

Sygn. akt: KIO 1726/12

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Organizację Turystyczną, ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Betacom S.A., ul. Połczyńska 31a, 01-377 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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

Polska Organizacja Turystyczna, ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa, (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Opracowanie i wdrożenie systemu RIT”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 maja 2012 r. pod nr 2012/S 95-157705.

Dnia 1 sierpnia 2012 r. Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu postępowania.

W dniu 10 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków (dalej "Odwołujący") od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp wobec uznania, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"), podczas gdy niezgodność ta nie zachodzi;
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zaniechania odrzucenia oferty Betacom S.A., podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 3) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Integrated Solutions sp. z o. o. i PTK Centertel sp. z o. o. (dalej „Konsorcjum IS”) z dodatkowego powodu, nie wskazanego przez Zamawiającego, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ również w dodatkowym zakresie,
- 4) prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności nierównego traktowania wykonawców, polegającej na odmiennym traktowaniu ofert zawierających taką samą niezgodność z treścią SIWZ, tj. odrzucenia oferty Konsorcjum IS i jednoczesne zaniechanie odrzucenia oferty Betacom S.A., która zawiera taką samą niezgodność jak ta, która była jedną z przyczyn odrzucenia oferty Konsorcjum IS.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i pozostałych przepisów wskazanych w uzasadnieniu - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wobec uznania, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy niezgodność ta nie zachodzi;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Betacom S.A., podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IS z dodatkowego powodu, nie wskazanego przez Zamawiającego, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ również w dodatkowym zakresie;
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - poprzez odrzucenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że treść jego oferty jest zgodna z treścią SIWZ, a także poprzez odmienne traktowanie ofert zawierających taką samą niezgodność z treścią SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Betacom S.A.;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonania odrzucenia oferty Betacom S.A. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ;
- 4) dokonanie odrzucenia oferty Konsorcjum IS z dodatkowego powodu z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ;
- 5) dokonanie ponownej oceny ofert ww. zakresie;
- 6) nakazanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący żądał od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, co następuje.

l) niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego.

l).a. zarzut dotyczący biblioteki taśmowej

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy z uwagi na fakt, iż w jego ocenie Odwołujący zaoferował „rozwiązanie alternatywne” - zamiast „dodatkowy napęd taśmowy” (uzupełniający istniejącą infrastrukturę) (Zał. 7 do SIWZ) - całą bibliotekę taśmową. Zamawiający uznał, że w tej sytuacji Odwołujący złożył ofertę wariantową, co nie było dopuszczone w SIWZ oraz stwierdził, że jest to rozwiązanie „mniej korzystne dla Zamawiającego, gdyż wymaga dodatkowych, nie przewidzianych i nie posiadanych przez Zamawiającego zasobów (wolne złącze SAN, dodatkowe licencje Tivoli Manager, zasoby serwera)”. Odwołujący podkreśla że z taką oceną oferty nie może się zgodzić z następujących powodów:

1) Po pierwsze Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy za sprzeczność z nieistniejącymi wymogami SIWZ. Zamawiający nigdzie w SIWZ nie wymagał, by po instalacji napędu zasoby serwera musiały być na określonym minimalnym poziomie, nie wymagał też, by oferta angażowała określoną, minimalną ilość gniazd (złączy SAN). W ogóle Zamawiający nie poruszał w SIWZ kwestii ilości wolnych złączy SAN, ani zasobów serwera - a tym motywował odrzucenie oferty Odwołującego. Podobnie poruszona kwestia licencji Tivoli Manager nie ma nic wspólnego z tym aspektem zamówienia (dostawy sprzętu - napędu taśmowego). SIWZ nie precyzowała żadnych wymagań licencyjnych odnośnie napędu taśmowego. Dlatego podane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty nie ma uzasadnienia - nie występują zapisy SIWZ z którymi oferta miałaby być rzekomo sprzeczna.

2) Nie można zgodzić się z tym, że oferta Odwołującego jest wariantowa w rozumieniu ustawy Pzp. Taka ocena jest wynikiem niezgodnej z art. 2 pkt 7) ustawy Pzp interpretacji pojęcia oferta wariantowa. Oferta Odwołującego nie jest wariantowa, gdyż oferta obejmuje żądany napęd taśmowy, a Zamawiający nie określił nigdzie w SIWZ, czy napęd taśmowy nie może być obudowany sprzętem. Odwołujący nie oferuje żadnej innej technologii, ani jakiegoś równoważnego napędu - w posiadaniu Zamawiającego będzie napęd dokładnie taki, jakiego żądał w SIWZ.

3) Nadto Odwołujący podkreślał, iż każdy napęd, również znajdujący się w bibliotece, to element niezależny i odrębnie funkcjonujący: Zamawiający nie chcąc używać całej biblioteki dostarczonej w ramach oferty, może znajdujący się w niej napęd swobodnie wykorzystać - używając go do biblioteki u niego funkcjonującej. Oferowany przez

Odwołującego napęd taśmowy może zostać wymontowany z biblioteki taśmowej IBM TS3100 Tape Library Express i zamontowany w identycznym typie biblioteki taśmowej Zamawiającego, bez utraty praw czy gwarancji, jakie posiada sprzęt, ani też potrzeby dodatkowych licencji.

4) Odwołujący wyjaśniał, że wykonanie rozszerzenia infrastruktury Zamawiającego poprzez dostarczenie biblioteki taśmowej wraz z jednym napędem zawarte w ofercie Odwołującego jest zgodne z wymaganiami postawionymi w SIWZ. Wymaga jeszcze raz podkreślenia, że Zamawiający nie określił metody ani sposobu rozszerzenia własnej infrastruktury, dając tym samym możliwość Wykonawcy na przedstawienie dowolnego rozwiązania.

Odwołujący zwracał nadto uwagę na fakt, że Zamawiający:

a) nie sprecyzował w SIWZ w jednoznaczny sposób, jaki konkretnie typ napędu należy dostarczyć. Stwierdzenie z Załącznika nr 7 do SIWZ Specyfikacja wymagań technicznych, sprzętowych i sieciowych: cyt: „Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu uzupełniającego istniejące już rozwiązanie w POT: [...] Dodatkowy napęd taśmowy Linear Tape-Open czwartej generacji (LTO 4), współpracujący z rozwiązaniem IBM TS3100 Tape Library Express.” jest niewystarczające, gdyż producent IBM podaje w swojej specyfikacji, że urządzenie TS3100 Tape Library Express Model posiadać może dwa różne takie napędy: Ultrium 4 Full Height lub Ultrium 4 Half Height.

b) jednocześnie Zamawiający nie zabronił dostarczenia napędu taśmowego wraz z biblioteką taśmową,

c) w żadnym z dokumentów (SIWZ i załączniki) nie wskazał, że jedynym możliwym rozwiązaniem dla kopii zapasowej jest jedna biblioteka z dwoma napędami;

d) W Tabeli nr 3 - INFRASTRUKTURA SPRZĘTOWA z załącznika nr 2 Formularz cenowy Zamawiający nie wpisał w kolumnie *Rodzaj* żadnej wstępnej informacji, czy należy dostarczyć sam napęd czy też całą bibliotekę. Nie można tutaj mówić o błędzie, bo w przypadku innych elementów infrastruktury Zamawiający wpisał takie pozycje jak: serwer, dyski, półka do macierzy, taśmy backupowe, itp. Tym samym Zamawiający ewidentnie pozostawił Wykonawcy wybór, w jaki sposób skonfiguruje dostarczenie dodatkowego napędu taśmowego. Reasumując - powyższy brak szczegółowych wymagań powoduje, że nie zachodzi sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ: nie zawiera ona zapisów, które

zostałyby naruszone przez Odwołującego.

e) Odwołujący zwracał szczególną uwagę na przypis do tabeli sprzętowej w Formularzu cenowym oferty gdzie należało podać - „Kolejne elementy infrastruktury sprzętowej, niezbędne do prawidłowego działania dostarczonego przez Wykonawcę rozwiązania.” Ten wymóg dotyczy kolejnych wolnych pozycji w tabeli - zatem Zamawiający dopuszczał oferowanie innych, dodatkowych elementów sprzętu. Nie można w tej sytuacji zarzucać Odwołującemu, że oferując dodatkowy element infrastruktury, uczynił swą ofertę ofertą wariantową, czym naruszył SIWZ. Zamawiający sam dopuszczał taką możliwość.

f) Odwołujący zarzucał, że identyczne oznaczenie cyfrowo-literowe biblioteki taśmowej z opisem „napęd taśmowy” znajduje się w ofercie najtańszej tj. Konsorcjum IS. Zamawiający w tym przypadku nie uznał owej numeracji wskazującej na oferowanie całej biblioteki wraz z napędem (tak jak Odwołujący) za ofertę wariantową czy niezgodną z treścią SIWZ, co dodatkowo narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując - Odwołujący przedstawił rozbudowę infrastruktury informatycznej o napęd taśmowy jako dostarczenie napędu taśmowego wraz z obsługującą go biblioteką taśmową, co w żaden sposób nie jest sprzeczne z zapisami SIWZ, ani nie czyni oferty wariantową. Zamawiający nie określił bowiem wymaganego sposobu instalacji/konfiguracji, dopuścił oferowanie dodatkowych, innych niż wymagane elementów infrastruktury. Poza wszystkim - żądany napęd będzie w dyspozycji Zamawiającego.

l).b. zarzut dotyczący niezaoferowania licencji systemu backup

1) W załączniku nr 7 do SIWZ, w sekcji „Kopia zapasowa” Zamawiający określił, iż „Zamawiający zapewnia sprzęt do wykonania kopii zapasowej”. Wykonawca zaś jest zobowiązany do konfiguracji i „uruchomienia narzędzia w taki sposób aby możliwe było bezproblemowe wykonanie kopii zapasowej wdrażanego rozwiązania”. Odwołujący zarzucał, iż w żadnym miejscu opublikowanej treści SIWZ Zamawiający nie precyzował, że Wykonawca ma dostarczyć licencje TSM (Tivoli Storage Manager). Dopiero w odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców z dnia 15 czerwca 2012 roku (pytanie nr 5) Zamawiający wskazał że nie posiada licencji TSM na backupy online maszyn wirtualnych:

- "pyt. czy zamawiający posiada licencje TSMa na backupy online maszyn wirtualnych?"

- "odp. Zamawiający nie posiada licencji TSMa na backupy online maszyn wirtualnych".

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający nie zażądał wprost, że mają one być przedmiotem dostawy w ramach niniejszego zamówienia. Nie nastąpiła też żadna modyfikacja SIWZ w tym zakresie. Wobec braku wyraźnego wymogu dostawy określonej

licencji żaden wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji Zamawiającego. Nie można bowiem wykluczyć, że Zamawiający zamierzał zakupić te licencje w terminie późniejszym, być może nawet po podpisaniu umowy z wybranym Wykonawcą niniejszego zamówienia. W żadnym miejscu udzielonych wyjaśnień, w szczególności we wskazanych w informacji o wyborze Wykonawcy odpowiedziach na pytania nr 1 i 5 z 15 czerwca 2012 roku, na które powołuje się Zamawiający nie ma mowy dostarczeniu licencji TSM, a tym bardziej wskazania w jakiej formie i gdzie w ofercie te licencje miałyby być wykazane. Usługa związana z wymaganiami co do backupu określonymi w SIWZ będzie w przypadku oferty Odwołującego realizowana przez podwykonawcę. Licencje niezbędne do jej wykonania tj. do wykonanie kopii zapasowej są zapewniane przez podwykonawcę - „MobileMS M..... S.....”. Koszt wykonania usługi oraz niezbędnych licencji jest ujęty przez Odwołującego w pozycji „Przeniesienie danych” wyspecyfikowanej przez Odwołującego w tabeli nr 2, poz. 2 na stronie 7 złożonej oferty.

