsiębiorstwo sprzedające pod własną marką produkty wytworzone przez inne firmy.

Termin jest mylący, gdyż OEM nie zawsze jest wytwórcą, a nawet nie jest producentem, lecz czasem tylko sprzedawcą sprzętu dla użytkownika końcowego, choć zdarza się też, że jest jego projektantem.

W większości przypadków OEM nie dodaje wartości do wyposażenia, a jedynie znakuje je własnym logo. Nazwa OEM jest umieszczana na urządzeniach przez wytwórcę, na mocy zawartej umowy. Niekiedy OEM dodaje wartość do produktu, np. łącząc sprzęt i oprogramowanie w gotowe systemy (zobacz też: Value Added Reseller). Istnieją liczne firmy specjalizujące się w produkcji na rzecz OEM i nigdy nie sprzedające produktów pod własną marką – są to tzw. producenci kontraktowi. Niektóre firmy zajmują się zarówno produkcją, jak i działalnością typu OEM. Nazwa OEM jest też stosowana w odniesieniu do producentów komputerów osobistych, gdy sprzedają je razem z oprogramowaniem będącym standardowym wyposażeniem. Oprogramowanie OEM jest nierozdzielnie połączone z komputerem (lub jego częścią), na którym jest ono zainstalowane. Nie wolno go przenosić na inne komputery oraz odprzedawać«. Zdaniem Izby, mimo pewnej nieprecyzyjności definicji jej istota jest klarowna – jeden z podmiotów bierze na siebie pełną odpowiedzialność za funkcjonowanie przedmiotu i firmuje ten przedmiot swoją marką oraz znakuje w szczególny sposób taki przedmiot skrótem „OEM”. Jednak **odwołujący Qumak** nie wykazał, że któryś z producentów jest OEM, czyli podmiotem biorącym odpowiedzialność, a także gwarancję za cały przedmiot zamówienia niezależnie od tego który składnik przedmiotu zamówienia jest wytworzony przez którego producenta.

Zamawiający ściśle trzymał się zacytowanego postanowienia **części 5 rozdz. 5.1 ust. 2 lit. c str. 8 z 19 Opisu** przedmiotu zamówienia. Natomiast zaproszenie **odwołującego Qumak** do udziału w aukcji byłoby naruszeniem przytoczonych przepisów w zarzucie czwartym.

Z tego względu w ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez bezprawne uznanie, że oferta **wykonawcy Qumak** jest niezgodna z **SIWZ** oraz zarzut **czwarty** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 36 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez dokonanie swobodnej oceny treści oferty **wykonawcy Qumak** i składanych wyjaśnień wbrew literalnej treści **SIWZ** i z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **piąty** naruszenia **art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez bezpodstawne nieuznanie wyjaśnień **wykonawcy Qumak** z **5.05.2016 r.** w zakresie oświadczeń o spełnianiu przez przedmiot oferty **wykonawcy Qumak** wszystkich wymagań **SIWZ** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że samo ogólne oświadczenie o spełnieniu przez przedmiot oferty wszystkich wymagań **SIWZ** złożone przez **odwołującego Qumak** nie jest wystarczające dla

zamawiającego, gdy poszczególne, szczegółowe i wymagane dokumenty zawarte w szeroko rozumianej ofercie (a więc również wyjaśnienia oferty czy inne dodatkowe dokumenty) tego nie potwierdzają. Tak też w rozpoznawanym postępowaniu **odwołujący Qumak** nie wykazał, że oferuje przedmiot zamówienia jednego producenta lub OEM (scharakteryzowanego wyżej).

W związku z tym w ocenie **Izby**, zarzut **piąty** naruszenia **art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez bezpodstawne nieuznanie wyjaśnień **wykonawcy Qumak z 5.05.2016 r.** w zakresie oświadczeń o spełnianiu przez przedmiot oferty **wykonawcy Qumak** wszystkich wymagań **SIWZ** – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **szósty** naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania **wykonawcy Qumak** do wyjaśnień w sytuacji, gdy **zamawiający** miał wątpliwości, do sposobu spełnienia przez ofertę **wykonawcy Qumak** oczekiwanych w **SIWZ** wymagań – o sposobie obsługi protokołu obiektowego typu **Swift [OpenStack Object Storage (Swift)]** przez oferowane rozwiązanie – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że samo powoływanie się na naruszenie **art. 87 ust. 1 Pzp** przez **odwołującego Qumak** nie może zostać uwzględnione zew względu na zastrzeżenie istniejące w tym przepisie w zdaniu drugim. Art. 87 ust. 1 Pzp brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«. W wyjaśnieniach **wykonawca Qumak** nie odniósł się do posiadania wymaganej aplikacji, a przeciwnie daje do zrozumienia, że taką aplikację **zamawiający** powinien stworzyć niezależnie.

Zamawiający w częściowo przytaczanym postanowieniu **cz. 5 ust. 5.2 pkt 2 lit. b i c OPZ** wymagał dostarczenia Rozwiązania Informatycznego posiadającego pełne wsparcie producenta lub OEM w zakresie sprzętu i oprogramowania, dlatego dostawa przedmiotu zamówienia bez choćby najmniejszego elementu, który musiałby np. stworzyć **zamawiający** byłaby niezgodna z **SIWZ** bądź powodowałaby zmianę treści oferty, co jest niedopuszczalne na podstawie cytowanych **art. 87 ust. 1 zdanie drugie lub art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

W ocenie **Izby**, zarzut **szósty** naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania **wykonawcy Qumak** do wyjaśnień w sytuacji, gdy **zamawiający** miał wątpliwości, do sposobu spełnienia przez ofertę **wykonawcy Qumak** oczekiwanych w **SIWZ** wymagań – o sposobie obsługi protokołu obiektowego typu **Swift [OpenStack Object Storage (Swift)]** przez oferowane rozwiązanie – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: