

**WYROK**

**z dnia 21 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 sierpnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę: **ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Marcinowice, ul. J. Tuwima 2, 58 -124 Marcinowice**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca:

**System Data Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 42, 39-300 Mielec** - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica**,  
2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020, 1250, 1265, 1579, 2260 z 2017 r. poz. 933) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozwój e-usług publicznych na obszarze Gminy Marcinowice Część 2: „Modernizacja Infrastruktury sieciowej - zakup wyposażenia serwerowni”, (ogłoszenie w Dz. Urz. UE Nr 2017/S 097-191278 z 20.05.2017 r.) w dniu 7 sierpnia 2017 r. zostało wniesione w postaci elektronicznej odwołanie przez firmę: ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, (dalej zwany także „odwołującym”).

Odwołanie wniesiono wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego na część drugą zamówienia, o której odwołujący powziął wiadomość w dniu 1 sierpnia 2017 r. z zawiadomienia za pośrednictwem faksu. W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu w tym samym terminie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie wniesiono w postępowaniu o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ale dotyczy ono odrzucenia oferty odwołującego na część 2 zamówienia, jest zatem dopuszczalne w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ustawy Pzp złożył w dniu 10 sierpnia 2017 r. po stronie zamawiającego wykonawca: System Data Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, w kopii przekazane stronom. Zgłaszający przystąpienie wnosił o odrzucenie lub oddalenie odwołania, oraz podał, że: „Firma ZETO - ŚWIDNICA Sp. z o.o. zaproponowała w złożonej ofercie bibliotekę taśmową HPE 1/8 G2 z napędem LTO-4 z interfejsem SAS.

*Zamawiający w opisie minimalnych parametrów technicznych biblioteki taśmowej wymagał złącza transmisji danych 6 Gb SAS lub 8Gb FC /zapis w opisie przedmiotu zamówienia - tabela minimalnych parametrów biblioteki taśmowej str. 13, wiersz 4 /.*

*Biblioteka taśmowa zaoferowana przez Odwołującego HPE 1/8 G2 z napędem LTO-4 z interfejsem SAS zgodnie z dokumentacją techniczną producenta /załącznik nr 1/ posiada wyłącznie złącze transmisji danych 3 Gb SAS i tym samym nie spełnia wymagań Zamawiającego zawartych w opisie przedmiotu zamówienia.*

*Odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania w sposób nieświadomy, wynikający z braku dostatecznej wiedzy lub celowy mający za zadanie obronę niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego złożonej przez siebie oferty, myli pojecie złącza z połączeniem złączy.*

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącym „Biblioteki taśmowej wraz z akcesoriami i systemem kopii zapasowych wymagał dostarczenia minimum, cytat.

„Napęd: Min. 1 napęd LTO-4, Zamawiający dopuszcza zastosowanie napędów LTO-5, LTO-6 lub LTO-7, w ofercie podać typ oferowanego napędu" oraz posiadającego cyt. „Złącze transmisji danych: 6 Gb SAS lub 8Gb FC”.

Odwołujący zaproponował bibliotekę taśmową HPE 1/8 G2 LTO4 ze złączem 3Gb SAS co literalnie potwierdził w złożonej ofercie, a Producent HP w karcie katalogowej tego produktu wyraźnie informuje, o parametrach urządzenia.

Kabel SAS przywołany przez Odwołującego nie jest złączem. Jest jedynie elementem łączącym złącza o określonych parametrach, którego celem jest umożliwienie komunikacji pomiędzy złączami /urządzeniami o określonych parametrach/. Nie pozostawia więc najmniejszych wątpliwości, że kabel jest połączeniem między złączami biblioteki taśmowej, a serwerem.

Dodatkowo, wymagane okablowanie do połączenia między biblioteką, a serwerem zostało opisane przez Zamawiającego przy parametrze „Wyposażenie" co dodatkowo potwierdza, że parametr „Złącze transmisji danych" nie odnosi się do kabla SAS, a do złącza posiadanego przez bibliotekę taśmową.

Odwołujący miał możliwość zaoferowania biblioteki taśmowej tego samego producenta /lub innego/ ze złączem transmisji danych 6 Gb SAS, gdyż Zamawiający dopuścił biblioteki taśmowe z napędami LTO-5, LTO-6, LTO-7.

Zgodnie z powyższymi argumentami zaoferowana przez Odwołującego biblioteka taśmowa HPE 1/8 G2 z napędem LTO-4 nie spełnia minimalnych wymagań opisanych przez Zamawiającego w SIWZ i tym samym oferty złożone przez firmę ZETO -ŚWIDNICA Sp. z o.o, jak i KONCEPT Sp. z o.o. zostały prawidłowo odrzucone przez Zamawiającego podczas badania ofert. Załącznik: Wydruk z dokumentacji technicznej producenta biblioteki taśmowej.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę, którego ofertą wybrano na część 2 zamówienia: System Data Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu - do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane. Wykonawca ten ma interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść zamawiającego, tym samym utrzymania w mocy czynności wyboru jego oferty na część drugą zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Marcinowice, że ten wadliwie dokonał wyboru oferty na drugą część zamówienia - wykonawcy System Data Sp. z o.o., gdyż jednocześnie bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, czym naruszył przepisy ustawy z

dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020, 1250, 1265, 1579, 2260 z 2017 r. poz. 933), zwanej „ustawą Pzp”.

Podnosząc wadliwie przeprowadzone czynności zamawiającego, odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 36 ust 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez ich wadliwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że oferta odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada SIWZ, zaś wskazane przez zamawiającego parametry nie znajdują pokrycia w wymaganiach zapisanych w załączniku nr 7.2 do SIWZ.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności, zgodnie z żądaniami, tj.:

1. unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty złożonej w przez odwołującego: ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o. część 2: „Modernizacja Infrastruktury sieciowej - zakup wyposażenia serwerowni”,
2. rozstrzygnięcie o ponoszeniu przez zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Ponadto odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu wyżej wskazanego zamówienia i wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta była pierwszą najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. Tym samym odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że z treści informacji (dowód nr 1), jaka została przesłana przez zamawiającego do wykonawców w dniu 1 sierpnia 2017 r. wynika, że dwie oferty w tym oferta odwołującego została odrzucona, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu swojej decyzji w stosunku do obu odrzuconych ofert zamawiający wskazał, że *„... w obu specyfikacjach zaoferowano bibliotekę HPE1/8 G2 z napędem LTO-4, która posiada wyłącznie złącze transmisji danych 3Gb SAS i nie jest dostępna w wersji ze złączem FC...”*

W załączniku nr 7.2 do SIWZ (dowód nr 2) zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia dla części 2, w ramach której wyspecyfikował między innymi bibliotekę taśmową wraz z akcesoriami i systemem kopii zapasowych. Wymagania minimalne dotyczące kompletnego rozwiązania do wykonywania kopii zapasowych, na które składa się biblioteka taśmowa, kontroler do aktualnie użytkowanego przez zamawiającego

serwera HP ProLiant ML110 G7, kabel transmisji danych oraz oprogramowanie do tworzenia kopii zapasowych zostały zawarte w tabeli. Zamawiający oczekiwał między innymi, aby rozwiązanie do tworzenia kopii zapasowych zawierało bibliotekę, z co najmniej jednym napędem LTO-4, złącze transmisji danych o przepustowości 6Gb SAS lub 8Gb FC, kontroler do serwera oraz oprogramowanie do wykonywania kopii zapasowych. Zatem uzasadnienie odrzucenia oferty z uwagi na to, że odwołujący zaoferował złącze transmisji danych w postaci kabla SAS o przepustowości 12Gb oraz zaoferował bibliotekę z interfejsem SAS, a nie posiadającą złącza FC, zdaniem odwołującego nie ma pokrycia w wymaganiach zapisanych w załączniku nr 7.2 do SIWZ.

