

Sygn. akt: KIO 1667/13

WYROK

z dnia 03 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Cwyl

Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2013 r. oraz 13 i 30 września 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 lipca 2013 r. przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o. o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Nieruchomości Rolnych - Biuro Prezesa, ul. Dolańskiego 2, 00 - 215 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1667/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp z uwzględnieniem okoliczności i argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Agencję Nieruchomości Rolnych - Biuro Prezesa, ul. Dolańskiego 2, 00 - 215 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **TRADEX SYSTEMS Sp. z o. o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Agencję Nieruchomości Rolnych - Biuro Prezesa, ul. Dolańskiego 2, 00 - 215 Warszawa** na rzecz wykonawcy **TRADEX SYSTEMS Sp. z o. o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) 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

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa i uruchomienie infrastruktury serwerowej do wirtualizacji i konsolidacji” (Nr sprawy: BP.ZO.SZP.0160.7.13.DN), zostało wszczęte przez Agencję Nieruchomości Rolnych - Biuro Prezesa, ul. Dolańskiego 2, 00 - 215 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 075-125427 z dnia 17.04.2013 r.

W dniu 28.06.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformowała o wyborze oferty najkorzystniejszej: ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyńy 3, 02-820 Warszawa zwana dalej: „ADT Group Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”, drugą pozycje w rankingi złożonych ofert zajęła firma: TRADEX SYSTEMS Sp. z o. o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa zwana dalej: „TRADEX SYSTEMS Sp. z o. o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 08.07.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie: TRADEX SYSTEMS Sp. z o. o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.07.2013 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty firmy ADT Group Sp. z o.o. W związku z podniesionymi zarzutami, wnosił o: 1) uwzględnienie odwołania, 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym, 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny oferty ADT Group Sp. z o.o. oraz jej odrzucenie. Odwołujący uznał, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie oferty tego Wykonawcy, jednocześnie dokonując wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Oferta ADT Group Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

1. Zgodnie z pkt 11.1 SIWZ (str. 8) jednym z elementów składających się na treść oferty miał być wypełniony i podpisany formularz „Opis przedmiotu zamówienia/opis systemu”, sporządzony według Załącznika nr 1 do SIWZ. W poz. II powyższego załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby zaoferowana macierz została oznaczona w sposób pozwalający na jej jednoznaczną identyfikację, poprzez wskazanie jej nazwy, typu i modelu. Zgodnie z informacją zawartą na str. 7 oferty firmy ADT Group Sp. z o.o., Wykonawca zaoferował macierz dyskową firmy NetApp o oznaczeniu E5400. Z informacji

firmy NetApp wynika, że producent ten nie oferuje i nie dostarcza macierzy dyskowej E5400. Oznaczeniem E5400 określana jest seria macierzy dyskowych, w skład której wchodzi obecnie trzy różne modele w różnych konfiguracjach, różniące się budową, parametrami, możliwościami rozbudowy i możliwościami instalacji różnych typów dysków twardej. Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 140 ust. 1 Pzp, Wykonawca nie będzie mógł dostarczyć sprzętu o takim oznaczeniu, a w konsekwencji firma ADT Group Sp. z o.o. zaoferowała świadczenie niemożliwe do spełnienia. Nadmieniamy, że oferta ta, nie zawierająca jednoznacznego oznaczenia macierzy poprzez wskazanie modelu oferowanego urządzenia, powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Podkreślamy, że jest to nieusuwalna wada oferty, która nie podlega poprawieniu, np. w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, ponieważ prowadziłoby to do istotnej zmiany treści oferty.

2. Zgodnie z wymaganiem określonym w poz. II, pkt 4 *"Interfejsy iSCSI"* (Załącznik nr 1 do SIWZ), macierz dyskowa miała być wyposażona w aktywne interfejsy iSCSI w standardzie 1 Gigabit Ethernet. ADT Group Sp. z o.o. zaoferował macierz dyskową wyposażoną w interfejsy 1/10 Gbit Eth (str. 7 oferty). Biorąc pod uwagę informacje firmy NetApp, seria macierzy E5400 dostarczana jest z interfejsami iSCSI wyłącznie w standardzie 10 Gigabit Ethernet, które nie mają możliwości podłączenia w standardzie 1 Gigabit Ethernet. W związku z tym, dane zawarte w ofercie ADT Group Sp. z o.o. są sprzeczne ze stanem faktycznym. Podkreślamy, że Zamawiający w SIWZ nie dopuścił dostawy macierzy wyposażonych w interfejsy iSCSI standardu innego niż 1 Gigabit Ethernet. W świetle powyższego, zaoferowana przez ADT Group Sp. z o.o. seria macierzy E5400 nie spełnia wymagań SIWZ, a w konsekwencji treść oferty firmy ADT jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

3. Zgodnie z wymaganiami określonymi w poz. II, pkt 5 *"Obsługiwane poziomy RAID"* i pkt. 13 *"Funkcjonalności macierzy wraz z dostarczonym oprogramowaniem"* (Załącznik nr 1 do SIWZ), macierz dyskowa miała realizować funkcjonalność Thin-provisioning dla zadeklarowanych woluminów utworzonych dla następujących poziomów RAID: 0, 1, 5, 6, 10. Z informacji firmy NetApp wynika jednoznacznie, że wymagana funkcjonalność Thin-provisioning dla serii macierzy E5400 może być realizowana wyłącznie dla woluminów utworzonych w specjalnym poziomie RAID, tj. RAID DDP (Dynamie Disk Pools), a taka funkcjonalność nie jest dostępna dla woluminów utworzonych dla wymaganych przez Zamawiającego poziomów RAID: 0, 1, 5, 6, 10. W związku z powyższym, zaoferowana przez firmę ADT seria macierzy E5400 nie spełnia wymagań SIWZ, a w konsekwencji treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

4. Zamawiający, w poz. II pkt 14 *"Możliwość rozszerzenia funkcjonalności"* (Załącznik nr 1 do SIWZ), określił wymaganie rozbudowy macierzy o możliwość ciągłej wymiany i synchronizacji danych na odległość z inną macierzą tego samego typu, a równocześnie uwzględniając wymagania sformułowane w pkt 13 *"Funkcjonalności macierzy wraz z dostarczonym oprogramowaniem"* (Załącznik nr 1 do SIWZ) dotyczące woluminów i kopii migawkowych typu Thin-provisioning, możliwość ta powinna dotyczyć wszystkich woluminów i kopii migawkowych znajdujących się na wymaganej w SIWZ macierzy dyskowej. Zgodnie z informacjami firmy NetApp, żaden z modeli macierzy serii E5400 nie realizuje ciągłej wymiany i synchronizacji danych dla woluminów i kopii migawkowych w Thin-provisioning'u. W związku z powyższym, zaoferowana przez ADT Group Sp. z o.o. seria macierzy E5400 nie spełnia wymagań SIWZ, a w konsekwencji treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

5. Zgodnie z wymaganiami określonymi w poz. II, pkt 1 *"Obudowa"*, pkt 6 *"Dyski na półce 1"* i pkt 7 *"Dyski na półce 2"* (Załącznik nr 1 do SIWZ), przestrzeń dyskowa macierzy miała być utworzona z dwóch rodzajów dysków o dwóch różnych rozmiarach, zainstalowanych w dwóch różnych półkach dyskowych, a wysokość macierzy z półkami dyskowymi nie mogła być większa niż 7U. Macierz dyskowa miała mieć również możliwość obsługi łącznie minimum 240 dysków SSD, SAS, Near-Line SAS (pkt 8 *"Możliwość rozbudowy pojemności dyskowej"*). ADT Group Sp. z o.o. na str. 8 oferty, zadeklarowała, że zaoferowane urządzenie ma wysokość wynoszącą 4U. Z informacji firmy NetApp wynika jednoznacznie, że żaden z modeli macierzy należących do serii E5400 nie spełnia łącznie tych czterech wymagań, a w konsekwencji treść oferty ADT Group Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

6. Zgodnie z pkt 5 formularza *"Opis przedmiotu zamówienia/opis systemu"*, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ (str. 1 załącznika), Zamawiający wymagał, aby wszystkie komponenty sprzętowe, niezależnie od gwarancji Wykonawcy, posiadały gwarancję producenta z serwisem świadczonym przez sieć serwisową producenta na terenie Polski, w miejscu instalacji sprzętu. Zgodnie z informacjami zawartymi na str. 3-8 oferty ADT Group Sp. z o.o., Wykonawca zaoferował komponenty sprzętowe dwóch producentów, tj. firmy DELL i firmy NetApp. Jednocześnie, na str. 12 oferty, w pkt 8, Wykonawca oświadczył, że całość zamówienia, w tym wymagane usługi gwarancyjno-serwisowe, wykona własnymi siłami. Podkreślamy, że zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający wymagał realizacji usług gwarancyjno-serwisowych przez producentów sprzętu w ramach gwarancji Wykonawcy, na warunkach określonych w § 6 projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ. W świetle powyższych wymagań Zamawiającego, usługi gwarancyjno-serwisowe nie powinny być świadczone samodzielnie przez Wykonawcę, a powinny być świadczone przez odpowiednich producentów sprzętu jako podwykonawców. W konsekwencji, z treści oferty

ADT Group Sp. z o.o. jednoznacznie wynika, że zaoferowany przedmiot zamówienia, w tym usługi gwarancyjno-serwisowe są niezgodne z treścią SIWZ. W związku z powyższym, oferta powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w dniu 08.07.2013 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.07.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ADT Group Sp. z o.o., która wносиła o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

W dniu 19.07.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwoływającemu oraz Przystępującemu.

1. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Odwoływającego dotyczącym zaoferowanej przez wybranego wykonawcę macierzy dyskowej firmy NetApp o oznaczeniu E5400, ponieważ zgodnie z wiedzą Zamawiającego, macierz NetApp E5400 to produkt, który jest jednoznacznie określony przez zastosowane w nim kontrolery macierzowe, pamięć, interfejsy, możliwości funkcjonalne oraz dostępne kontenery (półki) z dyskami, które posiadają własne oznaczenia. Odwoływający, najprawdopodobniej odniósł się do pokazanych na stronach internetowych producenta (firmy NetApp) oznaczeń trzech możliwych kontenerów startowych (systemowych) dla macierzy E5400, którym ze względu na pojemność (ilość dysków możliwych do zainstalowania w kontenerze startowym) producent nadał symbole odpowiednio E5460 (kontener dla max. 60 dysków), E5424 (kontener dla max. 24 dysków) i E5412 (kontener dla 12 dysków). Według wiedzy Zamawiającego macierz E5400, w zależności od potrzeb może zostać zbudowana w oparciu o każdy z tych trzech kontenerów startowych. W szczególności konfiguracja macierzy NetApp E5400, oferowana Zamawiającemu może zostać zbudowana zarówno w oparciu o kontener startowy oznaczony E5424, jak i o kontener startowy oznaczony E5412. W każdym wypadku będzie to macierz E5400 posiadająca identyczne cechy funkcjonalne, identyczną wydajność i takie same możliwości rozbudowy. Określenie modelu NetApp E5400 zdaniem Zamawiającego jednoznacznie określa oferowany produkt i nie budzi żadnych wątpliwości, co do oferowanych parametrów technicznych, funkcjonalności i możliwości dalszej rozbudowy, co wyczerpuje w tym zakresie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego stwierdzenia Odwoływającego dotyczące zaoferowania przez firmę ADT Group Sp. z o.o. świadczenia niemożliwego do spełnienia jest

nieuzasadnione i nie zostało poparte przez Odwołującego żadnymi dowodami. Odwołujący jedynie stwierdził, że opiera swoje stwierdzenia na informacji firmy NetApp nie wskazując źródła tych informacji. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że zaoferowana przez ADT Group Sp. z o.o. macierz NetApp E5400 nie spełnia wymogów funkcjonalnych opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ „*opis przedmiotu zamówienia/opis systemu*”, pozycja II „*Komponent sprzętowy - macierz dyskowa (...)*”.

2. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego, macierz NetApp E5400 jest wyposażona w interfejsy iSCSI 1/10 Gbit Ethernet. Standard pracy i szybkość pracy tych interfejsów może być konfigurowana zarówno jako 10Gbit Ethernet, a także jako 1Gbit Ethernet (wymaganie Zamawiającego w SIWZ). Tak więc w tym zakresie oferowany produkt wyczerpuje wymagania Zamawiającego określone w SIWZ (Załącznik nr 1 „*opis przedmiotu zamówienia/opis systemu*”, poz. II „*Komponent sprzętowy - macierz dyskowa (...)*” pkt. 4 „*Interfejsy iSCSI*”). W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego stwierdzenia Odwołującego dotyczące wybrania przez Zamawiającego oferty firmy ADT Group Sp. z o.o., która nie spełnia wymogów SIWZ jest nieuzasadnione i nie zostało poparte przez Odwołującego żadnymi dowodami. Odwołujący jedynie stwierdził, że opiera swoje stwierdzenia na informacji firmy NetApp nie wskazując źródła tych informacji.

3. Według wiedzy Zamawiającego, wymagana funkcjonalność Thin-provisioning jest zapewniona przez oferowaną macierz NetApp E5400 dla woluminów zbudowanych w oparciu o wszystkie poziomy RAID obsługiwane przez macierz NetApp E5400, w tym te poziomy RAID, których wymagał Zamawiający w SIWZ (Załącznik nr 1 „*opis przedmiotu zamówienia/opis systemu*”, poz. II „*Komponent sprzętowy - macierz dyskowa (...)*” pkt 5 „*Obsługiwane poziomy RAID*” i pkt 13 „*Funkcjonalność macierzy wraz z dostarczonym oprogramowaniem*”). Thin-provisioning - jest to funkcjonalność, która polega na wirtualnym przydzieleniu dla danego celu pełnej, z góry określonej pojemności przestrzeni dyskowej, podczas, gdy fizycznie na macierzy wykorzystywana jest wyłącznie ilość miejsca dyskowego, niezbędnego dla aktualnej ilości przechowywanych tam danych. A niewykorzystana na daną część przestrzeni (wirtualnie przydzielonej) może być wykorzystywana dla innych celów. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego stwierdzenia Odwołującego dotyczące wybrania przez Zamawiającego oferty firmy ADT Group Sp. z o.o., która nie spełnia wymogów SIWZ jest nieuzasadnione i nie zostało poparte przez Odwołującego żadnymi dowodami. Odwołujący jedynie stwierdził, że opiera swoje stwierdzenia na informacji firmy NetApp nie wskazując źródła tych informacji.

4. Według wiedzy Zamawiającego, macierz NetApp E5400 pozwala na rozbudowę funkcjonalności o możliwość ciągłej wymiany i synchronizacji danych z inną macierzą tego samego typu. Aktywacja tej funkcjonalności jest programowa, a synchronizowane są wszystkie dane zgromadzone w macierzy źródłowej, co wyczerpuje wymagania

Zamawiającego określone w SIWZ (Załącznik nr 1 „*opis przedmiotu zamówienia/opis systemu*”, poz. II „*Komponent sprzętowy - macierz dyskowa (...)*” pkt 14 „*możliwości rozszerzenia funkcjonalności*” i pkt. 13 „*Funkcjonalność macierzy wraz z dostarczonym oprogramowaniem*”. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego stwierdzenia Odwołującego dotyczące wybrania przez Zamawiającego oferty ADT Group Sp. z o.o., która nie spełnia wymogów SIWZ jest nieuzasadnione i nie zostało poparte przez Odwołującego żadnymi dowodami. Odwołujący jedynie stwierdził, że opiera swoje stwierdzenia na informacji firmy NetApp nie wskazując źródła tych informacji.

5. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego, macierz NetApp E5400, w konfiguracji spełniającej wymagania SIWZ posiada wysokość 4U. Jednocześnie zapewniona jest możliwość dalszej, późniejszej rozbudowy pojemności przestrzeni dyskowej przez dołożenie dodatkowych kontenerów z dyskami do większej ilości dysków, niż 240, która to ilość stanowiła wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Półki dyskowe dają możliwość instalacji dysków SSD, SAS i Near-Line SAS, co wyczerpuje wymagania określone w SIWZ (Załącznik nr I, „*opis przedmiotu zamówienia/opis systemu*” poz. II „*Komponent sprzętowy - macierz dyskowa (...)*”, pkt 8 „*Możliwość rozbudowy pojemności dyskowej*”). W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego, stwierdzenia Odwołującego dotyczące wybrania przez Zamawiającego oferty ADT Group Sp. z o.o., która nie spełnia wymogów SIWZ jest nieuzasadnione i nie zostało poparte przez Odwołującego żadnymi dowodami. Odwołujący jedynie stwierdził, że opiera swoje stwierdzenia na informacji firmy NetApp nie wskazując źródła tych informacji. W przesłanym odwołaniu Odwołujący sam stwierdza, że formułując zarzuty wymienione w punktach od 1 do 5 oparł się na informacjach firmy NetApp - producenta macierzy dyskowej E5400 nie wskazując jak przytoczono wyżej źródła tych informacji. Analizując treść przedstawionych zarzutów Zamawiający przypuszcza, iż formułując w/w zarzuty oparł się na informacjach zawartych na stronie internetowej producenta macierzy E5400 firmy NetApp. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego dane marketingowe zawarte na stronie internetowej nie są przygotowywane na potrzeby konkretnego przetargu, lecz są dokumentami o charakterze uniwersalnym, mającym wyłącznie charakter marketingowy i jako takie nie powinny być używane przez Odwołującego do wywodzenia jakichkolwiek wniosków. Informacja marketingowa nie jest opisem technicznym określającym parametry i wymagania funkcjonalne. Zamawiający wymagał złożenia w ofercie wypełnionego załącznika nr 1 do SIWZ „*Opis przedmiotu zamówienia/Opis systemu*” pozycja II „*Komponent sprzętowy - macierz dyskowa (...)*” stanowiącego oświadczenie wykonawcy odnośnie potwierdzenia, że oferowana macierz spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego. W w/w Załączniku Zamawiający określił listę wymaganych parametrów - wymagań funkcjonalnych. W złożonej ofercie wybrany Wykonawca firma ADT Group Sp. z o.o., który przystąpił do odwołania po

stronie Zamawiającego złożył oświadczenie, że zaoferowany produkt spełnia wszystkie wymogi określone w w/w załączniku. Zdaniem Zamawiającego podniesione w odwołaniu zarzuty nie obalają oświadczenia wybranego Wykonawcy zawartego w dokumentach załączonych do oferty i potwierdzonych dodatkowo w piśmie z dnia 18.07.2013 r. skierowanym do Zamawiającego po przystąpieniu do niniejszego odwołania. W związku z powyższym, jako że Odwołujący nie udowodnił, że oferowana przez ADT Group Sp. z o.o. macierz o symbolu E5400 nie odpowiada wymaganiom SIWZ, tak więc skierowane przez Odwołującego zarzuty należy uznać jako bezzasadne i nie udowodnione. Bezzasadność stawianych zarzutów potwierdzają również pisma firmy NetApp Polska Sp. z o.o. będącej prawnym przedstawicielem producenta macierzy NetApp E-Series firmy NetApp Inc. skierowane do Zamawiającego i Przystępującego do odwołania Wykonawcy (pismo Przystępującego z dnia 18.07.2013 r. oraz wyżej wymienione pisma firmy NetApp Polska Sp. z o.o. stanowią załącznik nr 1 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie).

6. Zgodnie z treścią powyższych zapisów SIWZ (załącznik nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia/Opis systemu” pkt 5 oraz § 6 Umowy stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ) Zamawiający wymagał jedynie, aby 36-miesięczna gwarancja udzielona przez Wykonawcę na wszystkie komponenty przedmiotu umowy miała oparcie w gwarancji świadczonej przez producentów tych komponentów na terenie Polski. Z powyższych zapisów zdaniem Zamawiającego nie wynika wymóg wskazywania przez Wykonawców w złożonych ofertach podwykonawców świadczących usługi gwarancyjno-serwisowe. Na potwierdzenie tego należy wskazać wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 66/07, z treści którego wynika, że *„autoryzowany usługodawca producenta (...) wskazany do świadczenia usług serwisowych (...), nie może być uznany jako podwykonawca wykonawcy składającego ofertę”*. Zamawiający zwrócił również uwagę na stanowisko KIO zawarte w wyroku o sygn. akt: KIO 1117/09 z dnia 10.09.2009 r. *„samo nie wypełnienie, nawet zgodnych z art. 36 ust. 4 Pzp, żądań Zamawiającego dotyczących wykazania zakresu podwykonawstwa pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie, tj. nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89 Pzp. Podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie.”*

Reasumując Odwołujący nie przedstawił żadnych miarodajnych dowodów na potwierdzenie swoich zarzutów podniesionych w Odwołaniu. Zauważyć również należy, że zgodnie z art. 14 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy Ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie zaś art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża więc dwie reguły, pierwszą

generalnie wymagającą udowodnienia powołanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, oraz drugą regułą, która sytuuje ciężar dowodu danego faktu po stronie tej osoby, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Odwołujący nie tylko nie udowodnił stawianych przez siebie zarzutów ale też nie przedstawił jakichkolwiek miarodajnych argumentów potwierdzających stawiane zarzuty. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 19.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1439/08: *„formułowanie zarzutów i żądań w proteście i odwołaniu nie może być przypadkowe. Podmiot prowadzący działalność gospodarczą, jako profesjonalista w obrocie gospodarczym, ubiegający się jednocześnie o udzielenie zamówienia publicznego i korzystający z prawa do środków ochrony prawnej powinien, tak zarzuty jak i żądania formułować z pełną świadomością i odpowiedzialnością”*. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdziłyby słuszność stawianych zarzutów.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności załącznikiem nr 1 do SIWZ, odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 09.05.2013 r. oraz pismo z dnia 14.05.2013 r., ofertą Przystępującego, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28.06.2013 r., odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, dowodem nr 1 /wg. numeracji przyjętej przez Odwołującego/ opinię z dnia 19.07.2013 r. Oddziału Elektroniki, Informatyki, Telekomunikacji, Stowarzyszenia Elektryków Polskich (EIT SEP), pt: *„Ocena funkcjonalności i parametrów technicznych macierzy dyskowych NetApp”*, Warszawa, lipiec 2013 r., dr inż. Andrzeja Skorupskiego wraz z notką na temat autora niniejszej opinii, tzw. dowodem nr 1A, instrukcją obsługi macierzy E5400 w języku angielskim (NetApp® E5400 Quick Reference Guide) wraz z załączonym tłumaczeniem str.1 – tzw. dowód nr 2, NetApp® E5400 zestawieniem parametrów technicznych w języku angielskim (NetApp® E5400 Technicla Overview) wraz z załączonym tłumaczeniem str. 1, 3 i 4 – tzw. dowód nr 3, zestawieniem parametrów technicznych w języku angielskim (NetApp® NetApp E-Series SANtricty Dynamic Disk Pools Overview) wraz z załączonym tłumaczeniem str. 1 i 17 – tzw. dowód nr 3, informacją techniczną macierzy E5400 w języku angielskim (NetApp® Datasheet NetApp E5400 Sorage System) wraz z tłumaczeniem str. 3 – tzw. dowód nr 5 - złożonymi na rozprawie w dniu 23.07.2013 r. przez Odwołującego; wydrukiem wyciągu z dokumentacji konfigurowanie i instalacja macierzy (Initial Configuration and Software Installation for SANtricty ES Version 10.86) wraz z tłumaczeniem – złożonym na rozprawie w dniu 23.07.2013 r. przez Przystępującego, dokumentami przekazanymi przez Odwołującego biegłemu za pośrednictwem KIO zgodnie z ustaleniami z rozprawy z dnia 23.07.2013 r.: 1) NetApp®

E-Series Storage Systems, Configuring and Maintaining a Storage Array Using the Command Line Interface for Version 10.86. Part number: 215-07659_A0. Datowany na marzec 2013, 2) NetApp® E-Series Storage Systems, Concepts for SANtricity ® ES Storage Manager Version 10.86. Part number: 215-07659_A0. Datowany na marzec 2013, 3) NetApp® Technical Report SANtricity 10.83 Dynamic Disc Pools Overview (TR-4077), maj 2012, 4) NetApp® Technical Report E-Series Performance Sizing Guide, (TR-4093) sierpień 2012 oraz 5) NetApp® Datasheet NetApp E5400 Storage System wraz z tłumaczeniem dokumentu 1, 2, 4 i 5; pisemną opinią biegłego z dnia 31.08.2013 r. stanowiącą odpowiedź na listę pytań Odwołującego do biegłego sformułowaną na rozprawie w dniu 23.07.2013 r., zastrzeżeniami Przystępującego do opinii biegłego - pismo z dnia 12.09.2013 r. wraz z załącznikami, stanowiskiem Zamawiającego do opinii biegłego wraz z załącznikami, oświadczeniem firmy NetApp Polska Sp. z o.o. z dnia 11.09.2013 r. złożonym przez Przystępującego na rozprawie w dniu 13.09.2013 r., pisemnymi wyjaśnieniami biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemną uzupełniającą opinią biegłego, jak i ustną uzupełniającą opinią biegłego w zakresie przesłanych pytań przez Przystępującego, Zamawiającego oraz Odwołującego oraz dodatkowych pytań zadanych przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępującego w toku rozprawy – przeprowadzoną na rozprawie w dniu 30.09.2013 r. dowodu z ustnej uzupełniającej opinii biegłego, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutu. Odwołujący złożył drugą pod względem cenowym ofertę, za ofertą Przystępującego, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec Przystępującego, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1667/13, postanowień SIWZ, w tym w szczególności załącznika nr 1 do SIWZ, odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 09.05.2013 r. oraz pismo z dnia 14.05.2013 r., oferty Przystępującego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28.06.2013 r., odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (oświadczenia Przystępującego z dnia 18.07.2013 r., oświadczenia firmy NetApp Polska Sp. z o.o. z dnia

15.07.2013 r. oraz z dnia 17.07.2013 r.), instrukcji obsługi macierzy E5400 w języku angielskim (NetApp® E5400 Quick Reference Guide) wraz z załączonym tłumaczeniem str.1 – tzw. dowód nr 2/Copyright Aug 2012/, NetApp® E5400 zestawienia parametrów technicznych w języku angielskim (NetApp® E5400 Technicla Overview) wraz z załączonym tłumaczeniem str. 1, 3 i 4 – tzw. dowód nr 3 /Copyright 2013/, zestawienia parametrów technicznych w języku angielskim (NetApp® NetApp E-Series SANtricity Dynamic Disk Pools Overview) wraz z załączonym tłumaczeniem str. 1 i 17 – tzw. dowód nr 3/Copyright 2012/, informacji technicznej macierzy E5400 w języku angielskim (NetApp® Datasheet NetApp E5400 Sorage System) wraz z tłumaczeniem str. 3 – tzw. dowód nr 5/Copyright 2013/ - złożonymi na rozprawie w dniu 23.07.2013 r. przez Odwołującego; wydruku wyciągu z dokumentacji konfigurowanie i instalacja macierzy (Initial Configuration and Software Installation for SANtricity ES Version 10.86) wraz z tłumaczeniem – złożonym na rozprawie w dniu 23.07.2013 r. przez Przystępującego, dokumentów przekazanych przez Odwołującego biegłemu za pośrednictwem KIO zgodnie z ustaleniami z rozprawy z dnia 23.07.2013 r.: 1) NetApp® E-Series Storage Systems, Configuring and Maintaining a Storage Array Using the Command Line Interface for Version 10.86. Part number: 215-07659_A0. Datowany na marzec 2013, 2) NetApp® E-Series Storage Systems, Concepts for SANtricity® ES Storage Manager Version 10.86. Part number: 215-07659_A0. Datowany na marzec 2013, 3) NetApp® Technical Report SANtricity 10.83 Dynamic Disc Pools Overview (TR-4077), maj 2012, 4) NetApp® Technical Report E-Series Performance Sizing Guide, (TR-4093) sierpień 2012 oraz 5) NetApp® Datasheet NetApp E5400 Sorage System /Copyright 2013/ wraz z tłumaczeniem dokumentu 1, 2, 4 i 5; pisemnej opinii biegłego z dnia 31.08.2013 r. stanowiącą odpowiedź na listę pytań Odwołującego do biegłego sformułowaną na rozprawie w dniu 23.07.2013 r., zastrzeżeń Przystępującego do opinii biegłego - pismo z dnia 12.09.2013 r. wraz z załącznikami (Załącznik nr 1: E-Series Storage, April 2013 wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 2: NetApp E5400 Storage System wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 3: E5400 Channel Quick Reference Guide wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 4: NetApp E-Series Storage Systems, Initial Configuration and Software Installation /May 2013/ wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 5: NetApp® E-Series Storage Systems, E5400 Controller-Drive Tray Installation Guide /December 2012/ wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 6: Korespondencja z firma NetApp, Załącznik nr 7: SGI InfiniteStorage 4000 Series and 5000 Series SANtricity ES Storage Manager DS/VSS Provider Installation and Configuration Guide /April 2013/ wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 8: Wydruk ze strony internetowej dystrybutora produktów NetApp - firmy Arrow, Załącznik nr 9: NetApp E-Series Storage Systems Concepts for SANtricity® ES Storage Manager Version 10.86 /March 2013/ wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 10: NetApp E-Series Storage Systems Configuring and Maintaining a Storage Array Using the Command Linę Interface for Version 10.86 /March

2013/ wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 11: NetApp E-Series Storage Systems Mirroring Premium Feature Guide /November 2012/ wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 12: VMware Compatibility Guide /Copyright 2012/ wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 13: NetApp E-Series Storage Systems, Command Line Interface and Script Commands for Version 10.86 /March 2013/ wraz z tłumaczeniem, Załącznik nr 14: Oświadczenie firmy Arrow, Załącznik nr 15: Umowa z Uniwersytetem Warszawskim obejmująca dostawę macierzy NetApp E5400), stanowiska Zamawiającego do opinii biegłego wraz z załącznikami (Załącznik nr 1, 2, 3 i 4: Wydruki ze strony www.netapp.com wraz z tłumaczeniem jej fragmentów, Załącznik nr 5: Wydruk ze strony internetowej firmy Arrow ECS Sp. z o.o., Załącznik nr 6: Wydruk ze strony internetowej firmy Alterkom Sp. z o.o., Załącznik nr 7: Szczegółowe odniesienie merytoryczne do opinii biegłego, Załącznik nr 1 do Załącznika nr 7: E-Series Storage, April 2013, Załącznik nr 2 do Załącznika nr 7: NetApp® Datasheet NetApp E5400 Storage System /Copyright 2011/, Załącznik nr 3 do Załącznika nr 7: E5400 Channel Quick Reference Guide /Copyright 2013/, Załącznik nr 4 do Załącznika nr 7: NetApp E-Series Storage Systems, Initial Configuration and Software Installation /May, 2013/, Załącznik nr 5 do Załącznika nr 7: NetApp® E-Series Storage Systems, E5400 Controller-Drive Tray Installation Guide /December, 2012/, Załącznik nr 6 do Załącznika nr 7: Korespondencja e-mailowa między Przystępującym a Firmą Netapp Polska Sp. z o.o. z 06.09.2013 r., Załącznik nr 7 do Załącznika nr 7: SGI InfiniteStorage 4000 Series and 5000 Series SANtricity ES Storage Manager VDS/VSS Provider Installation and Configuration Guide /April 2013/, Załącznik nr 8 do Załącznika nr 7: Wydruk ze strony internetowej firmy Arrow ECS Sp. z o.o., Załącznik nr 9 do Załącznika nr 7: NetApp E-Series Storage Systems Concepts for SANtricity® ES Storage Manager Version 10.86 / March 2013/, Załącznik nr 10 do Załącznika nr 7 – Zgodnie z ustaleniami z rozprawy z dnia 13.09.2013 r. nie istnieje, Załącznik nr 11 do Załącznika nr 7: NetApp E-Series Storage Systems Mirroring Premium Feature Guide /November 2012/; oświadczenia firmy NetApp Polska Sp. z o.o. z dnia 11.09.2013 r. złożonego przez Przystępującego na rozprawie w dniu 13.09.2013 r., pisemnych wyjaśnień biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego, jak i ustnej uzupełniającej opinii biegłego w zakresie przesłanych pytań przez Przystępującego, Zamawiającego oraz Odwołującego oraz dodatkowych pytań zadanych przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępującego w toku rozprawy – przeprowadzonej w dniu 30.09.2013 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy (w dniu 23.07.2013 r. i 13 oraz 30.09.2013 r.).

Izba nie dopuściła jak dowodu, tzw. dowodu nr 1 /wg. numeracji przyjętej przez Odwołującego/ opinii z dnia 19.07.2013 r. Oddziału Elektroniki, Informatyki, Telekomunikacji, Stowarzyszenia Elektryków Polskich (EIT SEP), pt: „*Ocena funkcjonalności i parametrów technicznych macierzy dyskowych NetApp*”, Warszawa, lipiec 2013 r., dr inż. Andrzeja Skorupskiego wraz z notką na temat autora niniejszej opinii, tzw. dowód nr 1A uznając niniejszy jako opinie prywatną sporządzoną na potrzeby Odwołującego. Wskazać należy, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzoną przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I KKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08).

Izba na podstawie art. 190 ust. 3-4 Pzp, na wniosek Odwołującego, dopuściła dowód z opinii biegłego z zakresu informatyki i telekomunikacji na okoliczność zbadania i stwierdzenia, czy macierze dyskowe serii E5400 firmy NetApp zaoferowane przez Przystępującego spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego określone w załączniku 1 do SIWZ (poz. II). Izba zobowiązała biegłego do odpowiedzi na pytania przedstawione przez Odwołującego podczas rozprawy w dniu 23.07.2013 r. (6 pytań) oraz przygotowane po sporządzeniu opinii. Izba przekazała biegłemu dokumentację postępowania w kopii przekazanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania, ofertę Przystępującego, jak również pisma stron i dowody złożone w toku posiedzenia i rozprawy wraz z protokołem. Ponadto, Izba przekazała biegłemu dokumenty na podstawie, których została sporządzona opinia prywatna przedłożona przez Odwołującego na rozprawie, po ich dostarczeniu przez Odwołującego. Dodatkowo podczas rozprawy w dniu 13.09.2013 r. Izba zobowiązała powołanego biegłego, aby pisemnie odniósł się do zastrzeżeń zwartych w pismach Zamawiającego (stanowisko Zamawiającego do opinii biegłego wraz z załącznikami) i Przystępującego (zastrzeżeń Przystępującego do opinii biegłego - pismo z dnia 12.09.2013 r. wraz z załącznikami), nadto zobowiązała strony do przesłania na trzy dni przed terminem rozprawy, ewentualnej listy pytań, które zostaną zadane biegłemu na rozprawie. Jednocześnie, pismo Odwołującego, które miano przekazać przed rozprawą w dniu 30.09.2013 r., ostatecznie nie zostało przekazane z uwagi na nie dotrzymanie terminu przez Odwołującego, który mimo wcześniejszych ustaleń próbował to uczynić dopiero na rozprawie 30.09.2013 r.

Izba podziela co do zasady stanowisko co do walurowości dowodów stron internetowych wyrażone m.in. w wyroku KIO z dnia 12.05.2012 r., sygn. akt: KIO 877/12, jednakże biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, uznała że w przedmiotowym

stanie faktycznym mają one walor dowodowy. Po pierwsze, Izba zwraca uwagę na stanowisko samego Przystępującego podczas rozprawy z dnia 23.07.2013 r. gdzie m.in. stwierdził, że: „(...) co do udostępniania informacji technicznej przez producenta NetApp na jego stronach internetowych, jeden z pełnomocników Przystępującego, który pracował u producenta wskazuje, że wszystkie informacje są ogólnie dostępne, następnie mamy do czynienia z informacjami przygotowanymi na potrzeby kontaktów biznesowych, jak również informacjami, które stanowią opracowania i analizy w odniesieniu do firm konkurencyjnych, które mają charakter zastrzeżony. Przystępujący wskazuje również, iż najnowsze materiały i dokumenty nie są ogólnie dostępne i otrzymuje ją użytkownik, który nabył określony produkt. Stwierdza również, że z biegiem czasu pewne informacje są upubliczniane na stronach internetowych jednakże, w tym zakresie musi nastąpić określony upływ czasu.”. Nadto, podniósł, w zakresie dowodu z opinii biegłego, że: „(...) jedyną możliwością ewentualnej weryfikacji byłoby przeprowadzenia testów, gdyż dokumentacja techniczna zawiera kilka tysięcy stron i mogłaby być trudna do weryfikacji ze strony biegłego.”. Wynika w powyższego, że nie jest do końca tak, że informacje producenta macierzy dyskowej Netapp na jego stronach internetowych jest zupełnie bezużyteczna. Potwierdziło to także stanowisko Przystępującego, który stwierdził podczas rozprawy w dniu 13.09.2013 r., że: „klauzula na która wskazuje w swoich zastrzeżenia znajduje się na stronie www.netupp.com, druga ze stron www.support.netupp.com jest stroną, gdzie znajduje się właściwa informacja techniczna.” Przedłożył także oświadczenie przedstawiciela producenta na Polskę. (oświadczenie firmy NetApp Polska Sp. z o.o. z dnia 11.09.2013 r. złożonego przez Przystępującego na rozprawie w dniu 13.09.2013 r.). Po drugie, Izba wskazuje na niekonsekwencje Przystępującego, który z jednej strony podczas rozprawy z dnia 23.07.2013 r. podnosił, że: „ewentualne zobowiązanie do dostarczenia dokumentów technicznych na potwierdzenie oświadczeń producenta, tudzież spełnienia warunków sformułowanych przez Zamawiającego należałoby rozpatrywać biorąc pod uwagę uwarunkowania, tj. wielostronicowy charakter takich dokumentów, które nie zawsze wprost udzielają konkretnych odpowiedzi, które należy uzyskać po analizie kilkunastu fragmentów. Zwraca uwagę, iż taką analizę należałoby przeprowadzić w kontekście całego systemu serwerów, a nie tylko w odniesieniu do kwestii macierzy.”. Nadto, stwierdził, że: „byłby w stanie do przyszłego poniedziałku dostarczyć dokumentację techniczną, aby potwierdzić swoje stanowisko i poddać ją ocenie biegłego, powiedział, że tak, jeżeli nie byłoby konieczności tłumaczenia na język polski”. A następnie po uzyskaniu niekorzystnej opinii biegłego z dnia 31.08.2013 r. wnosił o kontrolę - zastrzeżenia Przystępującego do opinii biegłego - pismo z dnia 12.09.2013 r. wraz z 15 załącznikami, które zostają przetłumaczone i w zdecydowanej większości stanowią informacje techniczne uzyskane ze stron internetowej producenta macierzy dyskowej będącej przedmiotem sporu. Inną zupełnie sprawą jest

okoliczność, że tzw. miarodajna strona – na jaką wskazywał Przystępujący i przedstawiciel producenta na Polskę www.support.netupp.com, stanowi postronne www.netupp.com. Po trzecie, Izba nie podważa żadnego z oświadczeń producenta macierzy dyskowej, tudzież przedstawiciel producenta na Polskę załączonych do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, jednakże niektóre z oświadczeń w swej treści jak pokazała rozprawa z dnia 23.07.2013 r. różnie była interpretowana przez strony, w tym Odwołującego, nadto podmioty składające niniejsze oświadczenia niejednokrotnie odnosiły się do kwestii innych niż wprost wynikające z zarzutów uznając, że mogą być one podstawą do potwierdzenia wymagań technicznych postawionych przez Zamawiającego. Podczas rozprawy w dniu 23.07.2013 r. wskazywano również na różnice definicyjne pojęć informatycznych użytych w SIWZ względem używanych w branży it, czy też przez producenta macierzy dyskowej, w konsekwencji, Izba uznała, że istnieje uzasadniona konieczność dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki i telekomunikacji.

Zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego biegłemu materiałowi sprawy (wyrok SN z dnia 11.07.1969 r., sygn. akt: I CR 140/69). Przystępujący w szczególności, mimo początkowej de facto rezygnacji z dostarczenia materiałów dla biegłego uczynił to w ramach zastrzeżeń Przystępującego do opinii biegłego (z dnia 31.08.2013 r.) - pismo z dnia 12.09.2013 r. wraz z 15 załącznikami. W konsekwencji, pisemne wyjaśnienia biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemna uzupełniająca opinii biegłego uwzględniała materiały dostarczone tak przez Odwołującego, jak i Przystępującego, tudzież Zamawiającego (w tym ostatnim wypadku częściowo powielające materiały Przystępującego). Jednocześnie samo przekroczenie przez biegłego zakresu poruczonego mu zadania nie dyskwalifikuje w całości jego wypowiedzi i nie pozbawiają charakteru środka dowodowego tych jego twierdzeń, do wyjaśnienia których został powołany i które wymagały wiadomości specjalnych (wyrok SN z dnia 17.01.1967 r., sygn. akt: I PR 355/67). Nadto, powinnością biegłego nie jest rozstrzygnięcie zagadnień prawnych, a jedynie naświetlenie wyjaśnianych okoliczności z punktu widzenia wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego mu materiału sprawy. Jeżeli biegły, z przekroczeniem granic swoich kompetencji - obok wypowiedzi w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych - zamieści w opinii także sugestie co do sposobu rozstrzygnięcia kwestii prawnych, sąd powinien je pominąć. Nie dyskwalifikuje to jednak całości opinii biegłego. Opinia biegłego podlega, jak inne dowody, ocenie według art. 233 § 1 k.p.c. (wyrok z dnia 29.06.2011 r., sygn. akt: III UK 3/11).

Izba oceniła dowód z opinii biegłego z dnia 31.08.2013 r., po weryfikacji w kontekście pisemnych wyjaśnień biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego oraz ustnej uzupełniającej opinii biegłego w zakresie przesłanych pytań przez Przystępującego, Zamawiającego oraz Odwołującego oraz dodatkowych pytań zadanych przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępującego w toku rozprawy – przeprowadzonej w dniu 30.09.2013 r. /w sumie około 63 pytania/, jako wiarygodny, logiczny i spójny, choć ukierunkowany na znacznej mierze na przyjętą przez biegłego jako jego zdaniem zasadną interpretację postanowień SIWZ. Nie mniej jednak Izba oceniła, że wiadomości specjalne zawarte w opinii są przydatne dla rozstrzygnięcia istotnych zagadnień niniejszej sprawy.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie zarzutów zawartych w odwołaniu:

Stosownie do postanowień SIWZ, Zamawiający określił w rozdz. 3 SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia (str. 3) w pkt 3.2. Szczegółowy wykaz komponentów oraz parametry Systemu stanowiącego przedmiot umowy został określony w załączniku nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia/opis systemu oraz w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia, podpisania i dołączenia do oferty załącznika nr 1 do SIWZ, który będzie stanowił załącznik nr 1 do umowy zawartej z Wykonawcą. Nadto, w pkt 3.3 tego samego rozdziału stwierdził, że: *„Pozostałe postanowienia dotyczące zamówienia i warunki realizacji zawiera projekt umowy stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ”*.