I.c. Zarzut dotyczący oświadczenia IBM

W załączniku nr 7 do SIWZ, w sekcji „Serwer” Zamawiający określił iż: "W celu zapewnienia jakości działania i obsługi sprzętu Wykonawcy wraz z ofertą są zobowiązania dostarczyć oświadczenie producenta serwera, że oferowane serwery pochodzą z oficjalnego i autoryzowanego kanału dystrybucyjnego na terenie Polski oraz zobowiązanie producenta, że w przypadku upadłości Wykonawcy producent przejmie zobowiązania gwarancyjne i serwisowe." Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Odwołujący dołączył do złożonej oferty dwa oświadczenia złożone przez IBM Polska Sp. z o.o. z których jedno, podpisane przez p. P..... P....., zostało złożone na okoliczność potwierdzenia, że oferowany sprzęt pochodzi z oficjalnego i autoryzowanego kanału dystrybucyjnego producenta, jednocześnie potwierdzając świadczenie serwisu gwarancyjnego oferowanych serwerów przez IBM Polska Sp. z o.o., oraz drugie, podpisane przez p. W..... N....., potwierdzające dodatkowo, że IBM Polska Sp. z o.o. jest jedynym autoryzowanym przez producenta podmiotem upoważnionym do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego dla oferowanych serwerów. Zgodnie z zasadami serwisowymi i gwarancyjnymi IBM żaden inny podmiot niż IBM lub autoryzowany serwisant nie może świadczyć usług serwisowych i gwarancyjnych. Są one wykupywane przez wszystkich wykonawców u producenta urządzeń - IBM. W związku z tym każdorazowo w przypadku awarii lub uszkodzenia serwerów oferowanych w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego uszkodzony sprzęt byłby poddany naprawie przez pracowników jednego autoryzowanego serwisu jakim jest IBM Polska sp. z o.o. Odwołujący wykupując wraz ze sprzętem w IBM Polska Sp. z o.o. pakiet serwisowy gwarantujący świadczenie przez IBM

Polska Sp. z o.o. spełniający wymogi SIWZ - zapewnia serwis gwarancyjny na wymaganym przez Zamawiającego poziomie. W każdym więc przypadku, niezależnie od tego czy Wykonawca składający ofertę został postawiony w stan upadłości czy nie, serwis serwerów byłby świadczony poza strukturą i bytem prawnym Wykonawcy - bezpośrednio przez IBM Polska Sp. z o. o. Załączone do oferty dokumenty potwierdzają w pełni uniezależnienie świadczenia usług gwarancyjnych dla dostarczonych serwerów od bytu prawnego Wykonawcy zamówienia.

Zamawiający kwestionuje również, że p. P..... P..... podpisał załączone do oferty oświadczenie nie posiadając wymaganych pełnomocnictw udzielonych przez IBM Polska Sp. z o.o. Odwołujący wyrażał zdziwienie, że Zamawiający kwestionuje ten fakt, uzasadniając to „kontaktowaniem się z p. P..... P.....”. Na dowód tego, że obydwa dołączone do oferty oświadczenia zostały złożone zgodnie z posiadanymi przez podpisujące je osoby pełnomocnictwami Odwołujący przedstawiał oświadczenie złożone przez IBM Polska sp. z o.o.

II) zaniechanie odrzucenia oferty Betacom S.A. z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazywał, że oferta złożona przez Betacom SA nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie zawiera wszystkich elementów i usług niezbędnych do uruchomienia i późniejszego funkcjonowania systemu RIT. Katalog tych usług Zamawiający enumeratywnie wymienił w pkt. 3.2.4. SIWZ przy czym nie ulega wątpliwości, że jedynie oferowanie wszystkich wyspecyfikowanych usług oznacza możliwość poprawnej realizacji zamówienia.

- przypis do tabeli usług w Formularzu cenowym „* Kolejne usługi niezbędne do realizacji Zamówienia. Wykonawca musi uzupełnić tabele wpisując WSZYSTKIE niezbędne usługi do realizacji Zamówienia”.

- Jednocześnie zgodnie z pkt 3.2.4 w SIWZ Zamawiający wskazał: „3.2.4. Usługi niezbędne do uruchomienia i późniejszej eksploatacji RIT” - wymieniając następnie wszystkie niezbędne usługi do realizacji zamówienia.

Wobec tych wymagań należało objąć ofertą wszystkie wymagane w SIWZ usługi - czego Betacom S.A. nie uczynił. Oferta Betacom S.A. nie obejmuje m.in. usługi wskazanej w pkt 3.2.4. lit. d) SIWZ „integracja systemu RIT z innymi systemami”, którą należy zaliczyć do jednego z podstawowych zadań wykonawcy umożliwiających prawidłowe wykonanie

zamówienia i uruchomienie systemu RIT. Oferta Betacom S.A. nie zawiera też usługi: "trzymiesięczna asysta Systemu w siedzibie Zamawiającego w pierwszym okresie eksploatacji produkcyjnej. Asysta będzie polegać w szczególności na bezpośrednim wsparciu użytkowników w zakresie obsługi systemu oraz dokonywaniu drobnych modyfikacji oprogramowania" (wymaganej w SIWZ), ani usługi "przygotowania scenariuszy testowych przy udziale Zamawiającego oraz zapewnienie środowiska testowego do realizacji testów odbiorowych przez Zamawiającego" (wymaganej w SIWZ). Odwołujący wskazywał nadto, iż przyczyna niepodania w ofercie wszystkich usług niezbędnych do wykonania zamówienia stała się przyczyną odrzucenia oferty Konsorcjum IS. Brak takiego samego potraktowania oferty wybranej tj. Betacom S.A. stanowi o naruszeniu art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

III) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IS z dodatkowego powodu, nie wskazanego przez Zamawiającego z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.

Konsorcjum IS w swojej ofercie nie zawarł wszystkich wymaganych przez Zamawiającego usług niezbędnych do uruchomienia i późniejszej eksploatacji systemu RIT. Katalog tych usług Zamawiający enumeratywnie wymienił w ww. pkt. 3.2.4. SIWZ, i nie ulega najmniejszej wątpliwości, że jedynie oferowanie wszystkich wymienionych usług jest zgodne z SIWZ. Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum IS pominęło część wymaganych treścią SIWZ usług, co niewątpliwie miało wpływ na rażąco niską cenę oferty. Zgodnie z treścią SIWZ tabela nr 2 określona w zał. nr 2 - Formularz cenowy powinna zostać wypełniona zgodnie z opisem znajdującym się pod tabelą „Kolejne usługi niezbędne do realizacji Zamówienia. Wykonawca musi uzupełnić tabelę, wpisując wszystkie niezbędne usługi do realizacji Zamówienia”. Załącznik nr 2 do SIWZ zawiera jedynie wzór tabeli pozostawiając właściwe uzupełnienie oferowanych usług wykonawcom, przy czym minimum tych usług Zamawiający określił w wyżej wskazanym pkt 3.2.4. SIWZ. Tymczasem Konsorcjum SI wyspecyfikowało i wyceniło jednak tylko te usługi, które znalazły się we wzorze tabeli jako przykładowe. Oferta Konsorcjum IS nie obejmuje zatem wszystkich usług, co jest niezgodne w ww. zapisem 3.2.4. SIWZ oraz wymogiem znajdującym się pod tabelą nr 2 Formularza cenowego.

IV. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucał, że identyczne oznaczenie cyfrowo-literowe biblioteki taśmowej z opisem „napęd taśmowy” jakie podał w swej ofercie Odwołujący znajduje się w ofercie najtańszej tj. Konsorcjum IS. Zamawiający w przypadku oferty Konsorcjum IS

nie uznał owej numeracji wskazującej na oferowanie całej biblioteki wraz z napędem (tak jak w przypadku Odwołującego) za ofertę wariantową czy niezgodną z treścią SIWZ, co narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego Zamawiający prowadzi postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji. Świadczą o tym niezgodne z ustawą Pzp ww. działania i zaniechania Zamawiającego (w szczególności jego wykluczenie z postępowania oraz zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IS i odrzucenia jego oferty) oraz odmienne traktowania przez Zamawiającego ofert zawierających takie same błędy i niezgodności z SIWZ.

V. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynności Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają uzyskanie przez Odwołującego zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego z uwagi na powyższe niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 10 sierpnia 2012 r.

W dniu 10 sierpnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 13 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Betacom S.A., ul. Połczyńska 31a, 01-377 Warszawa.

W dniu 23 sierpnia 2012 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Ponadto wnosił o:

- 1) dopuszczenie dowodów z n/w dokumentów, również tych znajdujących się w aktach sprawy niniejszej - na okoliczności szczegółowo wskazane poniżej w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi na odwołanie przy okazji powołania się na dany dowód z dokumentu a w szczególności na okoliczność, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na fakt, iż nie odpowiadała treści SIWZ;
- 2) dopuszczenie dowodu z zeznań świadków w osobach: G..... K..... M..... N....., P..... G.....; (adres do doręczeń dla wszystkich w/w świadków: w/w adres Zamawiającego), -wszystkich w/w świadków- na okoliczności szczegółowo wskazane poniżej w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi na odwołanie przy okazji powołania się na dowód z zeznań danego świadka, a w szczególności na okoliczność, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na fakt, iż nie odpowiadała treści SIWZ.

Zamawiający oświadczał, że zarzuty wyartykułowane przez Odwołującego są całkowicie bezpodstawne, tj. nie znajdują jakiegokolwiek pokrycia w zaistniałych okolicznościach i dlatego też nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się kolejno do wskazanych przez Odwołującego rzekomych uchybień przepisom ustawy Pzp, Zamawiający stwierdzał, co następuje:

Ad. zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ

Zarzut ów jest całkowicie chybiony. Zresztą analizując treść uzasadnienia tego zarzutu, trudno oprzeć się wrażeniu, iż sam Odwołujący nie jest przekonany o jego trafności.

Otóż w specyfikacji przedmiotu zamówienia Zamawiający opisał wymagania dotyczące charakterystyki oferowanego rozwiązania backupowego. Opis ten składa się z dwóch głównych elementów:

- opisu istniejącego rozwiązania;

(w punkcie tym Zamawiający wymienił parametry techniczne posiadanego rozwiązania włącznie z podaniem kodu producenta i numeru seryjnego posiadanej biblioteki taśmowej. Zamawiający wskazał, że posiadany egzemplarz biblioteki taśmowej wyposażony jest tylko w jeden napęd taśmowy- ten model biblioteki może być wyposażony w maksymalnie dwa takie napędy)

- enumeratywne wymienienie dwóch elementów, o jakie rozwiązanie należy rozszerzyć:

-dodatkowe taśmy backupowe;

-dodatkowy napęd taśmowy typu LTO-4 współpracujący z posiadaną przez Zamawiającego biblioteką taśmową.

Połączenie wyżej opisanych elementów- informacji o posiadanej bibliotece taśmowej, którą można rozbudować o dodatkowy napęd oraz wymóg dostarczenia takiego napędu jest jednoznacznym określeniem wymogu dostarczenia napędu w celu rozbudowy posiadanej biblioteki.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Drugim niezwykle istotnym aspektem, który należy rozważyć celem rozstrzygnięcia sprawy niniejszej jest porównanie efektów wdrożenia wariantu opisanego przez Zamawiającego w SIWZ oraz wdrożenia zaproponowanego przez Odwołującego.

Wdrożenie rozwiązania backupowego (wymaganego przez Zamawiającego), opartego na istniejącej bibliotece taśmowej rozszerzonej o dodatkowy napęd przedstawia się w następujący sposób:

- Funkcjonalność systemu backupu:
 - Istnieje możliwość mieszania funkcji pomiędzy napędami;
 - Istnieje możliwość zastępowania jednego napędu przez drugi, w sytuacji awaryjnej;
 - Istnieje możliwość dedykowania jednego napędu do zapisu, drugiego do odczytu;

Z kolei wdrożenie rozwiązania backupowego zaproponowanego przez Odwołującego, tj. opartego na dodatkowej bibliotece taśmowej, kształtuje się w następujący sposób:

- Funkcjonalność systemu backupu:
 - Nie istnieje możliwość mieszania funkcji pomiędzy napędami;
 - Nie istnieje możliwość zastępowania jednego napędu przez drugi, w sytuacji awaryjnej;
 - Nie istnieje możliwość dedykowania jednego napędu do zapisu, drugiego do odczytu;
- Dodatkowa biblioteka taśmowa generuje dodatkowe ciepło w pomieszczeniu

serwerowni, a obecnie zastosowany klimatyzator nie był przewidywany na obsługę serwerowni z dodatkowymi urządzeniami, co może skutkować trwałym, nie podlegającym naprawom gwarancyjnym uszkodzeniem.

- Dodatkowa biblioteka taśmowa wymaga dodatkowego, nieprzewidzianego miejsca w szafach serwerowych.
- UPS-y (zasilanie awaryjne) nie było przewidziane dodatkowe urządzenie, którym jest oferowana dodatkowa biblioteka taśmowa. Dotychczasowe urządzenie UPS, oraz to które zostanie dostarczone w postępowaniu przetargowym RIT jest obliczone na określoną moc poboru prądu przez urządzenia. Urządzenie UPS było obliczane również dla urządzeń z innego projektu (CRM,CC). Podłączenie dodatkowego, nie przewidywanego przez Zamawiającego, urządzenia spowoduje utratę stabilności i długości podtrzymania zasilania w przypadku braku lub chwilowego zaniku napięcia, co może skutkować uszkodzeniem podłączonego sprzętu informatycznego.

Jak widać z powyższego podsumowania - dostarczenie przez Odwołującego nowej biblioteki taśmowej zamiast rozszerzenia istniejącej biblioteki o dodatkowy napęd nie jest rozwiązaniem równoważnym. Wymaga więcej zasobów - zasobów, których Zamawiający nie posiada, a których Odwołujący nie wyspecyfikował w swojej ofercie.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Dodatkowo, biorąc pod uwagę wymaganie Zamawiającego, by to Oferent dostarczył rozwiązanie rozszerzające istniejącą u Zamawiającego infrastrukturę i jednocześnie skonfigurował ją tak, by zapewnić prawidłowe wykonywanie kopii zapasowych dla nowo wdrażanego systemu - uznać należy, że Odwołujący nie zaproponował w swojej ofercie wystarczającego rozwiązania. Wskazywanie przez Odwołującego na fakt, że proponowana biblioteka zawiera w sobie napęd zgodny z wymaganym, jedynie obudowany dodatkowym sprzętem, a w związku z tym, że jest to rozwiązanie równoważne jest kompletnie chybione, albowiem:

- w przypadku, gdy napęd byłby wykorzystany zgodnie z jego przeznaczeniem, tj. jako element biblioteki, w której został zamontowany przez producenta, rozwiązanie to byłoby nierównoważne z wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ (sytuacja opisana powyżej);
- w przypadku, gdy napęd należałoby wymontować z dostarczonej biblioteki i

zainstalować w bibliotece istniejącej- gwarancja dostarczana z nową biblioteką, może ulec unieważnieniu z uwagi na wymontowanie napędu przez podmiot trzeci, a nie przez autoryzowany serwis i stosowaniu go w oderwaniu od oryginalnej biblioteki.

Odwołujący w swojej ofercie w żadnym miejscu nie odniósł się do usługi wymontowywania napędu z oferowanej biblioteki ani do implikacji dotyczących gwarancji. W swym odwołaniu wskazał jedynie, że Zamawiający może wymontować napęd i zamontować go w istniejącej bibliotece - co z oczywistych względów jest niezgodne z wymogiem Zamawiającego, by to Oferent przedstawił i wdrożył gotowe rozwiązanie.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Zamawiający co prawda w załączniku nr 2 do SIWZ, a konkretnie w tabeli nr 3 dopuszczał oferowanie dodatkowych elementów sprzętu, jednakże w zakresie rozwiązania backupowego wymóg Zamawiającego był bardzo precyzyjny: „napęd taśmowy LTO-4”. Zamawiający tym samym nie dopuszczał rozwiązania równoważnego.

Odwołujący mylnie wskazuje, że Zamawiający nie odrzucił z tego samego powodu oferty Konsorcjum IS, albowiem oferta Konsorcjum IS została odrzucona, gdyż w tabeli nr 3 zaoferowano bibliotekę taśmową mylnie nazywając ją „napędem taśmowym”. Potwierdzenie powyższego znajduje się w rozstrzygnięciu z dnia 1 sierpnia 2012r., gdzie Zamawiający wyraźnie wskazał co następuje: „Obok tego Zamawiający wymagał, zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ, by wykonawcy zaproponowali w ofercie dodatkowy napęd taśmowy. W załączniku tym wyraźnie wskazano, że Wykonawca ma dostarczyć elementy uzupełniające istniejącą już u Zamawiającego infrastrukturę (patrz część rozstrzygnięcia dotycząca COMARCH S.A.). Tymczasem, Wykonawca w swojej ofercie zaoferował rozwiązanie alternatywne, tj. dostarczenie nowej biblioteki taśmowej. W formularzu cenowym na stronie 6 oferty, tabela nr 3 Infrastruktura sprzętowa, pozycja nr 9, Wykonawca wskazał, że oferowanym urządzeniem jest cała biblioteka taśmowa, a nie jedynie napęd do niej. Wyraźnie potwierdza to nazwa oferowanego urządzenia, tzn. TS3100 Tape Library Express”.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; oferta Konsorcjum IS wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P.....

G.....

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów wypunktowanych w uzasadnieniu odwołania Zamawiający podnosił, co następuje:

Ad. 1

Zamawiający odrzucił ofertę z uwagi na niezgodność z nieistniejącymi zapisami SIWZ. Zamawiający nigdzie nie wymagał, by po instalacji napędu zasoby serwera miały być na określonym minimalnym poziomie, nie wymagał też, by oferta angażowała określoną, minimalną ilość gniazd (złączy SAN). Etc...

Przedmiotowy zarzut jest całkowicie nietrafiony, albowiem Zamawiający dokładnie opisał, w zakresie rozbudowy rozwiązania backupowego, o jakie elementy ma zostać rozbudowana infrastruktura sprzętowa będąca w posiadaniu Zamawiającego. Z ww. opisu jednoznacznie wynika, w jakim stopniu wymagane rozwiązanie ma obciążać zasoby Zamawiającego. Odwołujący zaoferował rozwiązanie inne niż opisane przez Zamawiającego (rozwiązanie alternatywne - tj. w rozumieniu ustawy Pzp wariantowe), automatycznie wymagając zaangażowania dodatkowych zasobów po stronie Zamawiającego, a tym samym rozwiązanie mniej korzystne (także dlatego, że w modelu dwóch bibliotek, nie ma możliwości aby taśmy zapisane jednym napędem były odczytywane przez drugi napęd- napędy nie mogą działać jako zabezpieczenie pracy drugiego napędu na wypadek awarii). Ponadto przy modelu dwóch bibliotek ograniczone jest mieszanie taśm pomiędzy napędami, więc są znacznie mniejsze możliwości konfiguracyjne i system staje się mniej elastyczny.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K.....,

M..... N....., P..... G.....

Ad. 2

Oferta Comarch S. A. nie jest wariantowa, gdyż obejmuje żądany napęd taśmowy, a Zamawiający nie określił nigdzie w SIWZ, czy napęd taśmowy może być obudowany sprzętem.

Zamawiający jednoznacznie określił w Załączniku nr 7 do SIWZ jaki aktualnie posiada sprzęt, podając kod produktu (3573L2U) i jego S/N (78R7161). Dane te pozwalają na jednoznaczne określenie parametrów i konfiguracji urządzenia. Ponadto Zamawiający jednoznacznie wskazał w SIWZ, że oczekuje rozbudowy systemu backupu o napęd taśmowy współpracujący z posiadanym modelem biblioteki. Oczywiste jest, że rozwiązanie

w postaci dwóch bibliotek jest mniej korzystne (z uwagi na fakty podane powyżej w uzasadnieniu), niż jednej biblioteki z podwójną ilością napędów, stąd oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ w tym zakresie.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... .G..... .

Ad. 3

Każdy napęd, również znajdujący się w bibliotece, to element niezależny i odrębnie funkcjonujący: Zamawiający nie chcąc używać całej biblioteki dostarczonej w ramach oferty może znajdujący się w niej napęd swobodnie wykorzystać - używając go do biblioteki u niego funkcjonującej.

Odwołujący w swojej ofercie nie określił, jaki napęd taśmowy zaoferował, a jak sam zaznaczył, jest wiele modeli, więc nie wiadomo czy zaoferowany napęd taśmowy będzie kompatybilny z posiadanym rozwiązaniem. Ponadto Zamawiający nie posiada kompetencji pozwalających na przeinstalowanie napędów pomiędzy bibliotekami. Dodatkowo trzeba uwzględnić koszty utylizacji nadmiarowego sprzętu i aspekt serwisu oraz wątpliwość, czy po takim przeinstalowaniu napęd będzie objęty wymaganą gwarancją producenta.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Ad. 4

Zamawiający nie określił metody ani sposobu rozszerzenia własnej infrastruktury.

Przedmiotowy zarzut jest ewidentnie sprzeczny z postanowieniami Załącznika nr 7 do SIWZ:

"Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu uzupełniającego istniejące już rozwiązanie w POT:

1. Taśmy backupowe

Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć taśmy backupowe LTO-4 w ilości niezbędnej do realizacji Backup

2. Napęd taśmowy

Dodatkowy napęd taśmowy Linear Tape-Open czwartej generacji (LTO 4), współpracujący z

rozwiązaniem IBM TS3100 Tape Library Express.

- ✓ Biblioteka posiada interfejs FC."

Zamawiający jednoznacznie określił jakiego napędu wymaga, a argumentacja Odwołującego jest niezgodna z literalną wykładnią postanowień SIWZ. Odwołujący zaoferował sprzęt mniej funkcjonalny, a zarazem droższy niż wymagany przez Zamawiającego.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K..... M..... N....., P..... G.....

Ad. 5

W Formularzu cenowym (...) Zamawiający dopuszczał oferowanie innych, dodatkowych elementów sprzętu.

Wymogi w zakresie sprzętu backupowego były bardzo precyzyjne i nie pozostawiające wykonawcom możliwości interpretacji co do sposobu realizacji zamówienia w tym zakresie (szerzej: argumenty przedstawione powyżej w treści niniejszego uzasadnienia).

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Ad.6

Zarzut, że w przypadku Konsorcjum IS Zamawiający nie uznał, że złożono ofertę wariantową czy niezgodną z treścią SIWZ.

Zarzut jest chybiony, o czym świadczy treść rozstrzygnięcia postępowania z dnia 1 sierpnia 2012r., a konkretnie strona 7 rozstrzygnięcia, ostatni akapit (cytowany powyżej).

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Odnosząc się do zarzutu, jakoby licencje Tivoli Storage Manager rzekomo nie były objęte przedmiotem dostawy w ramach niniejszego postępowania, Zamawiający pragnie przypominać, że w załączniku nr 7 do SIWZ zapisano co następuje: "Zamawiający wymaga dostarczenia wszystkich niezbędnych licencji dla zainstalowanego oprogramowania na dostarczonej przez Wykonawcę infrastrukturze. Zamawiający ma na myśli między innymi licencje na system operacyjny, system do wirtualizacji, systemy baz danych, oraz innego oprogramowania dla realizacji potrzeb wymienionych w SIWZ." i dalej: „Zamawiający zapewnia sprzęt do wykonania kopii zapasowej. Wykonawca zobowiązany jest do konfiguracji i uruchomienia narzędzia w taki sposób, aby możliwe było bezproblemowe wykonywanie kopii zapasowej wdrażanego rozwiązania". Z kolei w odpowiedzi na pytania Wykonawców Zamawiający udzielił w dniu 15 czerwca 2012r. następujących odpowiedzi:

„Pytanie 5:

Czy backupem ma być objęta cała nowa część wdrażanej infrastruktury?

Odpowiedź:

Tak, backupem ma być objęta cała nowa część wdrażanej infrastruktury, dostarczonej w ramach systemu RIT.

Pytanie 6:

Czy Zamawiający posiada licencje TSMa na backupy online maszyn wirtualnych?

Odpowiedź:

Zamawiający nie posiada licencji TSM'a na backupy online maszyn wirtualnych."

Dodatkowo udzielając powyższych odpowiedzi Zamawiający wskazał, że:

„Powyższe modyfikacje i odpowiedzi obowiązują wszystkich Wykonawców. W przypadkach, w których treść zawarta w odpowiedziach jest odmienna od treści zamieszczonej w SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ przyjmuje się, że ma ona pierwszeństwa przed odpowiednimi zapisami SIWZ oraz tych załączników. Mając na względzie powyższe odpowiedzi oraz zamiany, a także fakt zmiany ogłoszenia o zamówienia, Zamawiający przesuwając termin składania ofert..."

Mając wszystkie powyższe zapisy na uwadze, należy wskazać, że Zamawiający jednoznacznie wymagał, żeby Oferent objął backupem całą nową część wdrażanej infrastruktury, dostarczając jednocześnie wszelkie niezbędne licencje. Przy tym udzielając odpowiedzi w dniu 15 czerwca 2012r. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że nie posiada licencji TSM'a (Tivoli Storage Manager) na backupy online maszyn wirtualnych.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G.....

K....., M..... N....., P..... G.....