Z załączonych wymagań dotyczących biblioteki taśmowej wraz z akcesoriami oraz systemem kopii zapasowych (dowód nr 2) nie wynika, że parametr: „Złącze transmisji danych” ma dotyczyć biblioteki taśmowej. W opinii odwołującego ten parametr opisuje połączenie biblioteki taśmowej z kontrolerem. Dodatkowo, zauważył, że biblioteki taśmowe nie opisuje się (dowód nr 3.) parametrem „złącze transmisji danych” (ang. data connector) lecz parametrem „interfejs” (ang. Interface). W rozumieniu odwołującego skoro wyspecyfikowany parametr nie opisuje biblioteki taśmowej, ponieważ biblioteki opisuje się parametrem interfejs (ang. interface) - to opis ten (złącze transmisji danych) w rozumieniu odwołującego dotyczy kabla transmisji danych SAS łączącego biblioteką taśmową z kontrolerem SAS, który też jest przedmiotem niniejszego postępowania i który zgodnie z SIWZ ma być zainstalowany w użytkowanym przez zamawiającego serwerze (dowód nr 4.).

Odwołujący podkreślił, że identycznej interpretacji tej części specyfikacji dokonał jeszcze inny oferent - firma Koncept Sp. z o.o., która w odniesieniu do informacji otrzymanych od zamawiającego przy przygotowywaniu oferty była wspierana bezpośrednio przez producenta sprzętu firmę Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o. o. Zdaniem odwołującego identycznej interpretacji tego elementu Opisu przedmiotu zamówienia dokonały trzy niezależne podmioty.

W ocenie odwołującego działania zamawiającego stoją w sprzeczności z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania, czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań, które nie zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im środków ochrony prawnej. Takie działanie jest niedopuszczalne, uchybiające zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania, wynikającym z art. 7 ust. 1 Pzp (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2016 r., KIO 2207/16).

Podnosił, że zaskarżona decyzja zamawiającego doprowadziła w konsekwencji do wywiedzenia przez zamawiającego obowiązków wykonawców w sposób sprzeczny z treścią

SIWZ i ponad wymagania w niej określone, co jest niedopuszczalne. Zamawiający, bowiem nie może czynić żadnych odstępstw od warunków, które ustanowił, gdyż jego czynności muszą być przewidywalne tak dla potencjalnych uczestników postępowania, jak i dla tych, którzy złożyli oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy nie budziły wątpliwości, czy też zastrzeżeń uczestników postępowania - wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia części drugiej przedmiotowego postępowania wskazane w SIWZ. Odwołujący wskazywał, że dotychczas wątpliwości tych nie budziły zapisy SIWZ w przedmiotowym zakresie również u samego zamawiającego. Stąd zaskarżona niniejszym postępowaniem czynności zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, pozostaje niegodna ze wskazanymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a nadto prowadzi do ograniczania fundamentalnej zasady zachowania uczciwej konkurencji postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 sierpnia 2017 r. wniósł o:

1. oddalenie odwołania
2. o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka T. W. zatrudnionego u zamawiającego w charakterze informatyka,
3. zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm prawem przepisanych

- podał jak niżej.

*„Zamawiający podnosi, iż zarzuty Odwołującego są całkowicie bezzasadne i jako takie winny zostać oddalone. W dniu 1 sierpnia 2017 r., Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego po uprzednim uzyskaniu informacji, iż proponowana przez Odwołującego biblioteka HPE 1/8 G2 LTO 4 nie spełnia wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących biblioteki taśmowej tj. nie posiada wymaganej przez Zamawiającego minimalnej prędkości łącza transmisji danych (6 Gb SAS lub 8 Gb FC). Przedmiotowego wymogu nie spełnił jeszcze jeden z uczestników (KONCEPT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie). Uczestnik ten zaproponował bibliotekę tego samego producenta o identycznych parametrach.*

*Dowód: Zeznania świadka T.W.;*

*Wymogi dotyczące biblioteki taśmowej dla zadania „Modernizacja infrastruktury sieciowej- zakup i instalacja wyposażenia serwerowni” w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości określone zostały w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia sprzętu i Oprogramowania w ramach projektu pt. „Rozwój e-usług publicznych na obszarze gminy Marcinowice” stanowiącym Załącznik nr-1 do SIWZ i będący integralną jego częścią. W części 2 pkt 5 w tabeli pod nazwą minimalne parametry sprzętowe biblioteki taśmowej wers 4 tabeli określa minimalną prędkość łącza przesyłu danych tj. minimalną prędkość przesyłu danych wymaganą dla biblioteki taśmowej będącej przedmiotem zamówienia. Minimalna*

prędkość określona została jako 6 Gb SAS lub 8 Gb FC. Zaproponowana przez Odwołującego biblioteka posiadała złącze transmisji danych 3 Gb SAS, a więc poniżej minimalnych parametrów biblioteki taśmowej wskazanych przez Zamawiającego. Wymagana prędkość złącza transmisji danych wskazana została przez Zamawiającego jasno, precyzyjnie i w sposób nie budzący wątpliwości. Oznaczenie biblioteki taśmowej użyte przez Odwołującego w złożonej ofercie HPE 1/8 G2 - z napędem LTO 4 jest nazwą własną konkretnego modelu biblioteki taśmowej, produkowanej przez konkretnego producenta tj. firmę Helwett - Packard i zawiera w sobie złącze transmisji danych 3Gb SAS i tylko z takim złączem u tego producenta występuje,

Dowód: Zeznania świadka T.W.;

Wskazać należy, iż kabel SAS zaproponowany przez Odwołującego ujęty został przez Zamawiającego w wersji 5 tabeli pod nazwą minimalne parametry sprzętowe biblioteki taśmowej pt. wyposażenie (zestaw kabli koniecznych do podłączenia do odpowiedniego kontrolera serwera), co Odwołujący jako profesjonalista działający od wielu lat w branży informatycznej, uczestniczący w wielu postępowaniach przetargowych związanych ze sprzętem komputerowym winien rozczytać jako element odrębny od złącza transmisji danych. Wskazać należy, iż proponowany kabel stanowi łącze, a w tabeli SIWZ mowa jest o złączu transmisji danych, czyli wtyku lub gnieździe.

Proponowany przez Odwołującego kabel SAS 12 Gb jest jedynie wyposażeniem dodatkowym do biblioteki taśmowej, który służyć ma jej połączeniu z odpowiednim kontrolerem i w żadnym wypadku nie może być uznany za łącze transmisji danych czego Odwołujący jako podmiot profesjonalny z pewnością jest świadom.

Dowód: Notatka B. S. - specjalisty z branży informatycznej, autora SIWZ; Dowód: Przesłuchanie świadka T.W.; Dowód: Rysunek pomocniczy

Zupełnie na marginesie i tylko z czystej ostrożności procesowej wskazać należy, iż nawet gdyby przyjąć rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego tj. połączyć bibliotekę taśmową kablem SAS 12 Gb z serwerem to połączenie to w żaden sposób nie spowoduje wyposażenia biblioteki w złącze transmisji danych: 6 Gb SAS lub 8Gb FC (prędkość złącza transmisji danych biblioteki taśmowej nadal stanowić będzie 3 Gb SAS). Twierdzenia Odwołującego pozbawione są zupełnie logiki i sprzeczne z ekonomicznego punktu widzenia, bowiem zastosowanie kabla (łącza) o przepustowości większej od prędkości gniazda (łącza) stanowiącego stały element biblioteki taśmowej nie spowodowałoby zwiększenia szybkości transmisji danych, biblioteka jedynie generowałaby niepotrzebnie wzrost ceny realizacji zadania. Zamawiający w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, konkretnie określił wymóg techniczny dotyczący prędkości przesyłu danych biblioteki taśmowej będącej przedmiotem

zamówienia. Zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie nie wypełnia wymogów postawionych w SIWZ, co skutkowało w pełni uzasadnionym odrzuceniem oferty.

Dowód: Notatka B. S. - specjalisty z branży informatycznej, autora SIWZ; Dowód: Przesłuchanie świadka T.W.; Dowód: Rysunek pomocniczy

W wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 30/07 "Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców.

Należy w tym miejscu podnieść, że Zamawiający ma prawo do opisu przedmiotu zamówienia wg swoich wymagań oraz potrzeb z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Zaoferowany przez Odwołującego sprzęt nie spełniał istotnych wymogów technicznych oczekiwanych przez Zamawiającego, co skutkowało odrzuceniem jego oferty przetargowej. Podnieść należy, iż wprowadzając element o nazwie „łącze transmisji danych” o określonej prędkości Zamawiający miał na celu uzyskanie określonej prędkości transmisji danych przez bibliotekę taśmową będącą przedmiotem zamówienia. Określenie przepustowości kabla SAS miałoby się z celem, bowiem przepustowość kabla SAS nie ma znaczenia dla prędkości transmisji danych, czego Odwołujący ma pełną świadomość.

Wychodząc naprzeciw zarzutom podniesionym w Odwołaniu przede wszystkim należy przywołać art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, iż postępowanie przed Izba jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, z istoty takiego rodzaju postępowania wynika, iż to strony oraz uczestnicy zobligowani są do przedstawiania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą skutki prawne. Zastosowanie co do powyższego na podstawie art. 14 ustawy Pzp będzie miał również art. 6 k.c. Zgodnie z powyższym ciężar dowodu spoczywał będzie na osobie, która z danego faktu czerpie skutki prawne. Zatem to na Odwołującym spoczywa ciężar przedstawienia w niniejszym postępowaniu wyraźnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał następujące dowody:

Dowód nr 1 - informacja o odrzuceniu oferty wraz z uzasadnieniem przesłana Odwołującemu 1 sierpnia 2017r, za pomocą faksu.

Odnosząc się do przedmiotowego dowodu Zamawiający oświadcza, iż nie kwestionuje twierdzeń Odwołującego, co do treści oraz formy przedstawionej Odwołującemu pismem OR.271.4,2017 informacji o unieważnieniu oferty jak również daty przedstawienia tej informacji Odwołującemu.

Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2017r. nr OR. 271.4.2017.UW poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty w



postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na: „Rozwój e-usług publicznych na obszarze Gminy Marcinowice Część 2: Modernizacja infrastruktury sieciowej - zakup wyposażenia serwerowni”. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego po uprzednim uzyskaniu Informacji, iż proponowana przez Odwołującego biblioteka HPE 1/8 G2 LTO 4 nie spełnia wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących biblioteki taśmowej tj. nie posiada wymaganej przez Zamawiającego minimalnej prędkości złącza transmisji danych (6 Gb SAS lub 8 Gb FC). Pismo przesłano odwołującemu faksem.

Dowód nr 2 - opis nr 7.2 do SIWZ

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego wysuniętych na podstawie przedłożonego Załącznika nr 7.2 do SIWZ - OPIS OFEROWANEGO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (...) na wstępie wskazuję, iż są one całkowicie bezzasadne.

Wymogi dotyczące biblioteki taśmowej dla zadania „Modernizacja infrastruktury sieciowej- zakup i instalacja wyposażenia serwerowni” w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości określone zostały w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia sprzętu i oprogramowania w ramach projektu pt. „Rozwój e-usług publicznych na obszarze gminy Marcinowice” stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ i będący integralną jej częścią. W części 2 pkt 5 w tabeli pod nazwą minimalne parametry sprzętowe biblioteki taśmowej wers 4 tabeli określa minimalną prędkość złącza przesyłu danych, tj. minimalną prędkość przesyłu danych wymaganą dla biblioteki taśmowej będącej przedmiotem zamówienia. Minimalna prędkość określona została jako 6 Gb SAS lub 8 Gb FC. Przystępując do przetargu Odwołujący przy zachowaniu minimalnej staranności w pierwszej kolejności winien zapoznać się ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia sprzętu i oprogramowania, z którego jednoznacznie wynika, iz złącze transmisji danych dotyczy składnika biblioteki taśmowej, a minimalne parametry tego złącza to 6Gb SAS lub 8Gb FC. Kabel SAS o przepustowości 12 Gb ujęty jest jako wyposażenie (dodatkowe) biblioteki taśmowej co jednoznacznie przesądza o jego odrębności od złącza transmisji danych. Identyczna sytuacja zachodzi w opisie oferowanego przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik 7.2 do SIWZ - w tabeli odnośnie biblioteki taśmowej złącze transmisji danych zawarte jest w kolumnie nazwa komponentu. Komponent wg definicji zawartej w Słowniku Języka Polskiego PWN oznacza „część składową czegoś” i tak należy rozumieć także złącze transmisji danych w stosunku do biblioteki taśmowej w załączniku nr 7.2 do SIWZ. Bezsprzecznie złącze transmisji danych o wskazanych parametrach minimalnych stanowi część składową biblioteki taśmowej będącej przedmiotem zamówienia niniejszego postępowania przetargowego. Zarzut Odwołującego, iż z załączonych wymagań nie wynika by „złącze transmisji danych” ma dotyczyć biblioteki

taśmowej jest oczywiście chybiony i nie znajduje potwierdzenia ani w przedłożonym przez Odwołującego w załączniku nr 7.2 do SIWZ, ani w całej dokumentacji przetargowej.

Dowód nr 3 nie został załączony do egzemplarza odwołania przesłanego Zamawiającemu w związku z czym uniemożliwia to odniesienie się do niego.