Zamawiający w ramach załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego jednocześnie zał. nr 1 do Umowy zawarł: *„OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA/OPIS SYSTEMU”*. Wskazał, że: *„Przedmiotem zamówienia jest dostawa do Biura Prezesa ANR i uruchomienie Systemu - infrastruktury do wirtualizacji i konsolidacji, składającej się z 3 jednakowych serwerów ze wspólną zewnętrzną pamięcią masową - macierzą dyskową, z możliwością dalszej rozbudowy przez późniejsze dołączanie kolejnych serwerów, a także kolejnych elementów części storage'owej do tak utworzonej architektury. Wszystkie, opisane w dalszej części opisu, komponenty zakupione w niniejszym przetargu muszą po uruchomieniu i zainstalowaniu oferowanego oprogramowania stworzyć jeden spójny system, współpracować ze sobą, zapewniając wysoką dostępność i wysoką wydajność. (...)”*

Nadto, w zakresie - poz. II/ Komponent sprzętowy - macierz dyskowa niniejszego załącznika Zamawiający określił w 16 – stu punktach swoje wymagania techniczne wobec poszczególnych komponentów macierzy dyskowej. Pod tabelą zawarł również stosowne miejsce dla wskazania specyfikacji oferowanej macierzy, tj. producenta, jednoznacznego

oznaczenie producenta (nazwa, typ, model etc.), wskazania - Dyski na półce 1: pojemność (...) GB, prędkość obrotowa (...) rpm; Dyski na półce 2: pojemność (...) GB, prędkość obrotowa (...) rpm; Ilość kontrolerów: (...); Ilość aktywnych interfejsów FC: (...); Ilość aktywnych interfejsów iSCSI (GE): (...); Łączna wielkość pamięci cache: (...) GB; Wysokość całej macierzy w szafie rack 19": (...) U; Okres gwarancji: (...) miesięcy. Należało także złożyć oświadczenie przez Wykonawcę składającego ofertę: „*Oferowana macierz spełnia w całości wszystkie wymagania określone w punktach od 1 do 16.*”. W Rozdz. 11. Dokumenty i oświadczenia wymagane w postępowaniu Zamawiający zawarł, w pkt 11.1, że Wykonawca zobowiązany jest złożyć w terminie i miejscu wskazanym w pkt 16 SIWZ oraz w formie określonej w SIWZ Ofertę, na którą składa się: a) wypełniony i podpisany formularz oferty (wg. załącznika nr 2 do SIWZ), b) wypełniony i podpisany formularz cenowy (wg. załącznika nr 3 do SIWZ), c) wypełniony i podpisany opis przedmiotu zamówienia/ opis systemu (wg. załącznika nr 1 do SIWZ), d) lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej (wg. załącznika nr 8 do SIWZ), e) oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 10 SIWZ, f) dowód wniesienia wadium.

W zakresie szczegółowego zarzutu pierwszego przedstawionego poniżej. Zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 do SIWZ, który wypełniony i podpisany miał zostać załączony wraz z ofertą należało w poz. II podać pod tabelą w ramach Specyfikacji oferowanej macierzy: po pierwsze producenta oferowanej macierzy dyskowej, po drugie: „*Jednoznaczne oznaczenie producenta (nazwa, typ, model etc.) (...)*”. Przystępujący podał w swojej ofercie w ramach Specyfikacji oferowanej macierzy: po pierwsze producenta: NetApp, po drugie jednoznaczne oznaczenie producenta (nazwa, typ, model etc): E5400. Przedmiotem sporu między stronami, było czy takie oznaczenie stanowi wystarczająco jednoznaczne oznaczenie producenta w zakresie zaoferowanej macierzy dyskowej, a ściśle zaoferowanego modelu tej macierzy. Ostatecznie wobec istnienia sporu czy wskazane w ofercie Przystępującego (str. 7 oferty) E5400 jest oznaczeniem modelu, czy też oznaczeniem całej rodziny w ramach której wyróżnia się podtypy, czyli modele zasadnicze E5460, E5424, E5412 zadano powołanemu biegłemu pytanie nr 1: Czy oznaczenie E5400 identyfikuje w sposób jednoznaczny konkretny model macierzy dyskowej firmy NetApp, czy też takimi identyfikatorami modelu macierzy są dopiero symbole E5460, E5424, E5412? Odpowiedź biegłego w zakresie niniejszego pytania była negatywna. Przy czym w ramach kontroli sporządzonej opinii odniósł się biegły do zastrzeżeń Przystępującego i Zamawiającego, podtrzymując swoje stanowisko w pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego oraz na rozprawie 30.09.2013 r. (np. odpowiedź na pytanie 1 z listy pytań przesłanych przez Zamawiającego

przed rozprawą). Podał również definicje pojęcia „modelu” – odpowiedź na pytanie 13 (z listy pytań przesłanych przez Zamawiającego przed rozprawą). Jednocześnie stwierdził również w ramach odpowiedzi na te same pytanie, że: „(...) sposób nazewnictwa pojęcia „model” jest różny w zależności od danej firmy, w tym zakresie firma NetApp jest niekonsekwentna (...)”. W ramach odpowiedzi na dodatkowe pytanie 7 Przystępującego zadane na rozprawie 30.09.2013 r. (ostatnie zadane pytanie), biegły stwierdził w kontekście zadanego pytania, że pojęcie modelu zostało użyte w formularzu ofertowym, brak jest definicji w SIWZ.

W zakresie szczegółowego zarzutu drugiego przedstawionego poniżej. Zamawiający w poz. II Komponent sprzętowy - macierz dyskowa, spełniająca poniższe wymagania techniczne, pkt 14 (nazwa komponentu - Interfejsy iSCSI) załącznika nr 1 do SIWZ wskazał – wymagania techniczne: „*Min. 4 aktywne interfejsy Gigabit Ethernet (min. 2 interfejsy GE na kontroler)*”. Zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 do SIWZ, który wypełniony i podpisany miał zostać załączony wraz z ofertą należało w poz. II podać pod tabelą w ramach Specyfikacji oferowanej macierzy: Ilość aktywnych interfejsów iSCSI (GE). Przystępujący w ramach swojej oferty zaoferował w tym zakresie: 4 interfejsy 1/10 Gbit (str. 7 oferty). Przedmiotem sporu między stronami, było to czy macierz dyskowa: E5400 dostarczana jest z interfejsami wyłącznie w standardzie 10 Gigabit Ethernet, czy też istnieje możliwość podłączenia w standardzie 1 Gigabit Ethernet. Ostatecznie wobec istnienia sporu czy istnieje możliwość przekonfigurowania interfejsów, z uwagi na ich wbudowanie w kontrolery zadano powołanemu biegłemu pytanie nr 2: Czy macierze serii E5400 mogą być wyposażone w interfejsy iSCSI 1Gigabit Ethernet? oraz nr 3: Czy w przypadku wyposażenie macierzy serii E5400 w interfejs iSCSI 10Gigabit Ethernet mogą być one podłączone do sieci 1Gigabit Ethernet? Odpowiedź biegłego w zakresie niniejszych pytań była pozytywna, przy czym odpowiedź na pytanie 2 należało odczytywać razem z odpowiedzią na pytanie 3. Przy czym w ramach kontroli sporządzanej opinii odniósł się biegły do zastrzeżeń Przystępującego i Zamawiającego, podtrzymując swoje stanowisko w pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego oraz na rozprawie 30.09.2013 r. (odpowiedź na pytanie 2 z listy pytań przesłanych przez Zamawiającego przed rozprawą: „*Biegły stwierdził, iż nie można wykluczyć, iż interfejs iSCSI pracuje w sieci 1 Gigabit Ethernet.*”, tudzież na pytanie 5 z listy pytań przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą): „Dot. Pkt 2 i 3 Podsumowania opinii: 5. *Czy bazując na informacjach zawartych w podręcznikach technicznych, takich jak: - „Configuring and Maintaining a Storage Array Using the Command Line Interface for Version 10.86” (pol. "Konfiguracja i obsługa macierzy pamięci masowej przy użyciu interfejsu linii komend dla wersji 10.86") (poz. nr 14 z listy dokumentów źródłowych na podstawie których sporządzono opinie) gdzie producent wskazuje w jaki sposób poprzez CLI*

skonfigurować interfejsy 10Gbit Eth do pracy z wydajnością 1Gbit Eth

-NetApp® E-Series Storage Systems, Initial Configuration and Software Installation (pol. "NetApp Pamięć masowa E-Series, wstępna konfiguracja i instalacja oprogramowania") – str. 78 (dowód złożony na rozprawie z dnia 23 lipca 2013 r. przez ADT Group Sp. z o.o.) gdzie producent wskazuje w jaki sposób poprzez GUI skonfigurować interfejsy 10Gbit Eth do pracy z wydajnością 1Gbit Eth- NetApp E-Series Storage Systems, E5400 Controller-Drive Tray Installation Guide (pol. "Systemy dyskowe NetApp E-Series, instrukcja instalacji półki kontrolerów E5400") – str. 22, tab. 7 gdzie przedstawiona jest lista przetestowanych przełączników 1Gbit iSCSI oraz 10Gbit iSCSI do pracy z macierzą NetApp E5400 można stwierdzić, że macierz NetApp E5400 wyposażona w interfejsy iSCSI 10Gbit Eth pozwala na pracę z wydajnością 1Gbit iSCSI oraz na podłączenie do sieci iSCSI 1Gbit Eth?

W zakresie tiretu 1 stwierdza, że dotyczy on opisu poleceń systemu operacyjnego macierzy, które mogą być szersze niż to, co oferuje sama macierz. Co do tiretu 2 i 3 przedstawiona w pytaniu argumentacja jest przekonująca. W zakresie możliwości podłączenia hostów do macierzy 1GB."

W zakresie szczegółowego zarzutu trzeciego przedstawionego poniżej. Zamawiający w poz. II Komponent sprzętowy - macierz dyskowa, spełniająca poniższe wymagania techniczne, pkt 5 (nazwa komponentu – Obsługiwane poziomy RAID) załącznika nr 1 do SIWZ wskazał – wymagania techniczne: „(...) RAID 0, RAID 1, RAID 5, RAID 6, RAID 10 (...) W ramach macierzy mogą funkcjonować równocześnie grupy dysków zabezpieczone różnymi poziomami RAID”. Dodatkowo w pkt 13 (nazwa komponentu – Funkcjonalności macierzy wraz z dostarczonym oprogramowaniem) załącznika nr 1 do SIWZ określił – wymagania techniczne: „

- *Thin-provisioning - dla zadeklarowanych woluminów musi istnieć funkcjonalność wykorzystywania przestrzeni dyskowej w rozmiarze dynamicznie ograniczonym do ilości danych zapisanych na tych woluminach, funkcjonalność ta musi być dostarczona dla maksymalnej możliwej pojemności macierzy*
- *Macierz musi posiadać funkcjonalność tworzenia natychmiastowych kopii migawkowych (flash copy / point-in-time copy / snapshot) z woluminów, przy czym zasoby źródła oraz kopii migawkowej mogą zajmować przestrzeń na grupach dysków różnych technologicznie, zabezpieczonych różnymi poziomami RAID, a wielkość przestrzeni zajęta przez kopię migawkową musi uwzględniać thin-provisioning źródłowego woluminu,*
- *Maksymalna ilość jednocześnie funkcjonujących kopii migawkowych nie może być mniejsza, niż 256,*

- *Macierz musi wspierać sprzętowo i programowo oprogramowanie do wirtualizacji z poz. III, w szczególności operacje przenoszenia on-line pracujących maszyn wirtualnych między dyskami logicznymi,*
- *Oprogramowanie macierzy dostarczone z nośnikami instalacyjnymi i odpowiednimi licencjami.”*

Przystępujący złożył oświadczenie w ramach oferty, że: „Oferowana macierz spełnia w całości wszystkie wymagania określone w punktach od 1 do 16.” (str. 8 oferty).