Bazując więc na pytaniach i odpowiedziach, oraz na treści SIWZ, wskazać należy, że jednoznacznie wymagano od Wykonawców dostarczenia licencji TSM. Warto tutaj zauważyć, że składając odwołanie Odwołujący z jednej strony pisze o rzekomym braku takiego wymogu ze strony Zamawiającego, z drugiej potwierdza ten wymóg stwierdzeniem, że licencje zawarte są w cenie usługi: „licencje niezbędne do jej wykonania tj. do wykonania kopii zapasowej są zapewnione przez podwykonawcę -„MobileMS M..... S.....". Koszt wykonania usługi oraz niezbędnych licencji ujęty przez Odwołującego w pozycji „Przeniesienie danych" wyspecyfikowanej przez Odwołującego w tabeli nr 2, poz. 2 na stronie 7 złożonej oferty. "

Dowód: odwołanie Comarch S. A. z dnia 10.08.2012r.; SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ"; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G.....K....., M..... N....., P.....

G.....

Skoro więc Odwołujący w istocie zamierzał zaoferować wymagane licencje backupowe, to powinien je wykazać i ująć ich koszt w Formularzu cenowym w tabeli „Niezbędne oprogramowanie/cena licencji systemu".

Dowód: odwołanie Comarch S. A. z dnia 10.08.2012r.; SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ"; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Należy także nadmienić, że Zamawiający jednoznacznie sprecyzował wygląd formularza ofertowego i wymagał wpisania licencji w odpowiedniej pozycji formularza, nie dopuszczając do ukrywania ceny sprzętu, lub licencji pod pozycjami usługowymi. Ponadto Odwołujący nie umieścił w żadnej z części swojej oferty, tj. ani w tabelach Formularza Cenowego, ani też w części opisowej oferty, informacji o zaoferowaniu licencji systemu backupu. Informacje zaś na ten temat umieszczone w treści odwołania rozszerzają ofertę Odwołującego w tym zakresie, co z oczywistych względów jest niedopuszczalne.

Dowód: odwołanie Comarch S. A. z dnia 10.08.2012r.; SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o

zmianach w SIWZ"; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K, M..... N....., P..... G.....

Odnosząc się do zarzutu dot. oświadczeń IBM Polska Sp. z o.o., Zamawiający przypominał, że Zamawiający wymagał, by w celu zapewnienia jakości działania i obsługi sprzętu Wykonawcy wraz z ofertą dostarczyli oświadczenie producenta serwera, że oferowane serwery pochodzą z oficjalnego i autoryzowanego kanału dystrybucyjnego na terenie Polski oraz zobowiązanie producenta, że w przypadku upadłości Wykonawcy producent przejmie zobowiązania gwarancyjne i serwisowe.

Wykonawcy na etapie składania ofert nie kwestionowali tego wymogu, który wskazywał, że konieczne jest złożenie oświadczenia woli producenta serwera, czyli dokumentu podpisanego przez osoby uprawnione do składania takich oświadczeń.

W swojej ofercie Odwołujący nie wypełnił tego wymogu, uzupełniając zaś na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 lipca 2012r., Odwołujący złożył jedynie kopie oświadczeń, potwierdzone przez siebie za zgodność z oryginałem, bez dokumentów potwierdzających, że podpisane pod nimi osoby są uprawnione do ich składania. Uzupełnienie takich dokumentów na etapie odwołania, nawet gdyby uznać, że zarówno upoważnienia jak i treści złożonych oświadczeń są wystarczające, są spóźnione.

Dowód: odwołanie Comarch S. A. z dnia 10.08.2012r.; SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Ad. zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Betacom S. A., jako nieodpowiadającej treści SIWZ

Zamawiający wskazywał, że chybiony jest zarzut Odwołującego wyartykułowany w punkcie 2 petitum odwołania, tj., że oferta Betacom S.A. nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie zawiera wszystkich elementów i usług niezbędnych do uruchomienia i późniejszego funkcjonowania systemu RIT.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów przeciwko Betacom S.A., albowiem oferta tego Wykonawcy nie stoi na drodze Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu na „Wykonanie i

wdrożenie systemu RIT", nr postępowania 22/12. Gdyby oferta Odwołującego była zgodna z SIWZ, to wówczas Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, niezależnie od oceny oferty Wykonawcy Betacom S.A.

Jednakże z ostrożności procesowej, odnosząc się merytorycznie do stawianych zarzutów, Zamawiający podnosił, że najbardziej szczegółowe wyliczenie wymaganych przez Zamawiającego usług zawiera cały punkt 3 SIWZ, a nie tylko punkt 3.2.4. SIWZ jak wywodzi Odwołujący. I tak w punkcie 3.1.4. SIWZ Zamawiający wymienił usługi w zakresie „dostawy, instalacji i konfiguracji niezbędnej infrastruktury informatycznej, zgodnej z Wymaganiami dla Infrastruktury". Żaden z Wykonawców, w tym również Odwołujący nie wyodrębnił tych usług w Formularzu cenowym. Wszelako Zamawiający nie potraktował tego zaniechania jako błędu ze strony Wykonawców, gdyż nie wskazał jednoznacznie z jaką szczegółowością mają oni wymienić usługi w formularzu cenowym. Jest wszak rzeczą oczywistą, że usługi, w odróżnieniu od dostaw sprzętu i oprogramowania (gdzie te posiadają swoje nazwy i oznaczenia), mogą zawierać się w sobie, a chcąc przedstawić cały drobiazgowy ich katalog należałoby złożyć bardzo szczegółowych ich kosztorys. Zamawiający nie wymagał tego, a jedynym wymogiem dla Wykonawców było wycenienie wszystkich usług w oparciu o wskazane przez Zamawiającego usługi kluczowe, zawierające w sobie szereg usług drobniejszych. Poszczególni Wykonawcy uzupełniali katalog usług wskazanych przez Zamawiającego zgodnie z przyjętą przez siebie systematyką. Zamawiający oceniał kompletność oferowanych przez Wykonawców usług w oparciu o Formularz cenowy oraz o jego rozwinięcie w postaci opisu oferowanego oprogramowania oraz opis organizacji i metodyki prac. Zamawiający dopuszczał rozszerzenie krótkich nazw usług zawartych w tabelach Formularza cenowego w części opisowej i na tej podstawie określał ostatecznie, czy wymienione w tabelach usługi opisują wymagany zakres. Na marginesie warto nadmienić, że ocena załączników innych niż Formularz cenowy z oferty Odwołującego, jedynie potwierdziła fakt, że jego oferta nie jest zgodna z wymogami SIWZ.

Dowód: odwołanie Comarch S. A. z dnia 10.08.2012r.; SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ"; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; oferta Betacom S. A. wraz z załącznikami; oferta Konsorcjum Rodan-Systems S. A. i BizTech Konsulting S. A. wraz z załącznikami; oferta Konsorcjum Integrated Solutions Sp. z o.o. i PTK Centertel Sp. z o.o. wraz z załącznikami; oferta OUTBOX Sp. z o.o. wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Odwołujący kwestionuje brak w ofercie Betacom S.A. następujących usług:

- 1) integracja systemu RIT z innymi systemami,
- 2) trzymiesięczna asysta Systemu w siedzibie Zamawiającego w pierwszym okresie eksploatacji produkcyjnej,
- 3) przygotowanie scenariuszy testowych przy udziale Zamawiającego oraz zapewnienie środowiska testowego do realizacji testów odbiorowych przez Zamawiającego.

Wszystkie wymienione usługi znajdują się i są opisane w ofercie Betacom S.A.

W przypadku usługi z punktu 1 pozycja figuruje w ofercie Wykonawcy w formularzu cenowym w pkt nr 6 tj. „Modyfikację oprogramowania w celu dopasowania go do specyficznych potrzeb użytkownika” i jest szczegółowo opisana w niejawnej części oferty. Integracja systemu RIT z innymi systemami jest to dokładnie modyfikacja oprogramowania w celu dopasowania do specyficznych potrzeb użytkownika. Usługa z punktu nr 2- trzymiesięczna asysta Systemu- jest wręcz wprost wskazana w tabeli usług Formularza cenowego Betacom S.A., pod pozycją pkt 5 "Asysta personalna w pierwszym okresie eksploatacji". Jest to dokładnie ten sam punkt. Usługa z punktu 3 została zaś wyceniona przez Betacom S.A. w pozycji 9 Formularza cenowego - jako pozycja testy. Testy jest to szersze określenie, które obejmuje zarówno przygotowanie scenariuszy testowych, jak również zapewnienie środowiska testowego. Dodatkowo należy nadmienić, że tabela nr 2 Formularza cenowego, wypełniona w punktach 1-9 (w tym dwie pozycje z punktu 9) znajdowała się w SIWZ, wskazując tym samym jaka szczegółowość wyceny w kategorii usług jest wymagana przez Zamawiającego. Oczywiście należy raz jeszcze podkreślić, że Zamawiający oceniając tak przedstawione oferty oceniał ich kompletność, w tym kompletność oferowanych dostaw i usług, w oparciu o wszystkie składane wraz z ofertą załączniki. W przypadku oferty Betacom S.A. kompletność oferty nie budziła i nie budzi wątpliwości Zamawiającego.

Dowód: SIWZ wraz z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012r. pt. „Odpowiedzi na pytania i informacje o zmianach w SIWZ”; oferta Odwołującego wraz z załącznikami; oferta Betacom S. A. wraz z załącznikami; rozstrzygnięcie z dnia 01.08.2012r.; zeznania świadków: G..... K....., M..... N....., P..... G.....

Ad. zarzutu nr 3, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IS z dodatkowego powodu, niewskazanego przez Zamawiającego.

Wobec nie złożenia odwołania przez Konsorcjum IS, Zamawiający pomija zarzuty Odwołującego w tym zakresie jako nieistotne. Tym bardziej, że merytorycznie należałoby się

do nich odnieść w sposób analogiczny jak do zarzutów do oferty Betacom S.A.

Ad. zarzutu nr 4, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada SIWZ oraz poprzez odmienne traktowanie ofert.

Wbrew temu, co bezpodstawnie wywodzi Odwołujący, Zamawiający nie dopuścił się zaniechań w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zastosował się w pełni do obowiązujących go przepisów ustawy Pzp. W konsekwencji również, wbrew temu co bezzasadnie twierdzi Odwołujący, Zamawiający nie naruszył przepisów powszechnie obowiązującego prawa, albowiem prowadził postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie (szerzej: argumentacja przedstawiona powyżej w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi na odwołanie).

Z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający oświadczał, iż przeczy tym wszystkim twierdzeniom, wnioskom i zarzutom Odwołującego, których wyraźnie na piśmie nie przyznaje. Wobec powyższego, wnosił jak na wstępie.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w treści załącznika nr 7 Specyfikacja wymagań technicznych, sprzętowych i sieciowych gwarantujących efektywną pracę oprogramowania podał:

"WYKONAWCA MUSI DOSTARCZYĆ NIEZBĘDNE ELEMENTY INFRASTRUKTURY SPRZĘTOWEJ.

Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu uzupełniającego istniejące już rozwiązanie w POT.

Dostarczony sprzęt musi być fabrycznie nowy i wolny od wad. Za sprzęt fabrycznie nowy, uważa się sprzęt, który został zakupiony w terminie max. do 6 miesięcy liczone od daty zakupu na wystawionej fakturze VAT.. Sprzęt będzie pochodził z oficjalnych, legalnych kanałów dystrybucji producentów tego sprzętu.

PONIŻEJ SZCZEGÓŁOWA SPECYFIKACJA: (...)

SERWER

Zamawiający wymaga dostarczenia wszystkich niezbędnych licencji dla zainstalowanego oprogramowania na dostarczonej przez Wykonawcę infrastrukturze. Zamawiający ma na myśli między innymi licencje na system operacyjny, system do wirtualizacji, systemy baz danych, oraz innego oprogramowania dla realizacji potrzeb wymienionych w SIWZ.

(...)

W celu zapewnienia jakości działania i obsługi sprzętu Wykonawcy wraz z ofertą są zobowiązani dostarczyć oświadczenie producenta serwera, że oferowane serwery pochodzą z oficjalnego i autoryzowanego kanału dystrybucyjnego na terenie Polski oraz zobowiązanie producenta, że w przypadku upadłości Wykonawcy producent przejmie zobowiązania gwarancyjne i serwisowe.

(...)

KOPIA ZAPASOWA

Zamawiający zapewnia sprzęt do wykonania kopii zapasowej. Wykonawca zobowiązany jest do konfiguracji i uruchomienia narzędzia w taki sposób, aby możliwe było bezproblemowe wykonywanie kopii zapasowej wdrażanego rozwiązania. Sprzęt zagwarantowany przez Zamawiającego posiada następujące parametry:

- Oprogramowanie do zarządzania kopią zapasową: System IBM Tivoli Storage Manager ver. 6.2
- Architektura sprzętowa: Biblioteka taśmowa IBM TS3100 Tape Library Express:

Kod produktu	Kod produktu	Numer seryjny	Numer systemu
3573L2U	Ts3100 Tape Library	78R7161	GR72CM

- Wyposażona jest w jeden napęd LTO-4 Half High FC.
- Biblioteka posiada interfejs FC

Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu uzupełniającego istniejące już rozwiązanie w POT:

1. Taśmy backupowe

Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć taśmy backupowe LTO-4 w ilości niezbędnej do realizacji Backup

2. Napęd taśmowy

Dodatkowy napęd taśmowy Linear Tape-Open czwartej generacji (LTO 4), współpracujący z rozwiązaniem IBM TS3100 Tape Library Express.