Dowód nr 4 tj. definicja interfejsu oraz złącza elektronicznego wraz z rysunkiem pomocniczym.

W ocenie Zamawiającego przytoczone definicje oraz rysunek w ogóle nie zasługują na przymiot dowodu. Odwołujący nie wskazał w ogóle źródła, z którego owe definicje zaczerpnął. Nie wskazał też źródła pochodzenia schematu. Nie wskazał także autora definicji oraz rysunku. Bezsprzecznie uznać należy, iż wskazane przez Odwołującego jako środek dowodowy definicje określone w języku angielskim bez wskazania tłumacza, który te definicje tłumaczył oraz autora przedmiotowych definicji nie mają w ogóle waloru środka dowodowego.

Z czystej ostrożności procesowej wskazać należy, iż pojęcie interfejs, jakim w ocenie Odwołującego winno opisywać się „złącze transmisji danych” zgodnie ze Słownikiem Synonimów PWN oznacza złącze lub zaprzęg są to więc pojęcia tożsame. Wskazać należy jednocześnie, że Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu w niniejszym postępowaniu na poparcie twierdzeń dotyczących rzekomego określania parametru złącza transmisji danych jako interfejs nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu.

Odnosząc się do zarzutu, iż takiej samej interpretacji elementu przedmiotu zamówienia dokonali jeszcze Koncept Sp. z o. o. oraz firma współpracująca Hewlett Packard Enterprise Sp. z o.o. Zamawiający stoi na stanowisku, iż taka ocena przedmiotu zamówienia wynika nie z błędnej interpretacji czy niejasności zapisów SIWZ dotyczących parametrów biblioteki taśmowej lecz z braku wiedzy i staranności tychże podmiotów. Ww. z należytą starannością nie sprawdzili złącza transmisji danych w jakie wyposażona jest biblioteka taśmowa HPE 1/8 G2 z napędem LTO 4, którą zaproponowali w ofercie. Firma Koncept Sp. z o.o. zaproponowała w postępowaniu identyczny model biblioteki.

Zamawiający w żaden sposób nie dokonywał odstępstw ani nie liberalizował ustalonych przez siebie wymagań. Wymagania dotyczące parametrów biblioteki taśmowej określone zostały przez Zamawiającego w sposób jasny, klarowny i nie budzący wątpliwości.

W wyroku z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08 Izba stwierdziła, iż „Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz, że

wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.”

*W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż w sposób nie budzący wątpliwości zaproponowane przez Odwołującego urządzenie biblioteki taśmowej nie odpowiada wyrażonym w SIWZ wymaganiom tj. nie zapewnia łącza transmisji danych na poziomie 6Gb lub 8 FC. Nie zapewni ono zatem realizacji zamierzonego przez Zamawiającego celu tj. odpowiedniej szybkości transmisji danych biblioteki taśmowej. Powyższa niezgodność zaoferowanego urządzenia z minimalnymi wymogami określonymi w SIWZ dotyczyła istotnych elementów przedmiotu zamówienia, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego.*

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej między zamawiającym a odwołującym, z powiadomienia o wyniku postępowania.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnosiły o jego uzupełnienie.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia - na część drugą obejmuje „Modernizację Infrastruktury sieciowej - zakup wyposażenia serwerowni pkt 5 załącznika 1 Biblioteka taśmowa wraz z akcesoriami i systemem kopii zapasowych”.

### 3. Opis przedmiotu zamówienia.

3.1. Opis przedmiotu zamówienia oraz nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV) określa Załącznik nr 1 do SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia.

a) Tam, gdzie w SIWZ i dołączonych do niej załącznikach zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca itp.) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w Ustawie, Zamawiający dopuszcza oferowanie sprzętu lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie nie gorszych parametrów technicznych. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszelkich prac

niezbędnych do osiągnięcia zakładanego rezultatu, tj. realizacji projektu pt. "Rozwój e-usług publicznych na obszarze Gminy Marcinowice"

b) Wykonawca zobowiązany będzie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami niniejszej SIWZ, zapisami złożonej oferty, dokumentacją i wymaganiami wynikającymi z obowiązujących przepisów prawa, standardów i norm oraz etyką zawodową i ustalonymi zwyczajami.

3.3. W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust.3 Pzp, zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

3.6. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żąda:

W zakresie Części 2 zamówienia:

- wynik testu SECint\_rate\_base2006 dla oferowanego modelu serwera (wydruk ze strony),
- deklarację CE dla oferowanego modelu serwera,
- certyfikat ISO 9001:2000 lub równoważny certyfikat jakości dla producenta sprzętu,
- certyfikat ISO 14001 lub równoważny certyfikat jakości dla producenta sprzętu,
- deklarację zgodności CE,
- Potwierdzenie spełnienia kryteriów środowiskowych, w tym zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych, w szczególności zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych i masie powyżej 25 gram.

4. Termin wykonania zamówienia. Część 2: data zakończenia 30 dni od daty podpisania umowy.

8.7. Na podstawie art. 24aa ust. 1 Pzp zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

8.17. Na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj.: a) spełnianie warunków udziału w postępowaniu, b) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, c) brak podstaw wykluczenia

- wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

11. Termin związania ofertą wynosi 30 dni. Zamawiający potwierdził, że odwołujący przedłużył termin związania ofertą.

12.5. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

Wzór formularza oferty stanowi Zał. 7 do SIWZ. Integralną częścią jest opis oferowanego przedmiotu zamówienia dla każdej części. Wzory opisów stanowią Zał. Nr 7.2 dla części drugiej.

13. Termin składania ofert: 10.07.2017 r.

15. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. Dla części drugiej.

A. Cena 60%

B. Okres gwarancji 40%

18. Wzór umowy stanowi Zał. Nr 8 do SIWZ.

Wymogi dotyczące biblioteki taśmowej dla zadania „Modernizacja infrastruktury sieciowej- zakup i instalacja wyposażenia serwerowni” określone zostały w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia sprzętu i Oprogramowania w ramach projektu pt. „Rozwój e-usług publicznych na obszarze gminy Marcinowice” stanowiącym Załącznik nr-1 do SIWZ i będący integralną jego częścią. W części 2 pkt 5 w tabeli pod nazwą minimalne parametry sprzętowe biblioteki taśmowej wers 4 tabeli określa m.in. minimalną prędkość łącza przesyłu danych tj. minimalną prędkość przesyłu danych wymaganą dla biblioteki taśmowej będącej przedmiotem zamówienia. Minimalna prędkość określona została jako 6 Gb SAS lub 8 Gb FC.

W pozycji 5 wyposażenie widnieje wymóg - urządzenie musi być standardowo wyposażone w zestaw kabli koniecznych do podłączenia do odpowiedniego kontrolera serwera umożliwiającego komunikację z serwerem.

Zał. 7.2. do SIWZ zawiera Opis oferowanego przedmiotu zamówienia na część drugą. Modernizacja infrastruktury sieciowej - zakup i instalacja wyposażenia serwerowni.

Zamawiający wymagał podania: producenta; modelu i roku produkcji i nazwy oprogramowania do tworzenia kopii zapasowych (wersja).