Przedmiotem sporu między stronami podczas rozprawy w dniu 23.07.2013 r., było to czy zaoferowana macierz dyskowa realizuje funkcjonalność „Thin-provisioning” dla zadeklarowanych woluminów utworzonych dla poziomu RAID: 0,1,5,6,10. W ocenie Odwołującego (rozparwa z dnia 23.07.2013 r.) spełnienie tej funkcjonalności jest możliwe tylko przy specjalnym poziomie RAID DDP. Nadto, podnosił kwestie: „(...) pkt 3 z pisma Przystępującego z dnia 18.07.2013 r. załączonego do odpowiedzi na odwołanie. W ocenie Odwołującego, z niniejszego punktu wynika, że mamy do czynienia z dwoma typami wolumenów, tj. wolumenem typu standard oraz typu Thin – provisioning. W tym zakresie Odwołujący, przywołuje zdanie trzecie z pkt 3 uznając, że należy je odczytywać w ten sposób, że tylko standard zapewnia funkcjonalność RAID: 0,1,5,6,10, wymaganą przez Zamawiającego.”. Zamawiający stwierdzał, że: „(...) chodzi o spełnienie tej funkcjonalności dla zadeklarowanego wolumenu oraz z dostarczonym oprogramowaniem. Zamawiający stwierdza, iż zamierzał pobierać maksymalną ilość danych i taką możliwość uzyskać, tym bardziej biorąc pod uwagę zaoferowane oprogramowanie do wizualizacji w poz. III. Powyższą wiedzę opiera o oświadczenie producenta z 15.07.2013 r. załączone do odpowiedzi na odwołanie.”. Przystępujący stwierdzał, że: „(...) definicja funkcjonalności Thin – provisioning jest inna u producenta NetApp niż definicja przygotowana przez Zamawiającego w specyfikacji w pkt 13 załącznika nr 1 do SIWZ poz. II, gdyż zgodnie z nią producent uważa, iż funkcjonalność Thin – provisioning to możliwość utworzenia większej przestrzeni logicznej niż fizyczna pojemność dysku. W konsekwencji stwierdza, że dokument przedłożony należy odczytywać w kontekście definicji przyjętej przez producenta. Wskazuje, że biorąc pod uwagę oświadczenie producenta zawarte w pkt 3 pisma z 15.07.2013 r. Niniejsza funkcjonalność w rozumieniu przyjętym na potrzeby przedmiotowego przetargu przez Zamawiającego jest spełniona przy wolumenie standard. Przystępujący podnosił również, że należy to rozpatrywać także w zakresie zaoferowania oprogramowania do wirtualizacji, biorąc pod uwagę niniejsze oprogramowanie, potwierdza to spełnienie wymogu przyjęte przez Zamawiającego.”. Odwołujący podnosił także, że: „Odnosnie ewentualnej możliwości wykorzystania zewnętrznego oprogramowania do wirtualizacji, to po pierwsze świadczy to o tym, że bez tego oprogramowania funkcjonalność ta nie jest spełniona, zwraca uwagę, iż w pkt 13 Załącznika nr 1 do SIWZ poz. II, mowa jest

o samej macierzy, czyli o funkcjonalności macierzy, a nie zewnętrznym oprogramowaniu. Ponadto w ocenie Odwołującego, również oświadczenie producenta z pkt 3 (pismo z dnia 15.07.2013 r.) potwierdza jego argumentację. Względem kwestii związanej z funkcjonalnością Thin – provisioning w ramach standardowego poziomu RAID podtrzymuje swoje stanowisko, iż nie ma takiej możliwości, z uwagi na istniejącą architekturę. (...)”. Ostatecznie wobec istnienia sporu w przedstawionym zakresie, różnic definicyjnych zadano powołanemu biegłemu pytanie nr 4: Czy funkcjonalność Thin – provisioning rozumiana w sposób zdefiniowany przez Zamawiającego w pkt 13 poz. II OPZ może być zrealizowany dla woluminów na poziomie RAID 0,1,5,6,10 na macierzach dyskowych serii E5400? Odpowiedź biegłego w zakresie niniejszego pytania była negatywna i została udzielona w kontekście zadanego pytania. Odnosiła się do wolumenu standardowego oraz rozszerzonego, stwierdzając w konkluzji, że funkcjonalność Thin – provisioning działa jedynie dla woluminów posadowionych na dyskach działających w trybie RAID 6. Przy czym w ramach kontroli sporządzonej opinii odniósł się biegły do zastrzeżeń Przystępującego i Zamawiającego, podtrzymując swoje stanowisko w pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego oraz na rozprawie 30.09.2013 r. (przykładowo odpowiedź na pytanie 3, 8, 10, 32 z listy pytań przesłanych przez Zamawiającego przed rozprawą, ewentualnie odpowiedź na pytanie 12 z listy pytań przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą). Uznając *de facto*, że możliwe jest osiągnięcie docelowej funkcjonalności podobnej do: „(...) klasycznego thin provisioningu, z jednym zastrzeżeniem: automatyczne rozszerzanie pojemności woluminu nie jest realizowane przez samą macierz, lecz wymaga zewnętrznego serwera i odpowiedniego do tego oprogramowania lub musi zostać wykonane ręcznie. (...) W powyższych okolicznościach nie można twierdzić, że dzięki możliwości rozszerzania woluminów „w locie” (DVE) macierz jest wyposażona w thin provisioning w sensie SIWZ, gdyż do osiągnięcia funkcjonalności analogicznej do klasycznego thin provisioningu niezbędne jest dodatkowe urządzenie i oprogramowanie.” (str. 15 pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego). Inaczej mówiąc spór sprowadził się do tego, czy w pkt 13 poz. II załącznika nr 1 do SIWZ jest mowa o oprogramowaniu zewnętrznym, czy też oprogramowaniu macierzy. Rozprawa w dniu 30.09.2013 r. powyższe dodatkowo unaoczniała - odpowiedź na dodatkowe pytanie 3 z poza listy pytań przesłanych przez Zamawiającego przed rozprawą: „3. Czy w kontekście całości systemu (macierzy i serwerów), nie jest możliwe osiągnięcie funkcjonalności thin provisioning dla woluminów standardowych, przy wykorzystaniu oprogramowania serwerowego dostarczonego przez producenta?

Jest możliwość osiągnięcia funkcjonalności zbliżonej do thin provisioning, ale nie będzie to samo co thin provisioning realizowane z poziomu macierzy. Biegły stwierdza, że wymagania

*będące przedmiotem sporu dotyczą macierzy dyskowej, a nie całości systemu.”, tudzież dodatkowe pytanie 1, 2 i 3 z poza listy pytań przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą): „W ocenie biegłego, Zamawiający wykluczył możliwość wskazaną w pytaniu przez Przystępującego, poprzez użycie sformułowania *thin provisioning*, oraz zawarcie tego wymagania w OPZ dla macierzy dyskowej, a tak przynajmniej wymagania te postrzegaliby wszyscy profesjonalni użytkownicy rynku. W ocenie biegłego, gdyby było tak, jak wynikałoby z pytania Przystępującego wystarczyłoby, aby Zamawiający w SIWZ zażądał możliwości zwiększania pojemności woluminów, bez przerywania korzystania z nich. Biegły stwierdził, że poprzez użycie sformułowania *thin provisioning* Zamawiający wykluczył możliwość zastosowania oprogramowania lub manualnego zwiększania pojemności woluminów.”; „Biegły odpowiada, że jest to zawarte w poz. II, pkt 13, tiret 1, pierwsze słowo - *thin provisioning*, załącznik nr 1 do SIWZ.”; „Biegły odpowiada, że jest to zawarte w poz. II, pkt 13, tiret 1, pierwsze słowo - *thin provisioning*, załącznik nr 1 do SIWZ.”.*

W zakresie szczegółowego zarzutu czwartego przedstawionego poniżej. Zamawiający w poz. II Komponent sprzętowy - macierz dyskowa, spełniająca poniższe wymagania techniczne, pkt 14 (nazwa komponentu – Możliwości rozszerzenia funkcjonalności) załącznika nr 1 do SIWZ wskazał – wymagania techniczne: „(...) *Macierz musi umożliwiać rozbudowę o możliwość ciągłej wymiany i synchronizacji danych na odległość z inną macierzą tego samego typu*”. Dodatkowo w pkt 13 (nazwa komponentu – Funkcjonalności macierzy wraz z dostarczonym oprogramowaniem) załącznika nr 1 do SIWZ określił – wymagania techniczne: „

- *Thin-provisioning - dla zadeklarowanych woluminów musi istnieć funkcjonalność wykorzystywania przestrzeni dyskowej w rozmiarze dynamicznie ograniczonym do ilości danych zapisanych na tych woluminach, funkcjonalność ta musi być dostarczona dla maksymalnej możliwej pojemności macierzy*
- *Macierz musi posiadać funkcjonalność tworzenia natychmiastowych kopii migawkowych (flash copy / point-in-time copy / snapshot) z woluminów, przy czym zasoby źródła oraz kopii migawkowej mogą zajmować przestrzeń na grupach dysków różnych technologicznie, zabezpieczonych różnymi poziomami RAID, a wielkość przestrzeni zajęta przez kopię migawkową musi uwzględniać thin-provisioning źródłowego woluminu,*
- *Maksymalna ilość jednocześnie funkcjonujących kopii migawkowych nie może być mniejsza, niż 256,*
- *Macierz musi wspierać sprzętowo i programowo oprogramowanie do wirtualizacji z poz. III, w szczególności operacje przenoszenia on-line pracujących maszyn wirtualnych między dyskami logicznymi,*

- *Oprogramowanie macierzy dostarczone z nośnikami instalacyjnymi i odpowiednimi licencjami.*

Przystępujący złożył oświadczenie w ramach oferty, że: *„Oferowana macierz spełnia w całości wszystkie wymagania określone w punktach od 1 do 16.”* (str. 8 oferty).