- ✓ Biblioteka posiada interfejs FC."

W wyjaśnieniach SIWZ z 15 czerwca 2012 r. Zamawiający wskazał:

„Pytanie 5:

Czy backupem ma być objęta cała nowa część wdrażanej infrastruktury?

Odpowiedź:

Tak, backupem ma być objęta cała nowa część wdrażanej infrastruktury, dostarczonej w ramach systemu RIT.

Pytanie 6:

Czy Zamawiający posiada licencje TSMa na backupy online maszyn wirtualnych?

Odpowiedź:

Zamawiający nie posiada licencji TSM'a na backupy online maszyn wirtualnych."

Dodatkowo udzielając powyższych odpowiedzi Zamawiający wskazał, że:

„Powyższe modyfikacje i odpowiedzi obowiązują wszystkich Wykonawców. W przypadkach, w których treść zawarta w odpowiedziach jest odmienna od treści zamieszczonej w SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ przyjmuje się, że ma ona pierwszeństwa przed odpowiednimi zapisami SIWZ oraz tych załączników. Mając na względzie powyższe odpowiedzi oraz zamiany, a także fakt zmiany ogłoszenia o zamówienia, Zamawiający przesuwając termin składania ofert..."

Odwołujący zaoferował w tabeli nr 3 Infrastruktura sprzętowa bibliotekę taśmową IBM TS3100. W treści oferty Odwołującego w tabeli nr 1a nie wyszczególniono licencji systemu backup. Oferta Odwołującego nie zawierała także oświadczenia producenta serwera, że oferowane serwery pochodzą z oficjalnego i autoryzowanego kanału dystrybucyjnego na terenie Polski oraz zobowiązania producenta, że w przypadku upadłości Wykonawcy producent przejmie zobowiązania gwarancyjne i serwisowe, które to dokumenty zostały uzupełnione na skutek wezwania Zamawiającego z 17 lipca 2012 r. Do oświadczeń nie załączono potwierdzenia umocowania do ich podpisania.

Wykonawca Betacom S.A. nie ujął odrębnie w tabeli nr 2 Usługi integracji systemu RIT. W treści jego oferty posłużono się także sformułowaniem "Asysta personalna w pierwszym okresie eksploatacji" (pozycja 5) oraz "Testy" (pozycja 9 tiret piąte).

Zamawiający sporządził wzór tabeli nr 2 Usługi, używając jednak formuły otwartej, tj. wykonawcy byli zobligowani do jej uzupełnienia o kolejne usługi niezbędne do realizacji zamówienia.

W pkt 3.2.4. SIWZ Zamawiający wskazał:

"Usługi niezbędne do uruchomienia i późniejszej eksploatacji RIT:

- a) wykonanie projektu systemu,
- b) niezbędne prace programistyczne zmierzające do modyfikacji oprogramowania standardowego lub wytworzenie Systemu RIT zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,
- c) instalacja i konfiguracja systemu na serwerze pod nadzorem administratora,
- d) integracja Systemu RIT z innymi systemami,
- e) zaplanowanie, przygotowanie oraz przeprowadzenie przeniesienia danych i uprawnień z obecnego systemu do nowego systemu,
- f) szkolenie dla 4 administratorów wytypowanych do obsługi technicznej w zakresie pozwalającym na uruchomienie i administrowanie oprogramowaniem oraz zarządzanie zmianą w obszarze integracji aplikacji. Szkolenie będzie potwierdzane certyfikatem producenta oprogramowania,
- g) Szkolenie trenerskie dla 30 użytkowników Zamawiającego wytypowanych do obsługi systemu RIT oraz opracowanie materiałów szkoleniowych,
- h) wykonanie i dostarczenie dokumentacji systemu zgodnie z załącznikiem nr 16 do SIWZ,
- i) przygotowanie scenariuszy testowych przy udziale Zamawiającego oraz zapewnienie środowiska testowego do realizacji testów odbiorowych przez Zamawiającego,
- j) trzymiesięczna asysta Systemu w siedzibie Zamawiającego w pierwszym okresie eksploatacji produkcyjnej. Asysta będzie polegać w szczególności na bezpośrednim wsparciu użytkowników w zakresie obsługi systemu oraz dokonywaniu drobnych modyfikacji oprogramowania,
- k) serwis gwarancyjny systemu RIT w okresie 12 miesięcy od podpisania protokołu odbioru końcowego,
- l) serwis gwarancyjny dostarczonej Infrastruktury informatycznej w okresie 36 miesięcy od podpisania protokołu odbioru końcowego".

Konsorcjum IS w treści swojej oferty wymieniło tylko usługi, które były wyszczególnione we wzorze tabeli nr 2 Usługi plus dokumentacja systemu .

Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2012 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej (Betacom S.A.) oraz odrzuceniu pozostałych ofert/wykluczeniu wykonawcy. Jediną ważną ofertą była oferta Betacom S.A. Zamawiający odrzucił oferty Odwołującego i Konsorcjum IS.

W przypadku Odwołującego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wymagał, zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ, by wykonawcy zaproponowali w ofercie dodatkowy napad taśmowy

"Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu uzupełniającego istniejące już rozwiązanie w POT:

1. Taśmy backupowe

Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć taśmy backupowe LTO-4 w ilości niezbędnej do realizacji Backup

2. Napęd taśmowy

Dodatkowy napęd taśmowy Linear Tape-Open czwartej generacji (LTO 4), współpracujący z rozwiązaniem IBM TS3100 Tape Library Express.

- ✓ Biblioteka podłączona jest po protokole PC over IP (PCoIP),
- ✓ Biblioteka posiada interfejs FC."

W opisie tym wyraźnie wskazano, że Wykonawca ma dostarczyć elementy uzupełniające istniejącą już u Zamawiającego infrastrukturę. Tymczasem Odwołujący w swojej ofercie zaoferował rozwiązanie alternatywne, tj. dostarczenie nowej biblioteki taśmowej. Tak zapisano w formularzu cenowym na stronie 8 oferty, tabela nr 3 Infrastruktura sprzętowa, pozycja nr 9. Dodatkowo, na potwierdzenie takiego rozwiązania Odwołujący na stronie 126 oferty zamieścił tabelę, w której wyraźnie zaznaczył, że zamierza dostarczyć całą bibliotekę taśmową, co potwierdza również, że zapis z formularza cenowego nie może być traktowany w formule błędu, ale jest celowym jego działaniem. W tej sytuacji, Zamawiający zobligowany był uznać, że Odwołujący w swojej ofercie proponuje rozwiązanie alternatywne do wymagań SIWZ (oferta wariantowa), proponując zamiast wymaganego przez zamawiającego rozwiązania - jedna biblioteka taśmowa z dwoma napędami (wliczając w to infrastrukturę własną Zamawiającego), dwie biblioteki taśmowe z jednym napędem każda. Zamawiający zaznaczał, że rozwiązanie to jest nie tylko odmienne od wymaganego w SIWZ, gdzie Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, ale również mniej korzystne dla Zamawiającego, gdyż wymaga dodatkowych, nie przewidzianych i nie posiadanych przez Zamawiającego zasobów (wolne złącza SAN, dodatkowe licencje Tivoli Manager, zasoby serwera, który miałby zarządzać biblioteką),

Odwołujący nie zaoferował ponadto licencji systemu backupu. Zamawiający wskazał w zał. nr 7 do SIWZ w zakresie wymagań dotyczących backupu, że: "Zamawiający zapewnia sprzęt do wykonania kopii zapasowej. Wykonawca zobowiązany jest do konfiguracji i uruchomienia narzędzia w taki sposób, aby możliwe było bezproblemowe wykonywanie kopii

zapasowej wdrażanego rozwiązania". Uszczegóławiając ten zapis, na wyraźne zapytanie Wykonawców, Zamawiający wskazał, że nie posiada licencji TSM'a (Tivoli Storage Manager) na backupy online maszyn wirtualnych. Oczywiście było więc, że Wykonawcy zobligowani byli takie licencje zaoferować - patrz: odpowiedzi z 15 czerwca 2012r. pytanie nr 6. Stanowisko Zamawiającego dotyczące tej kwestii potwierdzają również odpowiedzi na pytania nr 1 i 5, gdzie wskazano, że wymóg rozbudowy systemu backupu jest wymogiem obowiązującym.

Dodatkowo Zamawiający wymagał od Wykonawców, by wraz z ofertą złożyli oświadczenia producenta serwerów we wskazanym niżej zakresie: "W celu zapewnienia jakości działania i obsługi sprzętu Wykonawcy wraz z ofertą są zobowiązani dostarczyć oświadczenie producenta serwera, że oferowane serwery pochodzą z oficjalnego i autoryzowanego kanału dystrybucyjnego na terenie Polski oraz zobowiązanie producenta, że w przypadku upadłości Wykonawcy producent przejmie zobowiązania gwarancyjne i serwisowe". Odwołujący nie wypełnił tego wymogu w ofercie, w związku z czym został wezwany do uzupełnienia oświadczenia pismem z dnia 17 lipca 2012 r. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył dwa oświadczenia producenta niezgodne z wymaganiami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Oświadczenia te zostały podpisane przez osoby nieuprawnione do reprezentowania IBM Polska Sp. z o.o. Wykonawca ani w ofercie, ani też w uzupełnieniu dokumentów nie złożył dokumentów potwierdzających, że podpisujący oświadczenia w imieniu IBM Polska Sp. z o.o. p. Wojciech Niedziela i/lub p. Piotrek Podgórski mają uprawnienia do składania takich oświadczeń. Uprawnienia te nie wynikają również z KRS IBM Polska Sp. z o.o. Zamawiający, dochowując należytej staranności, kontaktował się z p. Podgórskim, który potwierdził, że rzeczywiście nie jest i nie był upęnomocniony do składania oświadczeń w im. IBM Polska Sp. z o.o. Zamawiający zauważał, że uprawniony jest jedynie do jednorazowego wezwania do uzupełnienia dokumentu danego rodzaju. W tej sytuacji, gdy Wykonawca, uzupełniając dokument, przedstawia dokument w niewłaściwej formie lub treści, Zamawiający nie ma możliwości ponowienia wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Mając na uwadze wskazane wyżej błędy, Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z wymaganiami SIWZ.