W kolumnie 1 tabeli wskazał nazwę komponentu, w kolumnie 2 - podał wymagania minimalne parametry techniczne. W kolumnie 3 wykonawca miał zawrzeć opis oferowanego towaru poprzez odpowiedź: TAK/NIE

W Zał. 7.2. do SIWZ Opis oferowanego przedmiotu zamówienia na część drugą w punkcie 5 Biblioteka taśmowa wraz z akcesoriami i systemem kopii zapasowych, zamawiający wymagał.

Funkcjonalność - Biblioteka taśmowa z automatycznym zmieniaczem taśm magnetycznych, w ofercie podać producenta oraz model oferowanego produktu

Obudowa- Do szafy RACK 19", maksymalna wysokość IRU

Napęd - Min. 1 napęd LTO-4, Zamawiający dopuszcza zastosowanie napędów LTO-5, LTO-6 lub LTO-7, w ofercie podać typ oferowanego napędu

Pojemność magazynka - Min 8 taśm. Urządzenie musi być dostarczone z kompletem magazynków

Złącze transmisji danych - 6 Gb SAS lub 8Gb FC

Wyposażenie - Urządzenie musi być standardowo wyposażone w czytnik kodów kreskowych, zestaw kabli koniecznych do podłączenia do odpowiedniego kontrolera serwera umożliwiającego komunikację z urządzeniem, należy dostarczyć odpowiedni kontroler zgodny z interfejsem urządzenia, zestaw odpowiednich nośników danych (min. 10 szt.) wraz kodami kreskowymi, przy czym oferowane nośniki danych muszą być dedykowane do współpracy z dostarczonym urządzeniem. Zamawiający oświadcza, że:

- karta kontrolera ma być zainstalowana w posiadany przez Zamawiającego serwerze serwera (HP ProLiant ML.110 G7)
- serwer, w którym ma być zainstalowana karta HBA pracuje pod kontrolą systemu operacyjnego Windows Small Business Server 2011
- serwer dysponuje wolnym slotem PCI Express: 1 x PCIe Gen2x16 , 2x PCIe Gen2 x4 umożliwiającym instalację karty HBA

instrukcja instalacji - w języku polskim lub angielskim.

Dodatkowe - Wykonawca dokona instalacji dostarczonej biblioteki taśmowej w szafie RACK wraz z instalacją karty HBA i uruchomieniem biblioteki na wskazanym serwerze.

Wraz z biblioteką taśmową Wykonawca dostarczy i zainstaluje na wskazanym serwerze oprogramowanie do wykonywania kopii zapasowych. Wymagania funkcjonalne do oprogramowania opisane są w Części 2 OPZ Załączniku nr 1

Oprogramowanie - Oprogramowanie do tworzenia kopii zapasowych serwerów wirtualnych zgodne z Częścią 2 OPZ załącznikiem nr 1

Gwarancja - Biblioteka objęta ma być min. 3-letnią gwarancją producenta w miejscu instalacji, z czasem reakcji maksymalnie w następnym dniu roboczym od zgłoszenia (NBD), tryb zgłaszania 9x5.

Zamawiający potwierdził, że w zakresie postanowień SIWZ odnoszących się do zarzutów odwołania wykonawcy nie zgłaszali zapytań co do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oferty na część 2 zamówienia złożyli:

1. ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o., cena - 181 356,12
2. System Data Sp. z o.o., cena - 195 149,34
3. Polcom Sp. z o. o., cena - 252 560,27
4. KONCEPT Sp. z o.o., cena - 183 266,13

- okres gwarancji we wszystkich ofertach - 60 m-cy.

Odwołujący zaoferował bibliotekę taśmową HPE 1/8 G2 - z napędem LTO 4 ULTRIUM 1760 SAS Tape Autoloader, 2017, co jest nazwą własną konkretnego modelu, produkowanego przez konkretnego producenta tj. firmę Helwett - Packard - biblioteka zawiera w sobie złącze transmisji danych 3Gb SAS i tylko z takim złączem u tego producenta występuje.

Wykonawca ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o. w ofercie potwierdził, że sprzęt ten spełnia warunki minimalne i parametry opisane przez zamawiającego. Przez znaczenie w ostatniej kolumnie załącznika 7.2 słowa TAK.

Zamawiający w dniu 27 lipca 2017 r. powiadomił wykonawców, że na część 2 zamówienia wybrał ofertę odwołującego - ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o.

Wykonawca System Data Sp. z o.o. pismem z dnia 27.07.2017 r. powiadomił zamawiającego, że wykonawca ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o. w poz.2. 5 Zał. 7.2 zaoferował bibliotekę HPE 1/8 G2 z napędem LTO4 z interfejsem SAS, która posiada złącze transmisji danych 3Gb SAS i nie jest dostępna w wersji ze złączem FC.

Zamawiający w dniu 1 sierpnia 2017 r. powiadomił wykonawców, że unieważnił wybór oferty odwołującego na część 2 zamówienia. Jednocześnie podał, że po analizie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podlegają oferty złożone przez: ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o. oraz KONCEPT Sp. z o.o. i podał uzasadnienie: „Zamawiający w Załączniku Nr 1 do SIWZ - „Opis Przedmiotu Zamówienia1” w części 2 pkt 5 - „Biblioteka taśmowa wraz z akcesoriami i systemem kopii zapasowych” wymagał złącza transmisji danych 6 Gb SAS lub 8 Gb FC. W obu specyfikacjach zaoferowano bibliotekę HPE 1/8 G2 z napędem LTO-4, która posiada wyłącznie złącze transmisji danych 3Gb SAS i nie jest dostępna w wersji ze złączem FC. Zamawiający zobowiązany był do dokonania ponownej oceny ofert, gdy powziął informację o bezprawności dokonanych przez siebie czynności. Przeciwny pogląd prowadziłby do sytuacji, w której świadomy bezprawności swych działań Zamawiający, zmuszony byłby do dokończenia postępowania i udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta - w świetle obowiązujących przepisów nie była najkorzystniejsza.”

*„Dokonanie ponownej oceny ofert, które nastąpi w najbliższym terminie i unieważnienie pierwotnej oceny ofert po spełnieniu formalnych wymagań w zakresie poinformowania wszystkich wykonawców o przyczynach uzasadniających ponowną ocenę ofert i jej wynikach nie narusza ani fundamentalnej zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców ani zasady, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”*

Pismem z dnia 7 sierpnia 2017 r. zamawiający ponownie powiadomił o odrzuceniu ofert: ZETO- ŚWIDNICA Sp. z o.o. oraz KONCEPT Sp. z o.o. i podtrzymał uzasadnienie faktyczne i prawne: „Zamawiający w OPZ i tabeli dotyczącej Biblioteki taśmowej określił "Minimalne parametry sprzętowe biblioteki taśmowej:" Z opisu jasno wynika, iż opis (funkcjonalność, obudowa, napęd, pojemność magazynka, złącza transmisji danych) dotyczy parametrów biblioteki, a nie wyposażenia dodatkowego (kabla SAS 12Gb). Dodatkowe wyposażenie biblioteki jest dokładnie opisane w kolumnie Wyposażenie "Urządzenie musi być standardowo wyposażone w czytnik kodów kreskowych, zestaw kabli koniecznych do podłączenia do odpowiedniego kontrolera serwera umożliwiającego komunikację z urządzeniem, należy dostarczyć odpowiedni kontroler zgodny z interfejsem urządzenia...”