Przedmiotem sporu między stronami podczas rozprawy w dniu 23.07.2013 r., było to czy biorąc pod uwagę wymogi z pkt 14 i 13 poz. II załącznika nr 1 do SIWZ, możliwość wymiany i synchronizacji danych na odległość dotyczy wszystkich woluminów i kopii migawkowych, nie tylko wolumenu standardowego, ale także Thin-provisioning. Ostatecznie wobec istnienia sporu w przedstawionym zakresie, argumentacji, która odnosiła się jedynie do wolumenu standardowego, zadano powołanemu biegłemu pytanie nr 5: Czy dla macierzy dyskowych serii E5400 firmy NetApp istnieje możliwość wykonywania ciągłej wymiany i synchronizacji danych z inną macierzą dla woluminów i kopii migawkowych w Thin-provisioning'u? Odpowiedź biegłego w zakresie niniejszego pytania była negatywna (opinia z dnia 31.08.2013 r. – str. 7-8). Została ona także podtrzymana w pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego (str.15) oraz na rozprawie 30.09.2013 r. (odpowiedź na pytanie 12 z listy pytań przesłanych przez Zamawiającego przed rozprawą: *„Biegły stwierdza w odpowiedzi na pytanie, że kwestia kopii migawkowych woluminów ma charakter wtórny, istotna jest odpowiedź na pytanie zadane w zakresie pierwotnej opinii, to znaczy czy istnieje możliwość ciągłej wymiany i synchronizacji danych dla woluminów „thin –provisioningu”, odpowiedź ta była negatywna.”*, tudzież na pytanie 5 z listy pytań przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą: *„Biegły ponawia odpowiedź z pierwotnej opinii, funkcja mirroringu synchronicznego nie działa dla woluminów typu Thin.”*, czy też na pytanie 18 z listy pytań przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą: *„Odpowiedź: Nie, gdyż nie ma tu ciągłej wymiany i synchronizacji danych z inną macierzą, gdyż automatyczny i natychmiastowy to nie to samo co ciągły.”*). Nadto potwierdza to też odpowiedź z rozprawy z dnia 30.09.2013 r. na dodatkowe pytanie nr 5 Odwołującego z poza listy: *„Biegły ponawia odpowiedź z pierwotnej opinii, funkcja mirroringu synchronicznego nie działa dla woluminów typu Thin.”*, tudzież odpowiedź na dodatkowe pytanie nr 6 Przystępującego z poza listy: *„Odpowiedź brzmi nie, gdyż "ciągły" nie znaczy "natychmiastowy" i "automatyczny". Opisane w pytaniu niniejszym, oraz w pytaniu Przystępującego 14-17 rozwiązanie to co innego, niż ciągła wymiana i synchronizacja z inną macierzą. Jest to tylko chwilowy stan synchronizacji.”*

W zakresie szczegółowego zarzutu piątego przedstawionego poniżej. Zamawiający w poz. II Komponent sprzętowy - macierz dyskowa, spełniająca poniższe wymagania techniczne, pkt 1 (nazwa komponentu – Obudowa) załącznika nr 1 do SIWZ wskazał – wymagania techniczne: „

- *Do montażu w standardowej szafie typu „Rack” 19”, wyposażona w odpowiednie szyny i elementy mocujące,*
- *Dwie półki dyskowe,*
- *Maksymalna wysokość macierzy wraz z półkami dyskowymi nie może być większa, niż 7U.”.*

Dodatkowo w poz. II pkt 6 (nazwa komponentu – Dyski na półce 1) załącznika nr 1 do SIWZ wskazał – wymagania techniczne: *„24 jednakowe dyski hot-plug 2,5” SAS min. 6Gb/s z 2 redundantnymi interfejsami, o pojemności minimum 600GB i prędkości obrotowej minimum 10000 rpm każdy”,* tudzież w pkt 7 (nazwa komponentu – Dyski na półce 2) załącznika nr 1 do SIWZ wskazał – wymagania techniczne: *„12 jednakowych dysków hot-plug typu Near-Line SAS, z 2 redundantnymi interfejsami, o pojemności minimum 3TB i prędkości obrotowej minimum 7200 rpm każdy”.* Nadto, w pkt 8 (nazwa komponentu – Możliwość rozbudowy pojemności dyskowej) załącznika nr 1 do SIWZ wskazał – wymagania techniczne: *„macierz wraz z zainstalowanymi kontrolerami musi mieć możliwość obsługi łącznie min. 240 dysków SSD, SAS, Near-Line SAS przez doinstalowanie dodatkowych półek z dyskami”.* Przystępujący w ramach swojej oferty zaoferował względem: Dyski na półce 1: pojemność 600 GB, prędkość obrotowa 10 000 rpm; Dyski na półce 2: pojemność 3 TB, prędkość obrotowa 7200 rpm, Ilość kontrolerów: 2 (str. 7 oferty). Poza tym wskazał – Wysokość całej macierzy w szafie rack 19": 4 U (str. 8 oferty). W toku rozprawy w dniu 23.07.2013 r. Odwołujący podnosił, że: *„W zakresie wymogu zaoferowania konfiguracji spełniającej wymagania SIWZ posiadania wysokości 4U, czyli rozbudowy do 240 dysków oraz możliwości instalacji dysków SSD.(...) Wyjaśnia, iż dyski SSD to półprzewodniki bazujące na pamięci flash, w odróżnieniu od dysków twardych obrotowych, których zapis odbywa się na „talerzu”. Wyjaśnia, iż w ramach rodziny macierzy (...) nie mogą być dyski SSD instalowane w dodatkowych półkach dyskowych, ale tylko i wyłącznie w module głównym”.* Zamawiający podnosił z kolei, że z dowodów przedłożonych na rozprawie w dniu 23.07.2013 r. wynika możliwość: *„(...) dostosowania ilości półek i innych parametrów, tak jak wymagał Zamawiający, czyli złożenia de facto produktu, który został zaoferowany. Powyższe również potwierdza informacja z dowodu nr 2 z fragmentu nie przetłumaczonego „Common Features” – wszystkie półki startowe, z takich samych kontrolerów pamięci, dowolne półki w dowolnej konfiguracji.”* Na analogiczny element wskazywał także Przystępujący. Odwołujący podnosił także, iż: *„(...) w odwołanie odnosił się do kwestii rozbudowy macierzy o dodanie dodatkowych półek dyskowych do 240 dysków, w tym zakresie chodziło o brak możliwości dysków SSD. Wyjaśnia, że brak jest takiej możliwości gdyż parametry techniczne są tego rodzaju, że nie można przeprowadzić konfiguracji, gdyż dysk SSD ma swoiste uwarunkowania konstrukcyjne. (...) Odwołujący wskazuje również na marginesie, że ewentualne dodanie do modułu podstawowego dwóch dodatkowych półek powoduje, iż*

mamy do czynienia z wysokością macierzy nie 4U, a 6U. Podnosi, iż wymagania z pkt 6 i 7 Załącznika nr 1 do SIWZ poz. II stanowią moduł podstawowy. Konieczny byłby również moduł dodatkowy skutkowałoby to tym, iż mamy do czynienia z macierzą o wysokości 6U. Ostatecznie wobec istnienia sporu w przedstawionym zakresie, zadano powołanemu biegłemu pytanie nr 6: Czy jakkolwiek model macierzy serii E5400 firmy NetApp zainstalowanymi 24 dyskami 600 GB 2,5" SAS 10000 rpm i 12 dyskami 3TB 3,5" Near-Line SAS 7200 rpm dwóch półkach dyskowych posiada możliwość rozbudowy do 240 dysków SSD poprzez doinstalowanie półek z dyskami DE660, DE5600, DE1600? Odpowiedź biegłego w zakresie niniejszego pytania była negatywna (opinia z dnia 31.08.2013 r. – str. 8-9). Przy czym w pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego (str.15 -16) oraz na rozprawie 30.09.2013 r. biegły ostatecznie zweryfikował swoje stanowisko na pozytywne. Podczas rozprawy w dniu 30.09.2013 r. stwierdził - odpowiedź na pytanie 5, 6, 7 z listy pytań przesłanych przez Odwołującego przed rozprawą: *„Biegły stwierdził, iż ograniczeniem przepustowości macierzy z dyskami SSD jest wydajność kontrolera. W miarę zwiększania obciążenia, do pewnego momentu, okaże się, iż przepustowość macierzy nie rośnie, nawet jeśli zwieszać będziemy ilość zamontowanych dysków SSD.”*; *„Zainstalowanie większej ilości dysków SSD spowoduje, iż ich wydajność nie będzie wykorzystywana w stopniu proporcjonalnym do możliwości, jakie te dyski dają. Dodatkowo biegły stwierdził, że zjawisko spadku wydajności macierzy spowodowanego zainstalowaniem większej niż optymalna liczby dysków SSD nie jest biegłemu znana. Optymalna liczba dysków SSD jest powiązana z wielkością podręcznej pamięci kontrolera.”*; *„Biegły stwierdził, za swoimi pisemnymi wyjaśnieniami, że informacje producenta w zakresie obsługi do 24 dysków SSD są niespójne. Z jednej bowiem strony nie dopuszczają takiej możliwości w materiałach reklamowych, a z drugiej strony w wielu miejscach przewija się taka możliwość.”* W ramach odpowiedzi na pytanie 19 i 20 z listy pytań przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą: *„Dokumenty te nie zawierają informacji o ograniczeniach instalowania dysków SSD. Biegły podtrzymuje swoje stanowiska z odpowiedzi na inne pytanie udzielone wcześniej, że materiały producenta są niekonsekwentne.”*; *„Biegły stwierdził, że dokumentacja jest niejednoznaczna, w pewnych fragmentach potwierdza, a w pewnych neguje możliwość wynikającą z pytania.”*

W zakresie szczegółowego zarzutu szóstego przedstawionego poniżej. Zamawiający wskazał w ramach tzw. Cech ogólnych komponentów System: w pkt 5 załącznika nr 1 do SIWZ, że: *„Wszystkie komponenty sprzętowe muszą pochodzić z oficjalnego kanału dystrybucji producenta na terenie Unii Europejskiej, oraz (niezależnie od gwarancji Wykonawcy) muszą posiadać gwarancję producenta z serwisem świadczonym przez sieć serwisową producenta na terenie Polski, w miejscu instalacji sprzętu.”* Przystępujący zawarł

w ramach swojej oferty, że oferuje komponenty sprzętowe (str. od 3 do 8 oferty) następujących producentów DELL (str. 5 oferty) i NetApp (str. 8 oferty), zarazem wskazując na analogicznych stronach swojej oferty 36 miesięczny okres gwarancji. Nadto zawarł w ramach formularza oferty (przedłożonego według wzoru – stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt 8, że: „(...) całość zamówienia wykonamy własnymi siłami”, jednocześnie wykreślając element formularza oferty dotyczący korzystania z podwykonawców (str. 12 oferty). W ramach załącznika nr 7 do SIWZ, stanowiącego projekt umowy określono w § 6 ust. 9, że: „Wykonawca oświadcza, że niezależnie od gwarancji Wykonawcy, wynikającej z niniejszej umowy, dostarczony sprzęt objęty jest w całym okresie gwarancyjnym gwarancją producentów komponentów Systemu z serwisem świadczonym na terenie Polski w miejscu instalacji.”.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty firmy ADT Group Sp. z o.o., czyli Przystępującego, Izba uznała generalnie w/w zarzut za zasadny. Odnośnie przywołanych w ramach wskazanego zarzutu głównego następujących zarzutów szczegółowych:

- 1) Oferta Przystępującego nie zawiera jednoznacznego oznaczenia macierzy dyskowej poprzez wskazanie modelu oferowanego urządzenia, mimo wymogu, w tym zakresie wynikającego z formularza, tj. konieczności wypełnienia i podpisania „Opisu przedmiotu zamówienia/opisu systemu” – wg. załącznika nr 1 do SIWZ, poz. II, Specyfikacja macierzy pod tabelą, Jednoznaczne oznaczenie producenta (zarzut podlega oddaleniu);
- 2) Zaoferowania macierzy dyskowej, która nie jest wyposażona w interfejsy iSCSI 1 GIGABIT ETHERNET (zarzut podlega oddaleniu);
- 3) Nie realizowania przez zaoferowaną macierz dyskową funkcjonalności Thin-provisioning dla zadeklarowanych wolumenów dla poziomu RAID: 0,1,5,6,10 (zarzut uwzględniony);
- 4) Nie realizowania przez zaoferowaną macierz dyskową możliwości ciągłej wymiany i synchronizacji danych na odległość z inną macierzą dla woluminów i kopii migawkowych w „Thin-provisioningu” (zarzut uwzględniony);
- 5) Braku możliwości obsługi przez zaoferowaną macierz dyskową łącznie minimum 240 dysków SSD, SAS, Near – Line SAS (zarzut podlega oddaleniu);
- 6) Braku wskazania w formularzu ofertowym korzystania z usług podwykonawcy, mimo, że usługi gwarancyjno-serwisowe będą świadczone przez producentów zaoferowanego sprzętu (zarzut podlega oddaleniu).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie pierwszego ze szczegółowych zarzutów, Izba uznała, że generalnie mimo stwierdzenia przez biegłego (w ramach opinii z 31.08.2013 r. /str. 5/, jak i w pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego /str. 11-14/ oraz na rozprawie 30.09.2013 r.), że wskazanie modelu E5400 nie stanowi oznaczenie modelu, czyli inaczej mówiąc nie stanowi jednoznacznego oznaczenia zaoferowanej macierzy dyskowej, co także wydaje się zgodne z zasadami logiki, gdyż każda zmiana parametrów tworzy inny model, a określony przyjęty poziom szczegółowości przez Przystępującego pozwala na dostosowanie, na etapie realizacji zamówienia, produktu finalnego do ostatecznych potrzeb Zamawiającego, potwierdził również, że z dokumentacji producenta macierzy nie wynika definicja modelu, nadto potwierdził, że sposób nazewnictwa pojęcia „model” jest różne w zależności od danej firmy, a w zakresie tym firma NetApp jest niekonsekwentna. Powyższa niekonsekwencja, raz nazywanie modelem całego zbioru podtypów macierzy (E5400), raz uznawanie za model konkretny podtyp (np. E5424), jak również biorąc pod uwagę, że w przywołanym w ustaleniach faktycznych dla niniejszego zarzutu szczegółowego powyżej, fragmencie postanowień SIWZ brak jest definicji „modelu” określonego przez Zamawiającego, zaś znajdują się tam także niedookreślone i nieprecyzyjne, a zarazem wieloznaczne sformułowanie „etc.”, czyni konieczność uznania, że nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść uczestników biorących udział w postępowaniu, w tym także Przystępującego.

W zakresie drugiego ze szczegółowych zarzutów, Izba uznała, należy wziąć pod uwagę w sposób zbiorczy odpowiedź udzieloną przez biegłego na pytanie 2 i 3 w ramach opinii z 31.08.2013 r. (str. 5-6), podtrzymane w pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego (str. 9 i 14) oraz na rozprawie 30.09.2013 r. W ocenie Izby, stanowisko biegłego jest spójne i nie budzi żadnych wątpliwości. Biegły potwierdził, że interfejs 10 GIGABIT ETHERNET może także działać w trybie 1 – gigabitowym. Powyższe znalazło potwierdzenie także na rozprawie w dniu 30.09.2013 r. (odpowiedź na pytanie 2 z listy pytań przesłanych przez Zamawiającego przed rozprawą, tudzież na pytanie 5 z listy pytań przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą).

W zakresie trzeciego ze szczegółowych zarzutów, Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut. Ponowna analiza postanowień SIWZ, daje podstawę do nie podzielnia stanowiska Zamawiającego i Przystępującego. Biegły nie rozszerzył sformułowania z pkt 13 poz. II

załącznika nr 1 do SIWZ. Po to tworzy się opis przedmiotu zamówienia, aby spełniał on określoną rolę, nie można twierdzić, że istnieje inny sposób uzyskania wymaganej przez Zamawiającego danej funkcjonalności, skoro Zamawiający w poz. II opisu przedmiotu zamówienia określił dane wymogi dotyczące macierzy dyskowej. Nie można następnie relatywizować, i twierdzić, że są one bez znaczenia, gdyż można uzyskać oczekiwaną funkcjonalność nie poprzez macierz dyskową, ale poprzez całość systemu, tj. oprogramowanie dla całości systemu lub manualne zwiększenie pojemności woluminów. Albo tworzy się określony opis przedmiotu zamówienia, albo formuluje się ogólny wymóg i pozostawia sposób jego uzyskania inwencji Wykonawców. Niedopuszczalne jest zmienianie sposób podejścia w zależności od zaistniałych okoliczności. W konsekwencji funkcjonalność „Thin-provisioningu” zaoferowanej macierzy dyskowej działa jedynie dla woluminów posadowionych na dyskach działających w trybie RAID 6 stanowiących tzw. „disk pool”. Powyższe znalazło także potwierdzenie w przywołanych względem niniejszego zarzutu szczegółowych ustaleniach faktycznych, tj. odpowiedziach na przywołane w tych ustaleniach pytania zadane biegłemu podczas rozprawy w dniu 30.09.2013 r., tak w zakresie udzielonej odpowiedzi na zadane biegłemu pytanie nr 4 na które udzielił odpowiedzi w opinii z 30.08.2013 r. (str. 6-7) oraz podtrzymał w pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego (str. 9 oraz 14-15), jak i w odniesieniu do możliwości zaoferowania dodatkowego zewnętrznego oprogramowania lub działań manualnych, które Zamawiający nie dopuścił. W ocenie Izby, uwzględnienie niniejszego zarzutu było decydującym czynnikiem, który skutkowało uwzględnieniem całego odwołania.

W zakresie czwartego ze szczegółowych zarzutów, Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut. W tym zakresie, Izba oparła się na stanowisku biegłego wyrażonym w ramach odpowiedzi na pytanie 5 w ramach opinii z 31.08.2013 r. (str. 7-8), podtrzymanym w pisemnych wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego (str. 15) oraz na rozprawie 30.09.2013 r. Biegły stwierdził, że ciągła wymiana i synchronizacja, czyli nieprzerwana ma bezwzględnie miejsce w przypadku mirroringu synchronicznego, w przypadku mirroringu asynchronicznego synchronizacja macierzy zaoferowanej odbywa się okresowo, a więc co pewien czas, tj. z przerwami/odstępami wyznaczonymi konfiguracją tej funkcji. Operacja synchronizacji jest więc realizowana co pewien interwał czasowy, a więc nie ciągle. Nadto, funkcja synchronicznego tworzenia lustrzanej kopii może jednak być realizowana tylko dla tzw. woluminów standardowych, a więc nie dla woluminów z „Thin-provisioningiem”. Powyższe znalazło potwierdzenie także, jak już podnoszono, na rozprawie w dniu 30.09.2013 r. (odpowiedź na pytanie 12 z listy pytań przesłanych przez Zamawiającego przed rozprawą, tudzież na pytanie 5 z listy pytań

przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą; czy też na pytanie 18 z listy pytań przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą). Nadto, potwierdza to też odpowiedź z rozprawy z dnia 30.09.2013 r. na dodatkowe pytanie nr 5 Odwołującego z poza listy, tudzież odpowiedź na dodatkowe pytanie nr 6 Przystępującego z poza listy. Biegły w niniejszym zakresie oparł swoje stanowisko na znajdujących się w jego dyspozycji wiadomościach specjalnych, w konsekwencji brak wskazania w postanowieniach SIWZ definicji pojęcie ciągłej wymiany i synchronizacji danych jest bez znaczenia dla przedmiotu sporu, gdyż dokonana wykładnia mieści się w znaczeniu pojęciowym powszechnie stosowanym w tej materii.

W zakresie piątego ze szczegółowych zarzutów, Izba oddaliła przedmiotowy zarzut. W tym zakresie, przedmiotem sporu była kwestia możliwości rozbudowy do 240 dysków SSD. Względem powyższego, Izba wskazuje, że biegły ostatecznie w ramach w wyjaśnieniach biegłego z dnia 23.09.2013 r., tzw. pisemnej uzupełniającej opinii biegłego (str. 15-16) oraz na rozprawie 30.09.2013 r., po jak to ujął: „*przeprowadzeniu wywiadu środowiskowego*” (str. 16 przywołanych wyjaśnień) stwierdził, że istnieje możliwość zainstalowania 240 dysków SSD w zaoferowanej macierzy. Potwierdził powyższe także podczas rozprawy w dniu 30.09.2013 r. - odpowiedź na pytanie 5, 6 i 7 z listy pytań przesłanych przez Odwołującego przed rozprawą, jak i w ramach odpowiedzi na pytanie 19 i 20 z listy pytań przesłanych przez Przystępującego przed rozprawą.

W zakresie szóstego ze szczegółowych zarzutów, Izba oddaliła przedmiotowy zarzut. Izba podziela stanowisko Przystępującego wynikające z orzecznictwa, zgodnie z którym: *„autoryzowany usługodawca (...) wskazany do świadczenia usług serwisowych (..) nie może być uznany jako podwykonawca wykonawcy składającego ofertę”* (za wyrokiem KIO z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 66/07). Uznając, że usługi gwarancyjno – serwisowe producenta sprzętu stanowią element zobowiązania Wykonawcy, który nie jest wyodrębniony w ramach zamówienia, inaczej mówiąc naprawa sprzętu przez producenta nie jest objęta sensu stricte przedmiotem prowadzonego postępowania, gdyż serwis gwarancyjny stanowi element produktu, będąc z nim nierozdzielnie związany. Nadto, za orzecznictwem Izba podnosi, że: *„Odwołujący wykazuje, że producentem oferowanego przez X automatycznego wstrzykiwacza środka cieniującego, nie jest firma X, zatem jako podwykonawca w tym zakresie powinien być wskazany producent tego sprzętu. Skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska firmy X prezentowanego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, że nadinterpretacją byłoby utożsamianie pojęcia "podwykonawcy" z "producentem sprzętu". Za podwykonawcę należy uznać podmiot, czy osobę, której wykonawca będzie powierzał (zlecał) wykonanie określonej dostawy, czy usługi, natomiast za producenta należy uznać osobę lub przedsiębiorstwo produkujące jakieś dobra materialne (za Słownikiem*

Współczesnego Języka Polskiego, pod redakcją A. Sikorskiej-Michalak, 2001 r.). Producentem zatem jest każdy podmiot, który produkuje określone towary w celu sprzedaży ich na rynku. Stawianie znaku równości pomiędzy podwykonawcą, a producentem sprzętu w świetle przytoczonych definicji nie jest zasadne." (wyrok KIO z dnia 18.02.2008 r., KIO/UZP 84/08).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego (w ramach wpisu - § 3 pkt 1 lit. b w/w rozporządzenia) kwotę 13.894,27 zł (z tytułu sporządzenia pisemnej opinii biegłego – 11.323,87 zł oraz z tytułu sporządzenia pisemnych wyjaśnień do opinii biegłego i udziału w rozprawie, czyli ustnej uzupełniającej opinii biegłego w zakresie wskazanym w przesłanych i zadanych na rozprawie pytaniach – 2.570,40 zł) tytułem wynagrodzenia biegłego na podstawie złożonych rachunków, zgodnie z przepisami o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym.

Przewodniczący:

.....