W przypadku Konsorcjum IS oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 4) ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W szczególności Wykonawca złożył ofertę z ceną rażąco odbiegającą od innych ofert złożonych w postępowaniu oraz od wartości szacunkowej zamówienia i kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a która została podana przed otwarciem

ofert. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy Pzp cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia - czyli konkretnego dobra, jakie chce pozyskać Zamawiający. Odnosząc się do problemu rażąco niskiej ceny należy odnieść się do ceny, jaką zaoferował wykonawca za konkretny przedmiot wymagany przez Zamawiającego. Należy badać czy za zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie cenę możliwa będzie realizacja określonego przedmiotu zamówienia - badamy "rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego". Pomocną w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż "za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi". Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. "O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę" (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 2S8/08)" czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-696/07). "Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe" (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). "Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości" (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Mając powyższe na uwadze Konsorcjum IS w dniu 20 lipca 2012 r., zostało wezwane do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a w szczególności wezwano Wykonawcę do wskazania, gdzie w przedstawionym budżecie przewidział usługi związane z integracją RIT z systemami zewnętrznymi oraz usługi związane z przygotowaniem scenariuszy testowych. W odpowiedzi Wykonawca złożył wyjaśnienia ogólne oraz niepełne, między innymi w ogóle nie odnosząc się do kwestii integracji RIT oraz przygotowania scenariuszy testowych. Należy tutaj wskazać, że Wykonawca co prawda słusznie podnosi (za Sądem Okręgowym w Poznaniu), że „każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie”, tym niemniej sam, w swoich

wyjaśnieniach, udziela wyjaśnień szablonowych, poprzez skopiowanie części wyjaśnień dotyczących ceny udzielonych w równoległym postępowaniu na „Opracowanie i wdrożenie systemu CRM”. W dodatku skopiowanej treści nie tylko nie dostosował merytorycznie do konkretnego postępowania, ale nawet nie poddał jej obróbce redakcyjnej, pozostawiając odniesienia do systemu CRM. Mając powyższe na względzie, Zamawiający nie może ocenić, czy udzielając wyjaśnień rzeczywiście szacował i analizował koszty związane z realizacją systemu RIT. Przedstawione przez wezwanego Wykonawcę wyjaśnienia podlegają - w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ocenie Zamawiającego, stanowią przedmiot analizy zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). Ponadto podzielono wyrażane w orzecznictwie stanowisko, iż wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KTO/2498/10). Podobnie również w wyroku KIO z dnia 15 maja 2012 r., sygn. akt: KIO 882/12: „Wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za wyjątkowo ogólne, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie nawet próby przesądzenia, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Wykonawca posłużył się ogólnymi sformułowaniami, nawiązującymi do nieskonkretyzowanych okoliczności w oparciu o które nie sposób wywieść, jakie w istocie elementy cenotwórcze uwzględniono w cenie a także, w jaki sposób zasygnalizowane przez odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności (oszczędności i brak potrzeby ponoszenia wyszczególnionych wydatków, jak np. preferencyjne warunki zakupu, amortyzacja i spłacenie sprzętu) przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Z wyjaśnień tych nie wynika również, iż odwołujący założył jakikolwiek zysk na inwestycji. Na podstawie tak sformułowanych wyjaśnień zamawiający nie mógł w żaden sposób przeanalizować poprawności kalkulacji ceny, a w konsekwencji zamawiający nie miał żadnych podstaw do ustalenia, czy ma ona charakter rynkowy.(...) Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art.90 ust. 1 pzp powtórne umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji. (Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2003 r. sygn. akt: X Ga 127/08).” Mając na względzie powyższe fakty, Zamawiający jest zobligowany uznać, że wyjaśnienia Konsorcjum IS są niepełne i niewystarczające. Potwierdzają one jedynie fakt, że Wykonawca szacując koszty realizacji zamówienia nie oparł się na realnych podstawach, w efekcie czego złożył ofertę z rażąco niską ceną W kontekście zaś wskazanego wyżej orzecznictwa wyjaśnienia należy uznać w

ogóle za niezłożone. Skutkuje to koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę.

Ponadto oferta Konsorcjum IS nie odpowiada treści SIWZ, zawierając wewnętrzne, nie dające się usunąć, sprzeczności, a w związku z tym może być potraktowana jako oferta wariantowa. Zamawiający podczas analizy oferty Konsorcjum IS, a także porównując złożoną ofertę z treścią złożonych wyjaśnień zauważył następujące nieścisłości dotyczące oferowanych funkcjonalności:

- 1) w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny potwierdzono, że cena modyfikacji jest minimalna ze względu na brak konieczności modyfikacji oprogramowania;
- 2) w tabeli „4.1 Wymagania modułu integracji” potwierdzono, że wymagane funkcjonalności znajdują się w standardowej wersji oprogramowania, co wskazuje na brak konieczności wprowadzania znaczących modyfikacji czy zmian;
- 3) w opisie proponowanego oprogramowania CMS Idea firmy Idealogic Sp. z o.o. wskazano listę podstawowych modułów, które zostaną użyte w systemie, którego dotyczy oferta. Jednak wśród tych modułów brakuje modułu bądź modułów odpowiedzialnego za bardzo istotne z punktu widzenia Zamawiającego funkcjonalności wskazane w tabeli „4.1 Wymagania modułu integracji”.

Tym samym z jednej strony wskazano, że funkcjonalności wymienione we wzmiankowanej tabeli spełnia proponowane oprogramowanie, jednocześnie zaś w opisie proponowanego rozwiązania zapisano, że integracja z innymi systemami Zamawiającego będzie dedykowanym rozwiązaniem zależnym od każdej „końcówki”, co nie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający w tabeli "4.1. Wymagania modułu integracji" wymienił główne cechy charakteryzujące rozwiązanie klasy Enterprise Service Bus - systemu służącego do integracji danych w heterogenicznym środowisku systemów Zamawiającego i jego partnerów. System powinien więc oferować możliwe do wielokrotnego użycia usługi obejmujące usługi transformacji formatu danych, usługi translacji protokołów, zarządzania (tworzenie zbioru nowych transformacji) poprzez plugin do zintegrowanego środowiska programistycznego. Należy podkreślić, że stworzenie tak rozbudowanego środowiska od podstaw jest procesem bardzo pracochłonnym - jednocześnie nie zostało uwzględnione w specyfikacji usług (Tabela nr 2). W związku z tym Zamawiający nie jest w stanie ocenić z jakich gotowych mechanizmów / modułów Konsorcjum IS zamierza skorzystać przy realizacji funkcjonalności modułu integracji, a jakie prace będą prowadzone w celu modyfikacji oprogramowania CMS Idea. W związku z tymi brakami i sprzecznościami ofertę Konsorcjum

IS należy uznać za niezgodną z SIWZ. Dodatkowo Wykonawca składając ofertę nie przedstawił harmonogramu prac, do czego był zobowiązany treścią załącznika nr 4 do SIWZ, w związku z zapisem pkt 10.2 SIWZ lit. e). Konieczność złożenia harmonogramu w tym projekcie wynika z roli jaką system RIT odgrywa w tworzonym przez POT Polskim Systemie Informacji Turystycznej (PSIT). Jak wynika z projektu systemu RIT będzie on dostarczał informacje dla pozostałych obecnie realizowanych systemów działających w ramach PSIT, a mianowicie: witryny Polska.travel prowadzonej w 22 wersjach językowych, platformy dla urzędzeń prezentacyjnych (tzw. infokioski), platformy dla urzędzeń przenośnych, systemu obsługi zapytań od turystów (tzw. Contact Center) oraz systemu zarządzania kontaktów z klientami (tzw. CRM). Przekaz informacji będzie się odbywał automatycznie poprzez interfejsy stąd konieczność ścisłej koordynacji działań wszystkich wykonawców. Równocześnie będzie on podstawowym systemem zbierającym informację turystyczną w zakresie atrakcji turystycznych, bazy noclegowej, restauracji, ofert turystycznych itd. W tym celu musi być zintegrowany poprzez system interfejsów z systemami regionalnymi prowadzonymi przez regionalne organizacje turystyczne i inne zewnętrzne systemy. Wiele z tych systemów jest obecnie budowanych stąd konieczność zsynchronizowania działań z ich wykonawcami. Zapisany w SIWZ wymóg przedstawienia harmonogramu wynika zatem z faktu, że Zamawiający musi mieć pewność, że Wykonawca rozumie wagę i złożoność tego aspektu projektu a także, że jest w stanie mu sprostać.

Obok tego Zamawiający wymagał, zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ, by wykonawcy zaproponowali w ofercie dodatkowy napęd taśmowy. W załączniku tym wyraźnie wskazano, że Wykonawca ma dostarczyć elementy uzupełniające Istniejącą już u Zamawiającego Infrastrukturę (patrz część rozstrzygnięcia dotycząca COMARCH S.A.). Tymczasem Wykonawca w swojej ofercie zaoferował rozwiązanie alternatywne, tj. dostarczenie nowej biblioteki taśmowej. W formularzu cenowym na stronie 6 oferty, tabela nr 3 Infrastruktura sprzętowa, pozycja nr 9, Wykonawca wskazał, że oferowanym urządzeniem jest cała biblioteka taśmowa, a nie jedynie napęd do niej. Wyraźnie potwierdza to nazwa oferowanego urządzenia, tzn. TS3100 Tape Library Express. W tej sytuacji, Zamawiający zobligowany jest uznać, że Wykonawca w swojej ofercie proponuje rozwiązanie alternatywne do wymagań SIWZ (oferta wariantowa), proponując zamiast wymaganego przez Zamawiającego rozwiązania - jedną bibliotekę taśmową z dwoma napędami (wliczając w to Infrastrukturę własną Zamawiającego), dwie biblioteki taśmowe z jednym napędem każda. Należy tutaj zaznaczyć, że rozwiązanie Wykonawcy jest nie tylko odmienne od wymaganego w SIWZ, gdzie Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, ale również mniej korzystne dla Zamawiającego, gdyż wymaga dodatkowych, nie przewidzianych i nie posiadanych przez Zamawiającego zasobów (wolne złącza SAN, dodatkowe licencje Tivoli

Manager, zasoby serwera, który miałby zarządzać biblioteką). Wykonawca nie zaoferował również licencji systemu backupu. Zamawiający wskazał w zał. nr 7 do SIWZ w zakresie wymagań dotyczących backupu, że: "Zamawiający zapewnia sprzęt do wykonania kopii zapasowej, Wykonawca zobowiązany jest do konfiguracji i uruchomienia narzędzia w taki sposób, aby możliwe było bezproblemowe wykonywanie kopii zapasowej wdrażanego rozwiązania." Uszczegóławiając ten zapis, na wyraźne zapytanie Wykonawców, Zamawiający wskazał, że nie posiada licencji TSM'a (Tivoli Storage Manager) na backupy online maszyn wirtualnych. Oczywiście było więc, że Wykonawcy zobligowani byli takie licencje zaoferować - patrz: odpowiedzi z 15 czerwca 2012r. pytanie nr 6. Stanowisko Zamawiającego dotyczące tej kwestii potwierdzają odpowiedzi na pytania nr 1 i 5, gdzie również wskazano, że wymóg rozbudowy systemu backupu jest wymogiem obowiązującym. Mając na względzie powyższe zastrzeżenia co do braku w ofercie Konsorcjum IS wymaganego harmonogramu, zaoferowania w ofercie rozwiązania wariantowego w postaci dodatkowej biblioteki taśmowej oraz zawartych w ofercie sprzeczności, dwuznaczności i braków w zakresie oferowanych funkcjonalności, w szczególności w odniesieniu do modułu integracji, ofertę Konsorcjum IS należy uznać za niezgodną z SIWZ oraz odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis. Odwołujący spełnia także przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zarzutów dotyczących własnej oferty.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Betacom S.A. z uwagi na spełnienie przez niego warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba przyjęła również, iż stan faktyczny sprawy nie jest sporny pomiędzy stronami i w wystarczający sposób został przedstawiony powyżej.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania stwierdzić należy, co następuje.

Zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wobec uznania, iż treść oferty

Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy niezgodność ta nie zachodzi.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaoferowania biblioteki taśmowej w miejsce wymaganego przez Zamawiającego treścią załącznika nr 7 do SIWZ napędu taśmowego Izba zauważa, iż argumentacja Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w literalnej treści SIWZ. Zamawiający w załączniku nr 7 "Specyfikacja wymagań technicznych, sprzętowych i sieciowych gwarantujących efektywną pracę oprogramowania" wyspecyfikował:

"Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu uzupełniającego istniejące już rozwiązanie w POT:

1. Taśmy backupowe

Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć taśmy backupowe LTO-4 w ilości niezbędnej do realizacji Backup

2. Napęd taśmowy

Dodatkowy napęd taśmowy Linear Tape-Open czwartej generacji (LTO 4), współpracujący z rozwiązaniem IBM TS3100 Tape Library Express.

✓ Biblioteka posiada interfejs FC".

Wymaganie Zamawiającego postawione zatem zostało w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości dla profesjonalisty. Jak przyznał Odwołujący, biblioteka taśmowa i napęd taśmowy nie są sprzętem tożsamym. Istotnie biblioteka taśmowa zawiera w sobie napęd taśmowy, który po wymontowaniu może funkcjonować jako element niezależny i odrębny, co umożliwia jego zamontowanie przez Zamawiającego w istniejącej u niego bibliotece, jednak są to dwa całkowicie odmienne rodzaje infrastruktury. Izba nie podziela argumentacji, iż Zamawiający nie zabronił dostarczenia napędu taśmowego wraz z biblioteką taśmową. Powyższe rozumowanie można odwrócić i wskazać, iż Zamawiający nie dopuścił takiego rozwiązania, skoro jednoznacznie w SIWZ wskazał dostarczenia jakiego typu sprzętu uzupełniającego obecnie funkcjonującą u niego infrastrukturę oczekuje. Gdyby oczekiwał uzupełnienia tej infrastruktury o kolejną bibliotekę taśmową, zapewne takie rozwiązanie by podał. Tymczasem literalne brzmienie SIWZ nie pozostawia w tym zakresie żadnych wątpliwości: istniejąca u Zamawiającego infrastruktura sprzętowa obejmuje bibliotekę taśmową IBM TS3100 Tape Library Express wyposażoną w jeden napęd LTO-4 Half High FC, zaś wykonawca miał dostarczyć napęd taśmowy Linear Tape-Open czwartej generacji (LTO 4) współpracujący z rozwiązaniem IBM TS3100 Tape Library Express, tj. z funkcjonującą u Zamawiającego biblioteką taśmową. Oczywistym jest bowiem, że po to Zamawiający precyzuje posiadaną przez siebie infrastrukturę, wymagając jej rozszerzenia, aby zaproponowana infrastruktura dodatkowa była z nią kompatybilna. Odwołujący nie może

także, wbrew jasnemu wymaganiu Zamawiającego, subiektywnie oceniać, jakie rozwiązanie będzie dla Zamawiającego lepsze. W tym zakresie decyduje wola Zamawiającego, który samodzielnie określa własne potrzeby.