Biblioteka ma zapewnić złącze transmisji danych, rozumiane jako gniazdo połączeniowe do hosta pracujące z prędkością minimalną 6Gb w przypadku zastosowania interfejsu SAS, lub 8 Gb w przypadku zastosowania interfejsu FC, określoną w OPZ. Oferent - ZETO Świdnica Spółka z o.o. zaoferował bibliotekę, która tego parametru nie spełnia oferując bibliotekę z wbudowanym złączem komunikacyjnym z hostem pracującym z prędkością 3Gb. Zastosowanie kabla 12Gb nie spowoduje uzyskania prędkości transmisji host-biblioteka z prędkością 6Gb.”

Zamawiający opisał w OPZ wymagania minimalne dla biblioteki rozumianej jako urządzenie posiadające określoną ilość napędów, slotów na taśmy itp. Jednocześnie Zamawiający nie sprecyzował standardu interfejsu komunikacyjnego, dając oferentom możliwość wyboru między interfejsem SAS lub FC, określając jedynie wymagana minimalną prędkość pracy złącza dla poszczególnych interfejsów wbudowanych w bibliotekę. Do obowiązku Wykonawcy należy dobranie rozwiązania sprzętowego spełniającego minimalne warunki opisane w SIWZ. W przypadku urządzeń firmy HP spełnienie warunków OPZ możliwe jest poprzez zastosowanie modelu biblioteki z napędem LTO5, lub nowszym.

W piśmie z dnia 1 sierpnia 2017 r. odwołujący wyjaśniał, że zaoferował bibliotekę taśmową HPE model 1/8 G2 LTO-4 Ultrium 1760 SAS Tape Autoloader, która posiada zaimplementowaną technologię LTO- 4, a tym samym jest zgodna z SIWZ.



Podał, że w przypadku napędu LTO-4 z interfejsem SAS maksymalne parametry możliwe do osiągnięcia w tej technologii przedstawione są w poniższej tabeli: (...)

#### Przepustowość/prędkość napędu - 3Gb/s

Parametr: złącze transmisji danych (6Gb SAS lub 8Gb FC), z wykorzystaniem którego przesyłane będą dane z serwera ML110 Generacji 7 do biblioteki taśmowej jest spełniony przez zaoferowany kabel SAS o przepustowości 12Gb/s czyli o przepustowości dwukrotnie wyższej niż ta, która była wymagana w specyfikacji.

W piśmie z dnia 7 sierpnia 2017 r. odwołujący wyjaśniał, że: „Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający oczekiwał zaoferowania biblioteki taśmowej wyposażonej w co najmniej jeden napęd LTO-4 oraz złącza transmisji danych SAS (6Gb) lub FC (8Gb). ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o. zaoferowała bibliotekę taśmową: HPE model 1/8 G2 LTO-4 Ultrium 1760 SAS Tape Autoloader oraz złącze transmisji danych: kabel SAS (12Gb).

Poniżej załączamy definicje złącza oraz interfejsu, który jako parametr został przytoczony w piśmie firmy System Data Sp. z o.o. z dnia 27 lipca 2017 roku.

*Złącze (ang. connector) - zespół połączeniowy składający się z wtyku i gniazda. Umożliwia szybkie i bezproblemowe łączenie i rozłączanie dwóch lub więcej obwodów elektronicznych poprzez wetknięcie wtyku do gniazda. Złącze może służyć do przedłużenia linii przez połączenie ze sobą dwóch przewodów. Złącze może być jedno- lub wielostykowe. Potocznie terminem „złącze” często określane jest samo gniazdo (np. złącze procesora, złącze drukarki).*

*Interfejs (ang. Interface) - układ elektryczny, elektroniczny lub optyczny, z oprogramowaniem lub bez oprogramowania, umożliwiający łączenie, współpracę i wymianę sygnałów o określonej postaci pomiędzy urządzeniami połączonymi za jego pośrednictwem zgodnie z odpowiednią specyfikacją techniczną; np. interfejs programu aplikacyjnego, interfejs radiowy oraz interfejs diagnostyczny. Z Opisu Przedmiotu Zamówienia nie wynika, że specyfikując złącze transmisji danych Zamawiający miał na myśli interfejs oraz to, że ma on dotyczyć napędu lub biblioteki - jeżeli taka zależność miałaby miejsce to Opis Przedmiotu Zamówienia zawierałby dwa punkty, które wzajemnie się wykluczają, co byłoby niezgodne z ustawą Prawo Zamówień Publicznych !!!*

Z dowodów dodatkowo wnioskowanych przez strony, Izba dopuściła, jako mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oświadczenie p. B. S. - wg. twierdzeń zamawiającego - autora SIWZ, z którego wynika, że: „Biblioteka taśmowa ma zapewnić złącze transmisji danych, rozumiane jako gniazdo połączeniowe do hosta pracujące z prędkością minimalną 6Gb w przypadku zastosowania interfejsu SAS, lub 8 Gb w przypadku zastosowania interfejsu FC, określoną w OPZ.

Wykonawca, firma ZETO ze Świdnicy, zaoferował bibliotekę, która tego parametru nie spełnia, oferując bibliotekę z wbudowanym złączem komunikacyjnym z hostem pracującym z prędkością 3Gb. Zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązanie, polegające na zastosowaniu kabla SAS 12Gb nie spowoduje uzyskania prędkości transmisji host-biblioteka z prędkością 6Gb.

Zamawiający nie musi znać wszystkich dostępnych na świecie modeli bibliotek taśmowych, dlatego opisał w OPZ wymagania minimalne dla biblioteki rozumianej, jako urządzenia posiadającego między innymi określoną ilość napędów oraz slotów na taśmy. Jednocześnie Zamawiający nie sprecyzował standardu interfejsu komunikacyjnego, dając do wyboru wykonawcom pomiędzy interfejsem SAS lub FC, określając jedynie wymaganą minimalną prędkość pracy złącza dla poszczególnych interfejsów wbudowanego w bibliotekę. Do obowiązku Wykonawcy należy dobrać rozwiązanie sprzętowe spełniającego minimalne warunki opisane w SIWZ.

W przypadku urządzeń firmy HP spełnienie warunków OPZ możliwe jest poprzez zastosowanie modelu biblioteki z napędem LTO-5, lub nowszym, co jest zgodne wprost z odpowiednimi zapisami OPZ.”

Odwołujący podtrzymał wnioskowany dowód załączony do odwołania dot. parametrów technicznych urządzenia HPE StoreEver 1/8 G2 Tape Autoloaders jako wydruk ze wskazanej strony internetowej. Dowód ten, jak i inne załączone specyfikacje oferowanego urządzenia potwierdza okoliczność, iż w przypadku napędu LTO-4 z interfejsem SAS maksymalne parametry możliwe do osiągnięcia w tej technologii (...) Przepustowość /prędkość napędu - 3Gb/s.

Odwołujący podtrzymał wnioskowany dowód nr 4 z definicji określenia interfejsu i złącza elektronicznego dołączony do odwołania. Z definicji tych Odwołujący wywodzi, że złączem wyspecyfikowanym w SIWZ jest wymieniony w pozycji „wyposażenie” z załącznika 7.2 Biblioteka taśmowa wraz z (...) kabel SAS o przepustowości 12Gb. W ocenie Izby - dowód w postaci przytoczenia ww. definicji, nic nie wnosił do sprawy.

W zakresie dalszych dowodów wnioskowanych przez odwołującego:

- a) Oświadczenia odwołującego, że oferowana Biblioteka taśmowa LTO-4 wyposażona jest w ten sam tym portu SAS o symbolu SFF8088 posiada identyczne gniazdo jak zainstalowanym napędem LTO5 ULTRIUM 3000 jakie zaoferował Przystępujący,
- b) z parametrów taśm do oferowanej biblioteki

- Izba ww. dowodów nie dopuściła; Zamawiający nie kwestionował parametru dotyczącego taśm. Przedmiotem oceny nie była też oferta przystępującego.

c) z korespondencji pomiędzy T. W. a W. B., prowadzonej poza procedurą przetargową, w której T. W. stwierdza, że SIWZ nie była do końca jasna, ale nikt nie złożył zapytania o ten parametr, nawet jeżeli LTO4 nie ma wymaganego złącza, które wymagało SIWZ, takie złącze posiada LTO 5, LTO 6, LTO 7, które SIWZ dopuszcza

- Izba postanowiła nie dopuścić tego dowodu, ma on charakter prywatny i wtórny, potwierdza stanowisko zamawiającego, że LTO-4 nie ma wymaganego złącza, a dostępne były LTO 5-7, które powinny zostać zaoferowane. Prowadzenie korespondencji między pracownikami zamawiającego a wykonawcami nie mieści się w procedurze o zamówienie publiczne. Wszelkie niejasności SIWZ mogą być wyjaśniane jedynie w trybie pytań zadawanych w oparciu o art. 38 ust. 1 Pzp.

d) o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka W. M. na okoliczność odpowiedzi na pytania techniczne dot. postępowania

- Izba postanowiła nie dopuścić tego dowodu, ponieważ został on zgłoszony na okoliczność wiadomości specjalnych przynależnych biegłemu a nie osobie przesłuchiwanej w charakterze świadka.

#### W zakresie dalszych dowodów wnioskowanych przez Zamawiającego:

a) z zeznań świadka T. W., zatrudnionego u zamawiającego w charakterze informatyka, jednakże to nie T. W. był autorem specyfikacji technicznej. Autorem specyfikacji technicznej jest firma SAPEK NET B. S., którego oświadczenie zamawiający dołączył jako dowód do odpowiedzi na odwołanie

- Izba postanowiła nie dopuścić dowodu z zeznań świadka T. W., ponieważ i ten świadek miałby zeznawać na okoliczność wiadomości specjalnych co należy do biegłego. Zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w obligatoryjnej formie pisemnej, zatem liczą się dowody na piśmie, znajdujące się w dokumentacji akt postępowania, a dowody z zeznań świadków, ponadto to co zawarte jest w dokumentach nie są dopuszczalne.

#### W zakresie dalszych dowodów wnioskowanych przez przystępującego:

a) ze specyfikacji technicznej dot. napędu do tej biblioteki zaoferowanej 1/8 G2 LTO-4 ULTRIUM 1760 Tape Autoloader, dołączonego do przystąpienia, który określa max prędkość przesyłu w wysokości 3Gb/sec SAS (LTO-4), dowód bez tłumaczenia, lecz odnosi się do sprecyzowania parametru LTO -4 prędkości przesyłu danych

- Izba postanowiła dopuścić ten dowód, gdyż tak samo, jak inne znajdujące się w aktach specyfikacje techniczne biblioteki zaoferowanej przez odwołującego 1/8 G2 LTO-4 ULTRIUM 1760 Tape Autoloader określa max prędkość przesyłu w wysokości 3Gb/sec SAS (LTO4).

Izba dopuściła dowód z wydruku z dokumentacji technicznej producenta biblioteki taśmowej - karty katalogowej produktu, w której producent HPE informuje, o parametrach urządzenia, tj., że biblioteka HPE 1/8 G2 z napędem LTO4, posiada wyłącznie złącze transmisji danych 3Gb SAS.

Dokumenty wchodzące w skład dokumentacji postępowania przetargowego, które każdorazowo zamawiający jest zobowiązany przedstawić na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, dopuszczane są przez Izbę jako dowód z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odnoszącym się do zarzutów odwołania.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego - z naruszeniem przepisów tej ustawy - został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadziło do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

W oparciu o przeprowadzone postępowanie dowodowe i ustalony stan faktyczny sprawy, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, że zaoferowana przez odwołującego biblioteka taśmowa HPE 1/8 G2 z napędem LTO-4 ULTRIUM 1760 z interfejsem SAS Tape Autoloader, 2017, zgodnie z dokumentacją techniczną producenta i specyfikacją parametrów tego urządzenia, posiada wyłącznie złącze transmisji danych 3 Gb/s SAS, i tym samym nie spełnia wymagań zamawiającego zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącym „Biblioteki taśmowej wraz z akcesoriami i systemem kopii zapasowych w Zał. 1- (tabela minimalnych parametrów biblioteki taśmowej poz. 2.5, str. 13, wiersz 4) i w Zał. 7.2. poz. 5 do SIWZ wymagał dostarczenia Biblioteki taśmowej - minimum: „*Napęd: Min. 1 napęd LTO-4, Zamawiający dopuszcza zastosowanie napędów LTO-5, LTO-6 lub LTO-7, w ofercie podać typ oferowanego napędu*” oraz posiadającego cyt. „Złącze transmisji danych: 6 Gb SAS lub 8 Gb FC”.

Odwołujący zaoferował bibliotekę taśmową HPE 1/8 G2 LTO-4 ze złączem 3Gb SAS, co literalnie potwierdził w złożonej ofercie, natomiast producent HPE w karcie katalogowej tego produktu wyraźnie informuje, o parametrach urządzenia, że biblioteka HPE 1/8 G2 z napędem LTO-4, posiada wyłącznie złącze transmisji danych 3Gb SAS, czemu odwołujący nie zaprzeczał w treści odwołania, jak i w trakcie rozprawy.

Izba przyznała również rację zamawiającemu i przystępującemu, że kabel SAS 12 Gb/s, przywołany przez odwołującego, jako zaoferowany w ramach poz. Wyposażenie Zał. 7.2 - nie jest złączem. Jest jedynie elementem łączącym złącza, w które wyposażone są same urządzenia o określonych parametrach, którego celem jest umożliwienie komunikacji pomiędzy złączami (urządzeniami o określonych parametrach) - kabel jest zatem połączeniem między złączami biblioteki taśmowej, a serwerem, jako dodatkowo wymagane okablowanie do połączenia między biblioteką a serwerem, co zostało opisane przez zamawiającego przy parametrze „Wyposażenie”, dodatkowo też potwierdzając, że parametr „Złącze transmisji danych” nie odnosi się do kabla SAS, a do złącza posiadanego przez bibliotekę taśmową. Same parametry kabla przesyłowego nie mają znaczenia, gdyż kabel prześle to, co nadadzą dwa złącza, tzn. złącze, które jest w serwerze i bibliotece, gdyż działają one naprzemiennie, raz jako złącze nadawcze, raz jako złącze odbiorcze.

Odwołujący miał możliwość zaoferowania biblioteki taśmowej tego samego producenta /lub innego/ ze złączem transmisji danych 6 Gb SAS, lub 8 Gb FC, gdyż zamawiający dopuścił biblioteki taśmowe z napędami LTO-5, LTO-6, LTO-7 - SAS. Przystępujący zaoferował bibliotekę taśmową, ze złączem LTO-5, która bez wątpliwości spełnia parametr transmisji danych 6 Gb SAS.

Zamawiający w końcowym fragmencie odwołania oświadczył, że: „W okolicznościach niniejszej sprawy nie budziły wątpliwości, czy też zastrzeżeń uczestników postępowania - wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia części drugiej przedmiotowego postępowania wskazane w SIWZ.” Na rozprawie odwołujący podnosił inaczej, że postanowienia SIWZ były niejasne i winny być interpretowane na korzyść wykonawcy.

Izba uznała, że Opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie był wystarczająco jasny i precyzyjny dla profesjonalistów z branży IT, którzy ubiegali się o przedmiotowe zamówienie, zatem nie wymagał interpretacji wątpliwości w sposób postulowany przez odwołującego. W powyższym zakresie rozstrzygającą pozostaje treść SIWZ i załączników do niej, która nie budzi żadnych wątpliwości, co do sposobu jej rozumienia, a zamawiający na etapie oceny ofert nie może odstępować od wymogów, które ustanowił w SIWZ i podał do wiadomości wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu.

Zaoferowana przez odwołującego biblioteka taśmowa HPE 1/8 G2 z napędem LTO-4 nie spełnia minimalnych wymagań opisanych przez zamawiającego w SIWZ, gdyż okoliczność przyznaną stanowiło, że posiada wyłącznie złącze transmisji danych 3Gb SAS, tym samym oferta złożona przez firmę ZETO -ŚWIDNICA Sp. z o. o. została prawidłowo odrzucona przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią normy art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem, iż zamawiający przed dokonaniem powyższej czynności zobowiązany jest do poprawy w ofercie omyłek, które polegają na niezgodności oferty z SIWZ pod warunkiem, iż omyłki te (a przede wszystkim ich poprawa) nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przepis powyższy koresponduje z normą art. 82 ust 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność w ofercie odwołującego ma charakter zasadniczy nie poddający się poprawie w żadnym z dopuszczonych w ustawie Pzp trybów, gdyż wymagałyby zmiany oferowanego sprzętu, na taki, który obejmowałby opisane w SIWZ złącza.

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że przy ocenie ofert „*muszą być stosowane procedury udzielania zamówień określone w dyrektywie. Znaczy to w szczególności, że powinny być podane zawczasu do wiadomości potencjalnym oferentom- w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych tak, żeby wszyscy oferenci byli ich świadomi podczas przygotowania swoich ofert*” - wyrok ETS z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00.

O tym stanowi również szerokie orzecznictwo Izby: Sygn. akt: KIO 643/12, wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.: „*Siwz (wraz z wyjaśnieniami) jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś - granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Żeby stwierdzić, iż w okolicznościach danej sprawy zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy określona w art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp (niezgodność treści oferty z treścią siwz niepodlegająca korekcie na podstawie, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) zamawiający zobowiązany jest porównać treść siwz z treścią oferty (oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 kc w zw. z art. 14 Pzp) i*

*gdy stwierdzi niemożliwe do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz nie dające się poprawić w trybie art. 87 ust 2 Pzp niezgodności, zobowiązany jest do odrzucenia oferty.”*

Z kolei w wyroku Sygn. akt: KIO 473/12 z dnia 22 marca 2012 r. Izba wskazała: *„Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność, o której mowa w tym przepisie musi mieć charakter niezgodności merytorycznej, dotyczącej zaoferowanego świadczenia. Niezgodność formalna nie wpływa na treść oferty rozumianą jako oświadczenie woli wykonawcy co do zaoferowania przedmiotu zamówienia wypełniającego wszystkie wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może zatem odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie wówczas, gdy ustali w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia, zgodnie z warunkami specyfikacji, a tym samym zaoferowane świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi w szczególności wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a ponadto stwierdzone niezgodności dotyczą istotnych jego elementów.”*

Nie miały znaczenia argumenty odwołującego, że zaoferowany sprzęt na część 2 zamówienia spełnia wymogi funkcjonalne zamawiającego, które jednocześnie odwołujący uznawał za nadwymiarowe w odniesieniu do uzasadnionych potrzeb zamawiającego, i za takie które w praktyce nie będą wykorzystywane. Wykonawca we właściwym terminie miał dostępne środki ochrony prawnej wobec zapisów SIWZ. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały ostatecznie ukształtowane i na etapie oceny ofert, brak było podstaw do rewidowania ich treści.

Nie można było pominąć, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia z podaniem w sposób otwarty - co do standardów - parametry techniczne zamawianych urządzeń, określając jednocześnie ich minimalny poziom. Z tych względów dopuścił w SIWZ rozwiązania równoważne opisanym - w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zaoferował biblioteki taśmowej, z zaznaczeniem w samej ofercie, że oferuje sprzęt - nie o parametrach wprost opisanych w SIWZ, ale o parametrach równoważnych, tj. z wyposażeniem, jako równoważnym opisanemu w Zał. Nr 1 i Zał. Nr 7.2. do SIWZ - i nie wykazał równoważności oferowanej biblioteki taśmowej HPE 1/8 G2 ze złączem z napędem LTO-4, jako spełniającej wymagania określone przez zamawiającego, co do prędkości transmisji danych: 6 Gb SAS lub 8Gb FC - już w treści samej oferty -

poprzez zaproponowane rozwiązanie, polegające na zastosowaniu kabla SAS 12 Gb/s, co rzekomo miało spowodować uzyskanie prędkości transmisji host-biblioteka 6 Gb.

W punkcie 3.3. SIWZ zamawiający podał, że: „dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego.”

Wykazywanie ewentualnej równoważności oferowanego przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp odbywa się w postępowaniu przetargowym, a nie w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności stawianych zarzutów naruszenia przez zamawiającego: art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, gdyż oferta odwołującego, jako niezgodna merytorycznie z treścią SIWZ, podlegała odrzuceniu, a jej konwalidacja w trybach dopuszczonych w ustawie Pzp była niemożliwa.

Skoro oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, zamawiający uprawniony był dokonać wyboru oferty przystępującego na część drugą zamówienia, jeżeli stwierdził, że w całości spełnia ona wymogi SIWZ.

W przypadku, gdy nie doszło do naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, nie można mówić o naruszeniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp - rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, tj. równego traktowania wykonawców, przy zachowaniu między nimi reguł uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący: .....**



