

**Sygn. akt: KIO 2700/12**

**Sygn. akt: KIO 2713/12**

**WYROK**  
**z dnia 20 grudnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz  
Justyna Tomkowska  
Małgorzata Stręciwilk

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2012r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 7 grudnia 2012 r. przez **odwołującego** ADT Group Sp. z o.o. ul. Łączyny 3; 02-820 Warszawa o Sygn. akt KIO 2700/12,
- B. w dniu 7 grudnia 2012 r. przez **odwołującego** AGN Polska Sp. z o.o ul. Zbójnogórska 36 A; 04-802 Warszawa o Sygn. akt KIO 2713/12

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa ul. Poleczki 33; 02-822 Warszawa

przy udziale:

- A. **uczestnika** COMTEGRA Sp. z o.o. ul. Puławska 474; 02-884 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt KIO 2700/12 po stronie zamawiającego,
- B. **uczestnika** ADT Group Sp. z o.o. ul. Łączyny 3; 02-820 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt KIO 2713/12 po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala obydwie odwołania

2. kosztami postępowania obciąża ADT Group Sp. z o.o. ul. Łączyny 3; 02-820 Warszawa i AGN Polska Sp. z o.o ul. Zbójnogórska 36 A; 04-802 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 **zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych) uiszczoną przez ADT Group Sp. z o.o. ul. Łączyny 3; 02-820 Warszawa i przez AGN Polska Sp. z o.o ul. Zbójnogórska 36 A; 04-802 Warszawa tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od ADT Group Sp. z o.o. ul. Łączyny 3; 02-820 Warszawa i AGN Polska Sp. z o.o ul. Zbójnogórska 36 A; 04-802 Warszawa na rzecz Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa ul. Poleczki 33; 02-822 Warszawa kwotę 7.200 **zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, w tym kwotę 3.600 **zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) od ADT Group Sp. z o.o. ul. Łączyny 3; 02-820 Warszawa i kwotę 3.600 **zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) od AGN Polska Sp. z o.o ul. Zbójnogórska 36 A; 04-802 Warszawa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29.09.2012r. pod poz. 2012/S 188-309173 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Postępowaniu zamawiający nadał następujące oznaczenie: DZP-2610-46/2012.

Zamówienie dotyczy zakupu przełączników SAN z usługą serwisową.

W dniu 07.12.2012r. dwóch wykonawców wniosło odwołania w związku z procedurą badania i oceny oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Obydwa odwołania zostały skierowane do łącznego rozpoznania zarządzeniem z dnia 12.12.2012r Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

#### Odwołanie oznaczone Sygn. akt KIO 2700/12

Odwołanie ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwane dalej „ADT” dotyczy naruszenia następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”: art.89 ust.1 pkt 2, art. 87. ust.1, art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3, art. 7 ust.1 i ust.3 w związku z badaniem, oceną i wyborem oferty COMTEGRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwanej dalej „COMTEGRA” lub „Wykonawca wybrany” jako najkorzystniejszej.

Spółka COMTEGRA w dniu 13 grudnia 2012r. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Powyżej wskazane naruszenia przepisów ustawy dotyczyły: zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, którego treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej „SIWZ”, prowadzenia negocjacji zamawiającego z wykonawcą wybranym i dokonanie zmiany treści oferty, zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.3 ustawy, przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy.

W związku ze sformułowanymi zarzutami odwołujący wniósł o unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia tych czynności i odrzucenia oferty COMTEGRA oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący ADT w uzasadnieniu odwołania na poparcie podniesionych naruszeń ustawy wskazał na następujące okoliczności faktyczne.

Odwołujący przedstawiając uzasadnienie odwołania podzielił zarzuty na trzy grupy.

I. Pierwszy zarzut dotyczy naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy. Przedstawiając tenże zarzut odwołujący wskazał na wystąpienie następujących przypadków niezgodności w ofercie wykonawcy wybranego. Podstawę tych niezgodności w ocenie odwołującego stanowią zapisy SIWZ rozdziału I ust.4 ujęte w formie tabel w połączeniu z zaoferowanymi dostawami przełączników SAN 1 oraz SAN 2 w ofercie wykonawcy wybranego czyli COMTEGRY.

Pierwsza niezgodność to niemożność łączenia przełączników tej samej klasy połączeniem o przepustowości minimum 0,5 Tb/sekundę, a tym samym występuje niezgodność oferty z wymogami SIWZ.

Druga niezgodność dotyczy zaoferowania przez wykonawcę wybranego przełączników SAN 1 i SAN 2, które nie spełniają wymagań określonych w SIWZ w zakresie parametru „Moduły portów”. Zaoferowane przez COMTEGRA urządzenia w oferowanej konfiguracji nie mają możliwości uzyskania wymaganej ilości portów, każdy o minimalnej wydajności wymaganej przez zamawiającego.

Trzecia niezgodność według odwołującego to nie posiadanie przez przełącznik funkcjonalności monitorowania wydajności i statusu elementów Storage Area Network. Według odwołującego przełączniki SAN 1 i SAN 2 zaoferowane przez wykonawcę wybranego nie posiadają wymaganej funkcjonalności w zakresie monitorowania sieci SAN a mogą monitorować tylko status elementów przełącznika a sieć SAN to oprócz przełącznika dodatkowo inne przełączniki oraz tory optyczne i elektryczne pomiędzy nimi.

Przywołując zapisy rozdziału I ust.4 SIWZ w tabeli 1 w wierszu 5 odwołujący wskazał na czwartą w jego ocenie niezgodność polegającą na użyciu w ofercie wykonawcy wybranego terminu odnoszącego się do modułów portów przełącznika SAN1 zwrotu „minimum” co w ocenie odwołującego powoduje, że wykonawca wybrany nie określił w sposób jednoznaczny, jakie moduły oferuje.

Piąta niezgodność dotyczyła rozdziału I ust.4 SIWZ w Tabeli nr 3 w wierszu Nr 1 gdzie zawarto wymagania dotyczące architektury przełącznika SAN 3 to jest wymogu technologii FibreChannel minimum 8 Gb/sekundę. Niezgodność dotyczy tabeli cenowej gdzie wykonawca wybrany wskazał, że dostarczy model przełącznika Brocade 6510, który jest oparty o technologię 16 Gb/sekundę.

Wskazane niezgodności w treści oferty wykonawcy wybranego w ocenie odwołującego potwierdzają spełnienie przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy i nie mogą być konwalidowane na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy.

II. Drugi zarzut dotyczy naruszenia art. 87 ust.1 ustawy.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawca wybrany zgodnie z treścią swej oferty zaoferował dla pozycji SAN 1 i SAN 2 przełączniki „Brocade DCX Director”. Odwołujący przywołał listę produktów firmy Brocade dostępnej w kanale NetApp i stwierdził, że ani w nazewnictwie NetApp, ani w nazewnictwie Brocade nie istnieje zaoferowany produkt „Brocade DCX Director”. W związku z tym odwołujący stwierdził, że wykonawca wybrany zaoferował produkt nieistniejący. Natomiast wykonawca wybrany udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13 listopada 2012r. i wskazał, że „Użycie nazwy DCX Director bezpośrednio wskazuje na konkretny produkt z rodziny Brocade DCX Backbone. Nazwa DCX Director jednoznacznie wskazuje na 8 slotowe urządzenia ww. rodziny.” Natomiast odwołujący uważa, że według oficjalnej terminologii produkt „Brocade DCX Backbone” w kanale NetApp nazywa się „Brocade DCX” a nie „Brocade DCX Director”.

III. Trzeci zarzut dotyczy naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy.

W związku z uznaniem przedmiotowej oferty za najkorzystniejszą to jest z ceną 2.261.970,00zł. i kształtowaniem się jej na poziomie 41-46% pozostałych ofert, słusznie w ocenie odwołującego, zamawiający powziął wątpliwości co jej wyceny i wezwał do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oceniając złożone wyjaśnienia w piśmie wykonawcy wybranego z dnia 16.11.2012r., odwołujący stwierdza, że są lakoniczne i niewystarczające i nie dowodzą, że cena została skalkulowana według zasad rynkowych.

W świetle tak przedstawionej argumentacji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

#### Odwołanie o Sygn. akt KIO 2713/12.

Odwołanie wniesione w dniu 7 grudnia 2012r. przez AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaskarża czynności i zaniechania zamawiającego odnoszące się do wykonawcy wybranego to jest spółki COMTEGRY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak i spółki ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego przystąpiła spółka ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 12 grudnia 2012r. po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów odnoszących się do jej oferty.

Odwołujący AGN zaskarżył zarówno ofertę COMTEGRA jak i ofertę ADT.

Wycofując część zarzutów na rozprawie odwołujący podtrzymał następujące zarzuty z odwołania.

Pod adresem COMTEGRA to jest wykonawcy wybranego odwołujący postawił zamawiającemu naruszenie: art.24 ust.1 pkt 11 w zw. z art.24 ust.2 pkt 4 oraz art. 24 ust.4 ustawy poprzez nieuzasadnione uznanie zaświadczenia z KRK dla P. P..... J..... prezesa zarządu; art.84 ust.1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy poprzez nieuzasadnione dokonanie zmiany treści oferty po terminie składania ofert; art.89 ust.1 pkt 4 ustawy poprzez nieuzasadnione nie odrzucenie oferty wybranej pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę; art.89 ust.1 pkt 3 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty wybranej pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; art.91 ust.1 ustawy poprzez nieuzasadniony wybór najkorzystniejszej oferty.

Pod adresem ADT to jest wykonawcy poprzedzającego w rankingu ofert odwołującego zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: art.8 ust.1 i 3 w zw. z art. 96 ust.1 i 3 w zw. z art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione uznanie, że zastrzeżone przez ADT informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie ich odtajnienia; art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez nieuzasadnione uznanie, że zaoferowany przez ADT przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami opisanymi w SIWZ i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty ADT; art.91 ust.1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty AGN jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Na podstawie tak podtrzymanych na rozprawie zarzutów odwołujący AGN wniósł o: uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności oceny złożonych ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty a w następstwie ponownej oceny ofert wykluczenie i odrzucenie ofert COMTEGRA, ADT, odtajnienie zastrzeżonych w ofercie ADT informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa (wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację), wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2012r. wniósł o oddalenie każdego odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawców wnoszących odwołania w tym zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. W piśmie tym zamawiający przedstawił obszerną argumentacją formalną i prawną za oddaleniem odwołań.

**Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje**

Izba dokonując oceny posiadania interesu obu odwołujących do wniesienia odwołania ustaliła co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu złożono pięć ofert. Przy czym jedną ofertę zamawiający odrzucił to jest ofertę Ingrifo Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Warszawie. Z pozostałych czterech ofert jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę spółki COMTEGRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Oferta tej spółki zawiera najkorzystniejszą cenę to jest kwotę 2.261.970,00 zł. Przy czym jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty to cena. Oferty odwołujących zawierały następujące ceny: ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwota 4.843.248,00zł., AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwota 5.041.770,00zł. Czwarta ważna oferta J..... M..... „Galaxy” s. Zielona Góra opiewała na kwotę 5.494.410,00zł. Z kolei zamawiający na otwarciu ofert podał kwotę 8.350.909,25 zł.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba stwierdziła po stronie obydwu odwołujących posiadanie przez nich interesu do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy.

Co do zarzutów odwołującego ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; odwołanie oznaczone Sygn. akt KIO 2700/12.

W zakresie pierwszego zarzutu odwołującego dotyczącego wystąpienia przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Pierwsza podniesiona w odwołaniu niezgodność to niemożność łączenia przełączników tej samej klasy połączeniem o przepustowości minimum 0,5 Tb/sekundę.

Przywołana niezgodność dotyczy następującego zapisu SIWZ „Lp.4 Skalowalność „Wymagana możliwość łączenia przełączników (ang. stacks) tej samej klasy połączeniem o przepustowości minimum 0,5 Tb/sekundę bez użycia portów FC wymienionych w pkt 3”. Taki zapis odnosi się zarówno do przełączników SAN 1 jak i do przełączników SAN 2 ( str. 10 i 11 SIWZ).

Na rozprawie odwołujący doprecyzowując niezgodność po stronie wykonawcy wybranego oświadczył, że z zapisów SIWZ wynika, że „Zamawiający oczekiwał pojedynczego połączenia przełączników poprzez użycie w tym punkcie zwrotu „połączeniem” w liczbie pojedynczej” str. 5 protokołu.

Z kolei zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie podnosi, że” Zamawiający wskazuje, że wymóg ten nie oznacza, że wymagał by było to fizycznie jedno połączenie o przepustowości 0,5 Tb/sekundę. Określenie „łączenie przełączników oznacza jedynie sposób łączenia elementów i nie precyzuje, jak to połączenie ma być zrealizowane. W przypadku

przełączników SAN połączenie takie bowiem zawsze musi być zrealizowane kilkoma łączami kablowymi dla uzyskania efektu redundancji, a argumentacja Odwołującego zmierzająca w takim kierunku interpretacji tegoż postanowienia nie jest uprawniona.”

Izba dokonując rozstrzygnięcia podnoszonej niezgodności zważyła co następuje. W ocenie Izby użyty zwrot w SIWZ „Wymagana możliwość łączenia przełączników (ang. stacks) tej samej klasy połączeniem” nie oznacza, że przez użycie zwrotu „połączeniem” należy interpretować, że ma to być jedno połączenie a nie np.: kilka połączeń. Bowiem zwrot „połączenie” można również dobrze odczytywać jako sposób co oznacza samą konieczność połączenia przełączników ale wcale nie koniecznie połączenie jednym łączem. Tak więc podnoszona niezgodność oferty wykonawcy wybranego w tym zakresie nie potwierdziła się.

Druga niezgodność dotyczy zaoferowania przez wykonawcę wybranego przełączników SAN 1 i SAN 2, które nie spełniają wymagań określonych w SIWZ w zakresie parametru „Moduły portów”. Zaoferowane przez COMTEGRA urządzenia w oferowanej konfiguracji nie mają możliwości uzyskania wymaganej ilości portów, każdy o minimalnej wydajności wymaganej przez zamawiającego.

W tym zakresie Izba przeprowadziła dowód z oferty wykonawcy wybranego i stwierdziła, że w tabeli nr 1 i nr 2 lp. 5 moduły portów wykonawca wybrany w charakterystyce (wymagania oferowane) – prawa strona tabeli zagwarantował zamawiającemu dostarczenie wymaganej ilości portów zgodnie z charakterystyką (wymagania minimalne) – lewa strona tabeli co w ocenie Izby wypełnia wymogi SIWZ. Bowiem spełnienie stawianych wymagań na poziomie minimalnym jest również spełnieniem postawionych wymogów SIWZ.

Co do trzeciej niezgodności według odwołującego to nie posiadanie przez przełącznik funkcjonalności monitorowania wydajności i statusu elementów Storage Area Network. Według odwołującego przełączniki SAN 1 i SAN 2 zaoferowane przez wykonawcę wybranego nie posiadają wymaganej funkcjonalności w zakresie monitorowania sieci SAN. Izba na podstawie oferty wykonawcy wybranego ustaliła, że w formularzu ofertowym dla SAN 1 i SAN 2 w Charakterystyce (wymagania oferowane) widnieje zapis wymagane funkcjonalności przełącznik posiada następujące funkcjonalności m/i; monitorowanie wydajności i statusu elementów sieci Storage Area Network. W związku z tym samo twierdzenie odwołującego przeciwne co do spełnienie powyższej funkcjonalności urządzenia oferowanego nie może stanowić potwierdzenia na niezgodność w tym zakresie oferty wykonawcy wybranego.

Co do czwartej w ocenie odwołującego niezgodności polegającej na użyciu w ofercie wykonawcy wybranego terminu odnoszącego się do modułów portów przełącznika SAN1 zwrotu „minimum” powoduje, że wykonawca wybrany nie określił w sposób jednoznaczny, jakie moduły oferuje to Izba ustaliła. Oferta wykonawcy zawiera zapis o minimalnej gwarancji w zakresie modułów portów. Niemniej w ocenie Izby nie oznacza to, że wskazanie w ofercie



minimalnego poziomu parametru oczekiwanego przez zamawiającego powoduje nie spełnienie postawionego wymogu. Tym samym wskazana niezgodność przez odwołującego nie została uznana.

Co do piątej niezgodności dotyczącej rozdziału I ust.4 SIWZ w Tabeli nr 3 w wierszu Nr 1 gdzie zawarto wymagania dotyczące architektury przełącznika SAN 3 to jest wymogu technologii FibreChannel minimum 8 Gb/sekundę. Niezgodność dotyczy tabeli cenowej gdzie wykonawca wybrany wskazał, że dostarczy model przełącznika Brocade 6510, który jest oparty o technologię 16 Gb/sekundę. Wyjaśniając na rozprawie faktycznie zaistniałą rozbieżność w ofercie wykonawcy wybranego, zamawiający oświadczył, że „w jego ocenie przełączniki 6510 o przepustowości 16 Gb/s obsługują również prędkości niższe.” W ocenie Izby wobec zaprzeczenia przez zamawiającego, iż przełącznik oparty o technologię 16 Gb/sekundę nie obsłuży prędkości niższej, twierdzenie odwołującego o niezgodności pozostaje nie wykazane.

Na rozprawie wykonawca wybrany przedłożył oświadczenie Brocade Communications Switzerland z dnia 14 grudnia 2012 z tłumaczeniem przez tłumacza przysięgłego z którego wynika, że przełączniki SAN oferowane przez Comtegra Sp. z o.o. w Warszawie (wykonawca wybrany) w przetargu publicznym rozpisany przez zamawiającego Polska Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (ARiMR) o numerze DZP-2610-46/2012 są zgodne z wymaganiami technicznymi przetargu. Przełączniki są oferowane przez partnera OEM – spółkę Netapp Inc. w oparciu o model współpracy OEM. W szczególności, w odniesieniu do możliwości pracy tych przełączników w trybie stacking: obydwa modele przełączników z rodziny Backbone Family, Brocade DCX Director oraz Brocade DCX 8510 Director mają możliwość tworzenia kanału danych o przepustowości przekraczającej 0,5TB/s przy wykorzystywaniu dedykowanych portów ICL. W przypadku przełącznika Brocade DCX Director jego 4 porty ICL zapewniają przepustowość równoważną 64 portom 8 Gbps, a przypadku przełącznika DCX 8510 Director jego 32 porty ICL zapewniają przepustowość równoważną 128 portom Gbps.

Izba oceniając całość zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego a w szczególności oświadczenie producenta przełączników firmy Brocade oferowanych przez partnera OEM spółkę NetApp nie stwierdziła sprzeczności treści oferty z treścią siwz w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia przez wykonawcę wybranego to jest COMTEGRA Sp. z o.o. w Warszawie.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego wystąpienia przesłanki z art. 87 ust.1 ustawy Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba przeprowadziła dowód z oferty wykonawcy wybranego, który w formularzu cenowym zaoferował następujące typy/modely przełączników: Brocade DCX Director i Brocade 6510. W dniu 13 listopada 2012r. COMTEGRA została wezwana do wyjaśnienia treści oferty poprzez wskazanie modelu oferowanych przełączników SAN1 jak i SAN 2. W dniu 16 listopada 2012r. COMTEGRA wyjaśniła, że użycie nazwy DCX Director bezpośrednio wskazuje na konkretny produkt z rodziny Brocade DCX BackBone. Nazwa DCX Director jednoznacznie wskazuje na 8 slotowe urządzenie ww. rodziny. Z wyjaśnień zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wynika, że w ramach rodziny Brocade DCX Backbone występują dwa przełączniki: większy Brocade DCX posiadający 8 slotów i mniejszy Brocade DCX -4s posiadający 4 sloty. Natomiast w nazewnictwie inżynierskim określenia Director używa się na wskazanie dużego przełącznika – posiadającego powyżej 128 portów FC, czyli takiego jaki wyspecyfikował zamawiający. Natomiast odwołujący na rozprawie jedynie zaprzeczył, iż funkcjonuje nazewnictwo inżynierskie.

W cytowanym powyżej oświadczeniu z dnia 14 grudnia 2012r. firmy Brocade Communications Switzerland Sarl potwierdzono, „że słowo „Director” w nazwie Brocade DCX Director opisuje jednoznacznie klasę proponowanych urządzeń wskazując na przełącznik modułarny Brocade DCX. Chcielibyśmy dodać, że stosowanie zwrotów Brocade DCX Backborne, Brocade DCX i Brocade DCX Director wskazuje na to samo urządzenie sprzętowe: modułarny przełącznik klasy high-end z 8 gniazdami, który oferowany jest przez spółkę Comtegra Sp. z o.o. w przetargu publicznym rozpisany przez Polska Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (ARiMR) o numerze DZP-2160-46/2012”.

Wobec złożonego oświadczenia przez producenta Brocade zarzut odwołującego o zaoferowaniu przez wykonawcę wybranego nieistniejącego urządzenia okazał się niewykazany. Natomiast złożone wyjaśnienie wykonawcy wybranego co do typu zaoferowanego modelu przełącznika nazwanego w ofercie „Director” a którego doprecyzowanie nastąpiło w wyjaśnieniu nie spowodowało zmiany oferty.

Trzeci zarzut dotyczy naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy.

Odwołujący porównał ceny wykonawcy wybranego z cenami pozostałych wykonawców i stwierdził, że cena wykonawcy wybranego waha się na poziomie 41-46% a wyjaśnienia jego są lakoniczne i nie dowodzą, że cena została skalkulowana według zasad rynkowych.

Izba w tym zakresie ustaliła na podstawie protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co następuje. W postępowaniu złożono pięć ofert. Ceny złożonych ofert wahały się od kwoty 5.494.410,00zł do 4.366.500,00zł. Jako najtańsza została złożona oferta przez wykonawcę wybranego za kwotę 2.261.970,00 zł. Zamawiający pismem z dnia 13 listopada

2012r. zwrócił się do COMTEGRA w trybie art. 8 ust.3, art.87 ust.1 i art.90 ust.1 ustawy między innymi do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien wykazać czy na wysokość ceny ofertowej miały wpływ obiektywne czynniki, na przykład oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, oryginalność projektu czy wpływ pomocy publicznej. Zamawiający poinformował również o treści art. 90 ust.3 ustawy. Wykonawca wybrany udzielając odpowiedzi na wezwanie w dniu 16 listopada 2012r. czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny wyjaśnił co następuje. Oferowane przełączniki SAN Brocade dostępne są zarówno w sprzedaży bezpośredniej oraz przez kanał OEM, co umożliwia zaoferowanie tych produktów przez wielu producentów serwerów i macierzy i skutkować może dużą rozbieżnością cenową pomiędzy ofertami. Wykonawca wybrany jako długoletni partner firmy NetApp zaoferował przełączniki SAN Brocade pochodzące z kanału sprzedaży NetApp. Powołał się na jedyny w Polsce stopień partnerstwa – NetApp Platinum Partner. Tenże status umożliwia COMTEGRA zaoferowanie swoim klientom produktów wedle cen indywidualnie przyznanych dla danego poziomu partnerów biznesowych. Jednocześnie wykonawca wybrany przedstawia przy tym piśmie dokument wskazujący status NetApp Platinum Partner. Podsumowując COMTEGRA oświadcza, (...) „że ceny zaoferowane są zwykłymi cenami rynkowymi dostępnymi dla oficjalnych partnerów producentów NetApp i nie istnieją jakiegokolwiek zagrożenia dla zamawiającego powodujące niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego. Zaoferowane ceny w pełni zaspakajają należności COMTEGRA wymagane wobec producentów jak i należności niezbędne do zaspokojenia wymagań zamawiającego na najwyższym poziomie obsługi.” Do wyjaśnień załączono potwierdzenie statusu partnerstwa Platinum z firmą NetApp pismo z dnia 20 lipca 2011r.

Status partnerstwa dla wykonawcy wybranego czyli COMTEGRY został potwierdzony w powyżej zacytowanym oświadczeniu z dnia 14 grudnia 2012r. firmy Brocade Communications Switzerland Sarl.

Natomiast co do realności zaoferowanej ceny przez wykonawcę wybranego świadczy przedłożona na rozprawie oferta NetApp z dnia 02.11.2012r. dotycząca zapytania ofertowego do postępowania ARiMR DZP-2610-46/2012 podpisana przez prokurenta posiadającego prokurę samoistną wraz z załączonym wypisem z Krajowego Rejestru Sądowego potwierdzającym prokurę.

Tak więc odwołujący nie wykazał ani sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, ani rażąco niskiej ceny a wykonawca wybrany będący uczestnikiem postępowania po stronie zamawiającego wykazał realność zaoferowanej ceny poprzez przedłożenie oferty z dnia

Sygn. akt: KIO 2700/12 i KIO 2713/12

02.11.2012r. NetApp i przedłożył potwierdzenie zgodności oferty z treścią SIWZ przez producenta to jest przez firmę Brocade Communications Switzerland Sarl (tłumaczenie przysięgłe oświadczenia z dnia 14.12.2012r.).

W tym stanie rzeczy żaden z podniesionych zarzutów w odwołaniu nie potwierdził się i odwołanie ADT nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutów odwołującego AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; odwołanie oznaczone Sygn. akt KIO 2713/12.

W zakresie zarzutów skierowanych przez odwołującego AGN pod adresem wykonawcy wybranego COMTEGRA Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zarzut odnoszący się do zaświadczenia wystawionego dla Pana P..... J..... w zakresie Informacji Krajowego Rejestru Karnego o osobie. Przeprowadzono dowód z oferty wykonawcy wybranego i ustalono, że do oferty załączone jest zapytanie o udzielenie informacji KRK o osobie to jest Panu P..... J..... Na przedmiotowym dokumencie obejmującym informacje o osobie P..... J..... widnieje pieczęć o treści „NIE FIGURUJE w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego data 2012.08.17”. Przy czym jak podnosi odwołujący w pkt 11 tegoż dokumentu znajduje się zapis o treści „Wskazanie postępowania o którym mowa w art.6 ust.1 pkt 4-6 i 8-10 ustawy z dnia 24 maja 2000r. o Krajowym Rejestrze Karnym ( Dz. U. Nr 50 poz. 580) w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007r. nr 223, poz. 1655). W związku z przedłożonym o takiej treści zaświadczeniem KRK odwołujący sformułował zarzut przedstawienia niewłaściwego zaświadczenia o niekaralności, ponieważ nie obejmującego przestępstw przeciwko ochronie środowiska zgodnie ze zmianą ustawy zmieniającej art.24 ust.1 pkt 4-8 i objętej tekstem jednolitym Prawa zamówień publicznych opublikowanym w Dz.U. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zmianami. Bowiem odwołujący stwierdził, że tak podana publikacja tekstu ustawy Prawo zamówień publicznych to jest publikacja w Dz. U. z 2007r. Nr 223 poz. 1655 nie obejmuje w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 przestępstw przeciwko ochronie środowiska oraz nie obejmuje punktów 10 i 11 wprowadzonych do treści art. 24 ust.1 na podstawie nowelizacji, która weszła w życie w lipcu 2012r.

W ocenie Izby przystawienie na zapytaniu pieczęci „NIE FIGURUJE w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego” oznacza, że dana osoba nie jest karana w ogóle w tym za przestępstwa wymienione w art. 24 ust.1 ustawy bez względu na to czy wnioskodawca podał aktualną publikację ustawy Prawo zamówień publicznych czy też nie. Powyższe wynika z treści §11ust.1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 07.11.2003r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym. Z powyższych przepisów wynika, że jeżeli dane osoby, której zapytanie dotyczy są zamieszczone w KRK to informacji udziela się na odrębnym formularzu ( §10 pkt 2 rozp.) do którego załącza się nadesłane zapytanie o karalność. Z kolei jeżeli dane osobowe, których dotyczy zapytanie nie figurują w KRK to zapytanie zwraca się wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE” a co miało miejsce w przedmiotowym przypadku.

Reasumując zarzut odwołującego AGN nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ adnotacja „NIE FIGURUJE w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego” na zapytaniu o karalność nawet w przypadku nieaktualnie podanej publikacji ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza, że dana osoba nie figuruje w KRK z tytułu jakiegokolwiek przestępstwa czyli również przestępstw wyspecyfikowanych w art. 24 ust. 1 ustawy.

Kolejny zarzut obejmuje naruszenie przez zamawiającego art.84 ust.1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy poprzez nieuzasadnione dokonanie zmiany treści oferty po terminie składania ofert. Zarzut ten sformułowano do następującej okoliczności cytując „W postępowaniu COMTEGRA zaoferowała przełączniki firmy BROCADE, natomiast z treści wyjaśnień dokonanych przez tego Wykonawcę wynika, że będą to przełączniki firmy NetApp.” Na podstawie tak przedstawionego zarzutu odwołujący wnosi o odrzucenie oferty wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 84 ust.1 ustawy.

Izba w tym zakresie ustaliła. W formularzu cenowym wykonawca wybrany podaje w rubryce producent typ/model Brocade w tym Brocade DCX Director, Brocade 6510. W wyjaśnieniu z dnia 16.11.2012r. na wezwanie zamawiającego wykonawca wybrany podaje „pkt 2 W odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, dotyczące modelu zaoferowanych przełączników SAN firma Comtegra wyjaśnia. Użycie nazwy DCX Director bezpośrednio wskazuje na konkretny produkt z rodziny Brocade DCX Backbone. Nazwa Director jednoznacznie wskazuje na 8 slotowe urządzenie ww. rodziny.” Natomiast w dalszej części wyjaśnienia z dnia 16.11.2012r. dotyczącej ceny w trybie art.90 ust.1 wykonawca wybrany między innymi wyjaśnia(...) Jako wieloletni partner, posiadający bardzo wysoki tzw. stopień partnerstwa z

firmą NetApp postanowiliśmy zaoferować przełączniki SAN Brocade pochodzące ze sprzedaży firmy NetApp”.

W ocenie Izby ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przywołanego również w sprawie o Sygn. akt KIO 2700/12 wynika co zresztą strony i uczestnicy potwierdzili na rozprawie, że przełączniki SAN produkowane są w fabryce Brocade na zlecenie czy to NetApp czy to EMC lub innych sprzedawców. W związku z powyższym określenie w wyjaśnieniach o kanale sprzedaży czy to NetApp czy to EMC nie stanowi zmiany oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia a jedynie jego doprecyzowanie poprzez określenie kanału sprzedaży a nadal przełączniki są produkowane w tej samej fabryce to jest Brocade. Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia tej kwestii dowód przywołany przez odwołującego AGN o definicji producenta ze stron Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zgodnie z którą producentem jest również podmiot zlecający zaprojektowanie i wytworzenie produktu, ponieważ z dokumentów wystawionych zarówno przez EMC i NetApp wynika, że są oni partnerami handlowymi producenta Brocade.

W związku z powyższym zarzut zmiany treści oferty w wyniku udzielonych wyjaśnień nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do pozostałych zarzutów pod adresem zamawiającego w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej a odnoszących się do naruszenia: art.89 ust.1 pkt 4 ustawy poprzez nieuzasadnione nie odrzucenie oferty wybranej pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę; art.89 ust.1 pkt 3 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty wybranej pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; art.91 ust.1 ustawy poprzez nieuzasadniony wybór najkorzystniejszej oferty to również nie zasługują na uwzględnienie. Izba oddalając te zarzuty opiera swoje stanowisko o ustalenia i zważenia odnoszące się do zarzutów zawartych w odwołaniu ADT o Sygn.akt KIO 2700/12 a dotyczących rażąco niskiej ceny i prowadzenia w związku z tym postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym żaden z zarzutów odwołującego AGN pod adresem czynności bądź zaniechań zamawiającego związanych w wyborem oferty COMTEGRA nie potwierdził się.

Zarzuty pod adresem czynności związanych z badaniem i oceną oferty ADT odwołujący AGN na rozprawie ograniczył do następujących przepisów ustawy: art.8 ust.1 i 3 w zw. z art. 96 ust.1 i 3 w zw. z art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione uznanie, że zastrzeżone przez ADT informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie ich odtajnienia; art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez nieuzasadnione uznanie, że zaoferowany przez ADT przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami opisanymi w SIWZ i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty ADT; art. 91 ust.1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty AGN jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Co do zarzutu nie odtajnienia oferty ADT w zakresie wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie to Izba ustaliła. W SIWZ dla wykazania doświadczenia zawodowego należało przedstawić minimum dwie usługi (rozdział IV opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków).

Z wykazu zawartego w ofercie ADT wynika, że przedstawiono dwie dostawy w tym jedną dla podmiotu niepublicznego oraz drugą dla podmiotu publicznego. Co do publicznego podmiotu istnieje bezsporna okoliczność o obowiązku ustawowego jego nieujawniania w ramach dostępu do informacji publicznej. Natomiast co do podmiotu niepublicznego wykonawca ma prawo utajnić informacje o nim, jeżeli spełnił ustawowe w tym zakresie warunki do zachowania tajemnicy, a które nie były przedmiotem kwestionowania przez odwołującego. Na rozprawie odtajniono tylko nazwę podmiotu niepublicznego to jest T.U. UNIQA S.A. z siedzibą w Łodzi. Natomiast nie odtajniono pozostałych merytorycznych informacji takich jak wartość robót, terminy rozpoczęcia i zakończenia, nazwa zamówienia. W tym stanie rzeczy Izba uznała za zasadną czynność zamawiającego zaniechania odtajnienia dokumentów (wykaz dostaw) skoro warunkiem dla spełnienia doświadczenia zawodowego przez ADT jest podmiot niepubliczny jakim jest UNIQA S.A. z siedzibą w Łodzi. Skoro wykaz to jeden dokument na którym znajduje się i podmiot publiczny i niepubliczny to nie można częściowo dokumentu odtajniać a częściowo utajniać, ponieważ wydaje się to fizycznie niemożliwe.

W związku z powyższym Izba uznała za niepotwierdzony zarzut naruszenia art.8 ust.1 i 3 w zw. z art. 96 ust.1 i 3 w zw. z art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione uznanie, że zastrzeżone przez ADT informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie ich odtajnienia.

Z kolei co do zarzutu art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez nieuzasadnione uznanie, że zaoferowany przez ADT przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami opisanymi w SIWZ i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia

oferty ADT; art.91 ust.1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty AGN jako najkorzystniejszej w postępowaniu to Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Z treści zarzutu i jego opisu w uzasadnieniu odwołania wynika, że oferta ADT powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Bowiem z oferty wynika, że ADT zaoferowało przełączniki firmy EMC. Zamawiający wezwał ADT do uzupełnienia certyfikatów dla oferowanych przełączników. W odpowiedzi na wezwanie ADT przedłożyło certyfikaty CE firmy Brocade. W tym stanie rzeczy według odwołującego AGN oferta ADT powinna ulec odrzuceniu.

Izba ustaliła, następujący stan faktyczny. W formularzu cenowym oferty ADT w rubryce producent/ typ/model zapisano; EMC Brocade. Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 16.11.2012r. załączono deklaracje zgodności CE dla oferowanych przełączników SAN wystawione przez Brocade Communications Systems dla modelu Brocade DCX. Przystępujący ADT na rozprawie na odparcie zarzutów odwołującego AGN przedłożył pismo EMC z dnia 14 grudnia 2012r. z którego wynika, że „Z racji iż firma Brocade faktycznie produkuje i wprowadza na rynek produkty dystrybuowane przez firmę EMC, firma Brocade jest odpowiedzialna za wystawianie odpowiednich deklaracji CE oraz umieszczanie oznakowania CE na produkcie.”

W ocenie Izby na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału okoliczność sprzedaży czy dystrybuowania produktu nie stoi w sprzeczności z okolicznością, że producent w tym wypadku Brocade wystawia deklarację zgodności a nie sprzedawca/dystrybutor.

W przedmiotowej sprawie zasadna jest argumentacja, że taki obowiązek leży po stronie producenta w tym wypadku Brocade Communications Systems. Natomiast w ofercie wbrew twierdzeniu w odwołaniu nie powołano produktu EMC tylko EMC Brocade.

W związku z tym wystawienie deklaracji zgodności CE przez fabrykę Brocade nie oznacza zmiany przedmiotu zamówienia a jedynie identyfikację faktycznego producenta.

W związku z powyższym, że żaden zarzut nie potwierdził się odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe obydwie odwołania nie zasługują na uwzględnienie.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) i pkt 2) w związku z § 1 ust.1 pkt 2) i § 5 ust.3 pkt 1) 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. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 30.000,00 złotych w wysokości wniesionych wpisów po 15.000,00 przez każdego z odwołujących i zasądzając od odwołujących koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego na podstawie przedłożonych faktur VAT po 3.600,00 złotych od każdego z odwołujących.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....