W związku z powyższym Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający nie określił metody ani sposobu rozszerzenia własnej infrastruktury, dając tym samym możliwość wykonawcy na przedstawienie dowolnego rozwiązania. Jak zostało wskazane, Zamawiający podał, jakiego rozwiązania oczekuje. Nie sposób zgodzić się także z Odwołującym, iż Zamawiający nie sprecyzował, jaki konkretnie typ napędu należy dostarczyć. Odwołujący w swoim stanowisku pomija bowiem fakt, że Zamawiający podał, w jaki napęd jest wyposażona obecnie biblioteka taśmowa (napęd LTO-4 Half High FC). Skoro zatem Zamawiający określił parametry aktualnego wyposażenia oraz wskazał na swoje oczekiwanie odnośnie rozszerzenia istniejącej infrastruktury (istniejącej biblioteki taśmowej), to dla profesjonalnego wykonawcy była to jednoznaczna wskazówka, jaki typ napędu należy zaoferować, tj. napęd LTO-4 Half High FC. Odwołujący nie polemizował w tym zakresie ze stanowiskiem Zamawiającego, iż drugi wskazany przez niego napęd (Full Height) nie może być zastosowany równocześnie z napędem obecnym w bibliotece taśmowej Zamawiającego. W napęd ten może natomiast być wyposażona zaoferowana nowa biblioteka taśmowa. Tym samym, ponieważ zamiarem Odwołującego było zaoferowanie biblioteki taśmowej, a nie pojedynczego napędu jako odrębnego elementu infrastruktury sprzętowej, przy czym nie sprecyzował rodzaju napędu, w jaki będzie ona zaopatrzona, nie sposób stwierdzić z całą pewnością, iż możliwym byłoby jego wymontowanie i zamontowanie w funkcjonującej u Zamawiającego bibliotece zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wyrażonym w SIWZ (załącznik nr 7). Nie można też zgodzić się z argumentacją, iż Zamawiający nie zabronił dostarczenia napędu wraz z biblioteką taśmową ani nie zabronił zaoferowania napędu taśmowego obudowanego sprzętem. Jak było to podnoszone powyżej, to, że Zamawiający nie zabronił dokonania takiej dostawy, nie jest tożsame z uznaniem, iż taka forma zadośćuczynienia wymaganiom Zamawiającego była dozwolona. Zamawiający sprecyzował bowiem, iż oczekuje rozszerzenia istniejącej infrastruktury o napęd taśmowy. Nie musiał wykluczyć możliwości dostarczenia biblioteki taśmowej, gdyż takiego typu infrastruktury nie oczekiwał, a żaden z wykonawców nie wnosił o dopuszczenie możliwości takiego sposobu realizacji wymagań Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nie musiał przewidywać, iż w ramach złożonych ofert w miejsce wymaganego napędu taśmowego otrzyma bibliotekę taśmową. Ponadto stwierdzenie o braku zakazu zaoferowania napędu obudowanego infrastrukturą ma, zdaniem Izby, na celu wykazanie, jakoby biblioteka taśmowa była jedynie obudową dla funkcjonującego w niej napędu, z czym nie można się zgodzić. Funkcje tych urządzeń oraz sposób ich instalacji zasadniczo się różnią. Jak przyznał Odwołujący w treści

odwołania, aby napęd taśmowy, w który wyposażona jest biblioteka taśmowa, funkcjonował oddzielnie i został zamontowany w istniejącej infrastrukturze Zamawiającego, niezbędne jest jego wymontowanie z zaoferowanej biblioteki. Zdaniem Izby nie sposób uznać, aby taki właśnie sposób wykonania zamówienia przewidział Odwołujący, oferując bibliotekę taśmową w miejsce samego tylko napędu taśmowego. Wynika to zresztą i z treści odwołania: "Zamawiający nie chcąc używać całej biblioteki dostarczonej w ramach oferty może znajdujący się w niej napęd swobodnie wykorzystać - używając go do biblioteki u niego funkcjonującej. Oferowany przez Odwołującego napęd taśmowy może zostać wymontowany z biblioteki taśmowej IBM TS3100 Tape Library Express i zamontowany w identycznym typie biblioteki taśmowej Zamawiającego, bez utraty praw czy gwarancji, jakie posiada sprzęt, ani też potrzeby dodatkowych licencji". Tymczasem to do zadań wykonawcy a nie Zamawiającego należało przedstawienie i wdrożenie w pełni funkcjonalnego i zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego rozwiązania. Izba nie podziela także poglądu Odwołującego, iż w żadnym z dokumentów (SIWZ i załączniki) Zamawiający nie wskazał, że jedynym możliwym rozwiązaniem dla kopii zapasowej jest jedna biblioteka z dwoma napędami. W ocenie Izby Zamawiający wskazał to jednoznacznie w załączniku nr 7, wymagając rozszerzenia istniejącej infrastruktury (biblioteka taśmowa o określonych parametrach) o dodatkowy napęd współpracujący z tą biblioteką. To że Zamawiający w treści załącznika nr 7 opisując żądany napęd, podał:

" Dodatkowy napęd taśmowy Linear Tape-Open czwartej generacji (LTO 4), współpracujący z rozwiązaniem IBM TS3100 Tape Library Express.

✓ Biblioteka posiada interfejs FC"

nie oznacza odwołania się do abstrakcyjnego modelu biblioteki taśmowej, lecz do rozwiązania, które funkcjonuje u Zamawiającego, a które miało podlegać rozbudowie. Ponadto nieuwzięcia przez Zamawiającego w tabeli nr 3 Infrastruktura Sprzętowa w załączniku nr 2 Formularz cenowy w kolumnie Rodzaj żadnej wstępnej informacji, czy należy dostarczyć sam napęd czy też całą bibliotekę, podczas gdy w innych pozycjach dokonał takiego dookreślenia, nie należy utożsamiać z możliwością wyboru przez wykonawcę przedmiotu oferty (napęd czy cała biblioteka), skoro tabela i poszczególne jej kolumny miały formułę otwartą. Dla oceny prawidłowego sposobu jej wypełnienia decydujące znaczenie ma zatem brzmienie SIWZ i wynikające z SIWZ wymagania. Odnoszenie przypisu do tabeli sprzętowej „Kolejne elementy infrastruktury sprzętowej, niezbędne do prawidłowego działania dostarczonego przez Wykonawcę rozwiązania” jako potwierdzenia dla możliwości zaoferowania sprzętu innego niż określony przez Zamawiającego wydaje się zbyt daleko idące. Zdaniem Izby Zamawiający wskazał wykonawcom sposób ujęcia w ofercie dodatkowych elementów infrastruktury, gdyby konieczność ich zaoferowania wynikała ze

specyfikacji rozwiązania przyjętego przez wykonawcę. Nie oznacza to jednak dopuszczenia oferowania innych elementów sprzętu niż jednoznacznie wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Uznać zatem należy, iż w istocie Odwołujący zaoferował rozwiązanie wariantowe wobec oczekiwań Zamawiającego, które można zakwalifikować jako oferta wariantowa, gdyż Odwołujący zaoferował inny sposób rozbudowy infrastruktury istniejącej niż wynikający z SIWZ, co równocześnie czyni jego ofertę sprzeczną z treścią SIWZ. To z kolei uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ z uwagi na niezaoferowanie przez niego licencji systemu backup, pomimo iż SIWZ nie przewidywała takiego obowiązku, Izba uznaje, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający nie zażądał wprost, że licencje takie mają być przedmiotem dostawy, w szczególności nie uczynił tego w wyjaśnieniach do SIWZ z 15 czerwca 2012 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 6 (czy zamawiający posiada licencje TSMa na backupy online maszyn wirtualnych) wskazał, iż licencji takich nie posiada. Nie dokonał jednak zmiany SIWZ i nie podał jednoznacznie, iż licencje takie mają być zaoferowane oraz w jakiej formie i gdzie w ofercie te licencje miałyby być wskazane. Zdaniem Odwołującego brak precyzji po stronie Zamawiającego nie powinien obciążać wykonawców. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Odwołujący odwołuje się bowiem tylko do odpowiedzi na pytanie nr 6, pomija jednak treść pozostałych odpowiedzi Zamawiającego oraz regulację SIWZ odnośnie zasad oferowania oprogramowania, w tym niezbędnych licencji. W odpowiedzi na pytanie nr 1 z 15 czerwca 2012 r. Zamawiający potwierdził, iż wymaga rozbudowy posiadanego serwera backupu, aby zapewnić prawidłową pracę systemu Tivoli Storage Manager. Wskazał także (odpowiedź na pytanie nr 5), iż backupem ma być objęta cała nowa część wdrażanej infrastruktury dostarczonej w ramach systemu RIT. Równocześnie przyznał, iż nie posiada licencji na backupy online maszyn wirtualnych (odpowiedź na pytanie nr 6). Odwołujący w istocie nie kwestionował, że do wykonywania usługi tworzenia kopii zapasowych niezbędne są licencje, co do których Zamawiający oświadczył, iż ich nie posiada. Podnosił jedynie, że wliczył ich koszt w koszt usługi backup, która będzie wykonywana przez podwykonawcę (w tabeli „Przeniesienie danych”). Z jednej zatem strony Odwołujący podkreślał brak konieczności zaoferowania przedmiotowych licencji, z drugiej potwierdzał, iż są potrzebne do wykonywania usługi tworzenia kopii zapasowych, uwzględnił je w wycenie, jednak z uwagi na brak jednoznacznego wymogu Zamawiającego co do konieczności dostawy tych licencji i ujęcia ich w ofercie, nie zostały one tam odnotowane. Powyższe stanowisko należy ocenić jako niekonsekwentne. Zamawiający postawił bowiem w treści załącznika nr 7 wymaganie: "Zamawiający wymaga dostarczenia wszystkich niezbędnych licencji dla zainstalowanego

oprogramowania na dostarczonej przez Wykonawcę infrastrukturze. Zamawiający ma na myśli między innymi licencje na system operacyjny, system do wirtualizacji, systemy baz danych, oraz innego oprogramowania dla realizacji potrzeb wymienionych w SIWZ". Okoliczność, że powyższe stwierdzenie znalazło się części załącznika nr 7 odnoszącej się bezpośrednio do serwera, a nie w wydzielonej części dotyczącej kopii zapasowej w ocenie Izby jest bez znaczenia, gdyż ujęte zostało na tyle ogólnie, że obejmuje swoim zakresem każde oprogramowanie instalowane dla realizacji potrzeb wymienionych w SIWZ (tu: tworzenie kopii zapasowych). Powyższe pozostaje zbieżne ze sformułowaniem wynikającym z tabeli nr 1A Niezbędne oprogramowanie/cena licencji systemu (załącznik nr 2 Formularz cenowy), gdzie Zamawiający podał, iż: "Specyfikacja dostaw i usług powinna zawierać wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej instalacji i eksploatacji systemu nawet jeśli nie są one wymienione w specyfikacji". Dodatkowo wskazał, że: "* Kolejne elementy oprogramowania niezbędne do prawidłowego działania dostarczonego rozwiązania. Zamawiający wymaga uzupełnienia tabeli o wszelkie oprogramowanie niezbędne do uruchomienia systemu RIT, w szczególności: systemy operacyjne, oprogramowanie bazodanowe, oprogramowanie do wirtualizacji i inne, nawet jeśli jest to oprogramowanie udzielane jest na licencji Open Source, licencji Wykonawcy lub producenta". Powyższe oznacza zatem, iż Zamawiający przesunął odpowiedzialność za prawidłowe określenie wymaganego oprogramowania na wykonawców - to wykonawcy mieli ustalić, jakie oprogramowanie jest niezbędne w ramach przygotowywanego przez siebie rozwiązania, a następnie podać je w treści tabeli nr 1A. Takie ujęcie problematyki oprogramowania zostało zaakceptowane przez wykonawców, skoro nie kwestionowali go ani w drodze zapytań do SIWZ ani środków ochrony prawnej. Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający nie wskazał, gdzie w ofercie należało wycenić oprogramowanie i licencje. Zamawiający przewidział bowiem wspólną tabelę dla całości oferowanego oprogramowania, gdzie należało także sprecyzować dane odnośnie licencji oraz dokonać wyceny. Należy zauważyć, iż sam przedmiot umowy ujęty w par. 1 ust. 1 wzoru umowy przewidywał dostarczenie licencji na wszelkie niezbędne dla realizacji niniejszej umowy oprogramowanie, a w szczególności na: oprogramowanie narzędziowe, oprogramowanie pośredniczące (m. in. systemy baz danych), oprogramowanie systemowe (m. in. systemy operacyjne, oprogramowanie do wirtualizacji), oprogramowanie użytkowe (m. in. inne komponenty systemu RIT) oraz infrastrukturę techniczną. Ponadto oprogramowanie wraz z licencjami podlegało odbiorowi ilościowemu i jakościowemu przez Zamawiającego (załącznik nr 11 i 12 do umowy). Odwołujący nie wyjaśnił w sposób przekonujący, z jakich względów licencje dotyczące systemu backup miałyby zostać objęte innymi zasadami niż pozostałe oprogramowanie. Podkreślić należy także, iż SIWZ zawierała w pkt 12.3 zastrzeżenie

"12.3. Oferty zawierające rozwiązania wymagające ponoszenia opłat licencyjnych na rzecz Wykonawcy lub firm trzecich po okresie obowiązywania umowy – będą automatycznie odrzucone."

Brak podania danych odnośnie licencji systemu backup niezbędnych dla funkcjonowania systemu RIT w istocie uniemożliwia ocenę prawidłowości oferty w tym zakresie. Ponadto skoro Odwołujący twierdzi, iż ujął koszt licencji w cenie usługi backup, a jedynie nie wyodrębnił tej ceny w ofercie z uwagi na brak instrukcji Zamawiającego, gdzie to uczynić, to niejako potwierdził niezgodność treści swojej oferty z treścią SIWZ. Skoro bowiem jasnym dla Odwołującego było, że powyższe licencje są niezbędne do wykonywania zamówienia oraz dokonał ich wyceny, to równocześnie należało je wyszczególnić w tabeli nr 1A dotyczącej oprogramowania. Zamawiający wyraźnie bowiem wydzielił w ramach zamówienia koszt oprogramowania (licencji), usług oraz infrastruktury sprzętowej. W ocenie Izby brak jest przekonywującego wyjaśnienia, z jakich względów w odniesieniu do licencji koniecznych dla wykonywania kopii zapasowych dopuszczone miałyby być inne zasady niż wobec pozostałych. Ponadto powyższe stanowisko Odwołującego jest w istocie nieweryfikowalne, gdyż nie podał, aby w treści oferty znajdowało się jakiegokolwiek odniesienie do zaoferowania licencji. Nie sposób także znaleźć uzasadnienia dla stanowiska Odwołującego, iż być może Zamawiający zamierzał zakupić te licencje w terminie późniejszym. Przywoływane powyżej postanowienia SIWZ wyraźnie wskazują, iż Zamawiający wymagał od wykonawcy zaoferowania wszelkiego oprogramowania (licencji) niezbędnych do korzystania z systemu, a oferty zawierające rozwiązania wymagające ponoszenia opłat licencyjnych na rzecz wykonawcy lub firm trzecich po okresie obowiązywania umowy miały być automatycznie odrzucane. Tym samym stanowisko Zamawiającego o niezgodności w tym zakresie oferty Odwołującego z treścią SIWZ należy uznać za zasadne.

Izba nie podziela natomiast stanowiska Zamawiającego odnośnie sposobu oceny przedłożonych oświadczeń IBM Polska Sp. o.o. (oświadczenie producenta serwera, że oferowane serwery pochodzą z oficjalnego i autoryzowanego kanału dystrybucyjnego na terenie Polski oraz zobowiązanie producenta, że w przypadku upadłości Wykonawcy producent przejmie zobowiązania gwarancyjne i serwisowe). Zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby do powyższych oświadczeń dołączone zostały dokumenty potwierdzające umocowanie do ich podpisania. Nie wymagał również, aby zostały one podpisane wyłącznie przez osoby uprawnione do reprezentacji składającego oświadczenie producenta ujawnione we właściwych dokumentach rejestrowych. W ocenie Izby oświadczenie takie mogli złożyć także upoważnieni reprezentanci producenta (np. pracownicy). Ich umocowanie do dokonania takich czynności potwierdzone zostało oświadczeniem IBM Polska Sp. z o.o. wystawionym zgodnie z zasadami reprezentacji tego podmiotu. Skoro Zamawiający nie zażądał

przedstawienia wraz z oświadczeniem stosownych dokumentów potwierdzających umocowanie, braku takich dokumentów nie może poczytywać za złożenie wadliwego oświadczenia (czy też niezłożenie wymaganego oświadczenia w ogóle). Zamawiający nie przedstawił bowiem żadnego dowodu, iż istotnie osoby te takiego upoważnienia nie posiadały. Oświadczenie IBM Polska Sp. z o.o. przeczy tej tezie, a brak jest dowodu przeciwnego. Powyższe naruszenie pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania z uwagi na zasadność odrzucenia oferty Odwołującego z innych powodów, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania w oparciu o tę podstawę (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Betacom S.A. z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ Izba uznaje, iż Odwołujący nie wykazał w tej mierze spełnienia przesłanek określonych art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących skuteczne wniesienie odwołania. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. W świetle brzmienia tego przepisu, Odwołujący miał zatem wykazać posiadanie interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Odwołujący złożył ofertę ze znacząco niższą ceną niż wykonawca Betacom S.A. (kryterium 60%), zadeklarował także punktowane przez Zamawiającego funkcjonalności (kryterium 40%). Zamawiający twierdził, że gdyby oferta Odwołującego była zgodna z treścią SIWZ, uznana byłaby za najkorzystniejszą. Podobnie sam Odwołujący nie prezentował argumentacji, z której wynikałoby, iż jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą dopiero wówczas, gdyby oferta wykonawcy Betacom S.A. została z postępowania wyeliminowana (tj. aby znacząco niższa cena nie gwarantowała mu wyboru z uwagi na 40% udział kryterium funkcjonalności, którego nie spełnia na poziomie gwarantującym łącznie z ceną uznanie jego oferty za najkorzystniejszą). Przeciwnie, odnosząc się do kwestii interesu w kwestionowaniu oferty wykonawcy Betacom S.A. podnosił, że gdyby nie zdołał potwierdzić prawidłowości własnej oferty, zakwestionowanie oferty Betacom S.A. skutkowałoby unieważnieniem postępowania, co z kolei oznaczałoby konieczność wszczęcia kolejnego postępowania, w którym mógłby wziąć udział. Powyższe zdaniem Izby oznacza, że Odwołującemu nie sposób przyznać ani posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia ani poniesienia, względnie możliwości poniesienia, szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami w odniesieniu do oferty wykonawcy Betacom S.A. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia realizuje się bowiem poprzez posiadanie statusu wykonawcy, który złożył ważną ofertę. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą niższej ocenie, nie rzutują na sytuację Odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie

jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź pozostawienie w postępowaniu innego wykonawcy, którego oferta jest mniej korzystna od oferty Odwołującego, pozostaje dla niego indyferentne. O ile zdoła zatem wykazać niezasadność odrzucenia własnej oferty, okoliczność czy wykonawca Betacom S.A. wybrany przez Zamawiającego, pozostanie w postępowaniu, nie wpływa na możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Natomiast w razie nieuwzględnienia zarzutów wobec Odwołującego i potwierdzenia prawidłowości czynności Zamawiającego, okoliczność czy dotychczasowy wykonawca wybrany utrzyma swój status, również pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. W istocie bowiem uznanie zasadności zarzutu Odwołującego wobec Betacom S.A., przy równoczesnym uznaniu prawidłowości czynności Zamawiającego wobec oferty Odwołującego, sprowadzałoby się w swym skutku do unieważnienia postępowania, jako że pozostałe oferty zostały odrzucone/wykonawcy wykluczeni i nie zostały wniesione odwołania. W ocenie Izby unieważnienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż niewątpliwie interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a nie być związany z zamówieniem jedynie przedmiotowo i podlegać realizacji np. poprzez hipotetyczny udział w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego. Przyznanie Odwołującemu w tym zakresie uprawnienia do wniesienia skutecznego odwołania skutkowałoby tym, iż w przypadku potwierdzenia się zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji utraty przez niego statusu uczestnika postępowania przetargowego, równocześnie przyznane byłoby mu prawo do skutecznego podważenia prawidłowości innej oferty, a zarazem i decyzji o bycie całego postępowania. Ponadto Odwołujący w zakresie wskazywanego zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy nie wykazał także, by poniósł lub mógł ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Konieczne jest zatem wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał bądź zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie, następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają, a jednocześnie, biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego, nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. W przypadku zamówień publicznych szkodą taką będzie przede wszystkim pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia i wiążącego się z tym przysporzenia majątkowego. W świetle

powyższego, w ocenie Izby, Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego wykazać może co najwyżej szkodę ewentualną sprowadzającą się do utraty możliwości uczestnictwa w kolejnym postępowaniu, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkada ewentualna oznacza bowiem, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia. Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga łącznego wykazania spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący nie wykazał żadnej z wymaganych przesłanek, powyższe prowadzi do wniosku, iż Odwołujący w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Betacom S.A. nie wykazał dopuszczalności wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to wyłączenie merytorycznej oceny zarzutów przez Izbę, które nie będą podlegać rozpoznaniu. Dotyczy to także zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odmienne potraktowanie oferty wykonawcy Betacom S.A. i oferty Konsorcjum IS. Na marginesie jedynie warto zauważyć, iż odrzucenie oferty Konsorcjum IS miało miejsce z innych przyczyn niż wskazywane przez Odwołującego w treści odwołania jako zaniechane w odniesieniu do wykonawcy Betacom S.A. Powyższe jednoznacznie potwierdza analiza obszernie przedstawionej w niniejszym uzasadnieniu informacji o rozstrzygnięciu postępowania z 1 sierpnia 2012 r.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IS z dodatkowego powodu, nie wskazanego przez Zamawiającego z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ Izba także stwierdza, iż Odwołujący nie wykazał w tej mierze spełnienia przesłanek określonych art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących skuteczne wniesienie odwołania. Oferta Konsorcjum IS została przez Zamawiającego odrzucona, która to czynność nie została podważona w drodze środków ochrony prawnej. Tym samym ewentualne zaniechania Zamawiającego odnośnie nieodrzuconia oferty Konsorcjum IS z dodatkowej przyczyny pozostają bez wpływu na możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Jego interes w uzyskaniu zamówienia nie jest zatem zagrożony, brak jest także ryzyka poniesienia szkody. Powyższe pozbawia Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania w przedmiotowym zakresie. Ponadto ewentualne naruszenie ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, skoro dotyczy wykonawcy, którego oferta została skutecznie i w sposób ostateczny odrzucona, co także uniemożliwia uwzględnienie odwołania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej

konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) poprzez odmienną ocenę oferty Konsorcjum IS i Odwołującego, pomimo że identyczne oznaczenie cyfrowo-literowe biblioteki taśmowej z opisem „napęd taśmowy”, jakie podał w swej ofercie Odwołujący, znajduje się w ofercie najtańszej Konsorcjum IS, a Zamawiający w przypadku oferty Konsorcjum IS nie uznał owej numeracji wskazującej na oferowanie całej biblioteki wraz z napędem (tak jak w przypadku Odwołującego) za ofertę wariantową czy niezgodną z treścią SIWZ, został przez Odwołującego wycofany na rozprawie. Na marginesie jednak Izba zauważa, że jest on niezasadny, gdyż Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (str. 7-8) wskazał na analogiczną do Odwołującego podstawę niezgodności oferty z treścią SIWZ.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238). Nie przyznano kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego (zastępstwa procesowego), ponieważ nie przedstawiono rachunku (faktury) dokumentującego wysokość poniesionych kosztów. Zgodnie z § 3 pkt 2 ww 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 Izba zasądza uzasadnione koszty strony, w tym obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Nie ma zatem możliwości zasądzenia kosztów jedynie na podstawie norm przepisanych, jeżeli stosowny rachunek (faktura) nie został do akt sprawy przedłożony.

Przewodniczący:

