

**WYROK**  
**z dnia 2 listopada 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz  
**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2020 roku przez wykonawcę **Vecto Sp. z o.o., al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego ul. Piękna 20, 00-549 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Vecto Sp. z o.o., al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów: bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, poprzez nieprawidłowe uznanie przez zamawiającego, że treść oferty odwołującego nie zawiera rozwiązań równoważnych oraz nie jest zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, kreowania przez zamawiającego na etapie odrzucenia oferty odwołującego nieprzewidzianych w SIWZ wymogów i oczekiwań co do treści oferty równoważnej i przedstawionego tam opisu rozwiązań równoważnych, bezpodstawnego uznania przez zamawiającego, że oferta odwołującego zawiera cenę rażąco niską, a co za tym idzie bezzasadnej oceny zamawiającego, że oferta odwołującego podlega z tego powodu odrzuceniu i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; w pozostałym zakresie oddać odwołanie,

osztami postępowania obciąża zamawiającego **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, ul. Piękna 20, 00-549 Warszawa** i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Vecto Sp. z o.o., al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od zamawiającego **Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, ul. Piękna 20, 00-549 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Vecto Sp. z o.o., al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa** kwotę **18 600, 00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup licencji pojemnościowych oprogramowania Veritas NetBackup” przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego ul. Piękna 20, 00-549 Warszawa** (dalej „zamawiający”) wykonawca **Vecto Sp. z o.o., al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa** (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. art. 29 ust. 1,2 i 3, art. 30 ust. 1 pkt. 1, art. 30 ust. 5, art. 36 ust. 1 pkt. 3 i 10 dnia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm. [dalej „ustawa Pzp”], art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, poprzez nieprawidłowe uznanie przez zamawiającego, że treść oferty odwołującego nie zawiera rozwiązań równoważnych w rozumieniu art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oraz nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),

2.art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez kreowanie przez zamawiającego na etapie odrzucenia oferty odwołującego licznych, nowych, nieprzewidzianych w SIWZ wymogów i oczekiwań co do treści oferty równoważnej i przedstawionego tam opisu rozwiązań równoważnych,

3.art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że oferta odwołującego zawiera cenę rażąco niską, a co za tym idzie bezzasadną ocenę zamawiającego, że oferta odwołującego podlega z tego powodu odrzuceniu,

4.art. 87 ust. 1 w zw. art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wezwania do wyjaśnień odwołującego w zakresie, w którym powstały wątpliwości lub bezpodstawne domniemania i przypuszczenia zamawiającego, co do treści oferty odwołującego, które według wewnętrznych przekonań zamawiającego zostały rozstrzygnięte na niekorzyść odwołującego, poprzez uznanie, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, a także poprzez nie uwzględnienie przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez odwołującego w ramach pisma z dnia 15 lipca 2020 roku w kontekście potwierdzenia poprzez te wyjaśnienia równoważności zastosowanych przez odwołującego rozwiązań,

5.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

2.unieważnienia wyboru oferty Apex.IT Sp. z o.o., ul. Janka Muzykanta 60,02-188 Warszawa jako oferty najkorzystniejszej,

3.dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem faktu, że oferta odwołującego jest prawidłowa i jako taka nie powinna podlegać odrzuceniu,

4.wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o powołanie biegłego sądowego z zakresu informatyki i przeprowadzenie dowodu z jego opinii na okoliczność:

ównoważności rozwiązań przedstawionych przez odwołującego w ramach złożonej oferty, w tym w szczególności wskazanych w przez Wykonawcę w dokumencie pn. „OpisRozwiązaniaBackupu\_v2.pdf” oraz wyjaśnieniach z dnia 15 lipca 2020 roku w stosunku do wymogów równoważności postawionych przez zamawiającego w rozdziale IV ust. 2 Opisu przedmiotu zamówienia, co pozwoli na potwierdzenie, że oferta odwołującego jest zgodna z SIWZ.  
otwierzenia, czy odwołujący w swojej ofercie i wyjaśnieniach przedstawił zamawiającemu: opis rozwiązań zgodnych z SIWZ, funkcjonalność proponowanego rozwiązania oraz szczegółowy opis jego wdrożenia w środowisku wirtualizacji VMware i Red Hat Virtualization.

Odwołujący podał, że zamawiający powołał się w zakresie oczekiwanego oprogramowania, będącego przedmiotem zamówienia, na nazwę skonkretyzowanego produktu, tj. Veritas NetBackup.

Podniósł, że okoliczność ta pociąga konsekwencje prawne na płaszczyźnie ustawy Pzp, a także dodatkowe, istotne obowiązki po stronie zamawiającego, których nienależyte wykonanie obciąża wyłącznie zamawiającego.

Przywołując art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podniósł, że zamawiający nie może poprzez treść dokumentacji przetargowej doprowadzać do ograniczenia konkurencji wśród wykonawców, faworyzowania skonkretyzowanej grupy wykonawców, czy też dyskryminowania pewnej kategorii, w tym potencjalnych uczestników postępowania.

Stwierdził, że z zestawienia tych wartości w kontekście procesu zakupów publicznych wynika, że co do zasady zamawiający nie może tak układać postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby niepodlegającą odrzuceniu ofertę mógł złożyć tylko wykonawca produkujący wskazany z nazwy handlowej produkt.

Wskazał, że konkretyzacją tej dyrektywy w kontekście brzmienia opisu przedmiotu zamówienia jest art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Stwierdził, że zamawiający powinien wyeliminować z określenia przedmiotu zamówienia wszelkie sformułowania lub parametry, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę, dla osiągnięcia powyższego celu konieczne jest opisanie przedmiotu zamówienia pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych i to na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami jej nienależytego sporządzenia, w szczególności opis zamówienia nie powinien być ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia.

Wskazał, że z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Uzupełnił, że przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp pozwala, w drodze wyjątku, użyć określeń charakterystycznych dla konkretnego produktu, co jednak nie oznacza ograniczania przedmiotu zamówienia tylko do tego produktu; wykorzystane w opisie znaki towarowe, patenty czy pochodzenie mają stanowić jedynie pewien wzorzec, do którego należy się odnieść w ofercie – przepis ten nie uchyla zasady przewidzianej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, jego celem jest umożliwienie zamawiającemu opisanie specyficznego przedmiotu zamówienia w sposób, w który potrafi, a nie dopuszczenie do utrudniania uczciwej konkurencji.

**W każdym przypadku, gdy zamawiający skorzysta z uprawnienia do określenia przedmiotu zamówienia przy pomocy znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, a także źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, wywodził odwołujący, zamawiający ma on obowiązek zaznaczyć w SIWZ, że dopuszcza składanie ofert równoważnych.**

Podniósł, że pojęcie równoważności odnosi się do równoważności jakościowej i funkcjonalnej oferowanych produktów, nie zaś do równoważności wszystkich elementów oferty, szczególnie tych, które nie dotyczą bezpośrednio przedmiotu zamówienia; w przypadku dopuszczenia rozwiązań równoważnych, wykazanie równoważności oferowanych rozwiązań obciąża wykonawcę, ale to zamawiający powinien określić granice równoważności rozwiązań zastępczych.

Za naruszenie ustawy Pzp uznał sytuację, gdy zamawiający teoretycznie dopuszcza możliwość oferowania rozwiązań równoważnych, lecz nie precyzuje w ogóle parametrów równoważności, jak i sytuacja, gdy wprawdzie formułuje parametry, lecz nie identyfikują one żadnego alternatywnego rozwiązania w stosunku do tego, które zostało wskazane jako referencyjne.

Wskazał, że istotą produktu równoważnego jest to, że nie będzie on identyczny z produktem referencyjnym; dopuszczając rozwiązania równoważne, zamawiający godzi się na pewne odstępstwa od tej "identyczności", jak np. osiągnięcie tego samego celu za pomocą innych środków technicznych.

Stwierdził, że zamawiający, dopuszczając produkt równoważny obowiązany jest do opisanie istotnych dla niego cech, parametrów i rozwiązań technicznych wymaganych, a jednocześnie niedopuszczalnych; nie jest wystarczające ograniczenie się przez zamawiającego tylko do zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania "lub równoważne" bez jednoczesnego wskazania parametrów, w oparciu o które ustalana będzie równoważność rozwiązań proponowanych przez wykonawców.

Zamawiający, dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ, a wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia.

Podkreślił, że obowiązuje swoista generalna zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców w konsekwencji czego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny lub w sposób nieobiektywny, czy też utrudniający konkurencję działa na niekorzyść zamawiającego, a nie odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że pomimo tego, że przedmiotem odwołania nie jest bezpośrednio treść SIWZ, to nie sposób pominąć poczynionych przez zamawiającego błędów dotyczących klauzuli równoważności wskazanej w SIWZ, jeżeli wprowadzona klauzula i dokonana na podstawie tego nieprawidłowa ocena zamawiającego doprowadziły do odrzucenia oferty odwołującego. Podkreślił, że okoliczności tej nie zmienia, a tym bardziej nie konwaliduje brak zaskarżenia przedmiotowego fragmentu dokumentacji przetargowej na wcześniejszym etapie postępowania, ponieważ jakkolwiek w postępowaniu odwoławczym to nie same w sobie wady SIWZ są przedmiotem odwołania, dla prawidłowego

rozpoznania sprawy nie mogą one zostać pominięte, bowiem mają bezpośredni skutek dla oceny prawidłowości złożonej przez odwołującego oferty i prawidłowości działań zamawiającego w stosunku do tej oferty.

Stwierdził, że zamawiający ustanowił swoje wymogi dotyczące sposobu i zakresu przedstawienia rozwiązania równoważnego wyłącznie w ramach ust. 2 rozdziału IV opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ to w tym fragmencie podkreślił, że zgodnie z przepisem art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez zamawiającego w OPZ, poprzez przedstawienie:

1. opisu rozwiązań równoważnych wraz z podaniem funkcjonalności proponowanego rozwiązania,

2. przedstawienia szczegółowego opisu wdrożenia rozwiązania równoważnego w środowisku wirtualizacji VMware i Red Hat Virtualization.

W ocenie odwołującego pozostałe postanowienia rozdziału IV opisu przedmiotu zamówienia, a także inne fragmenty SIWZ dotyczące klauzuli równoważności nie odniosły się do tego, co wykonawca ma wskazać lub wykazać w swojej ofercie. Uzupełnił, że postanowienia zawarte w ust. 1, 3-6 rozdziału IV opisu przedmiotu zamówienia stanowią narzucone przez zamawiającego wymogi, co jednak nie jest to równoznaczne z tym, że odwołujący miał obowiązek „przepisać” każdy z tych wymogów do swojej oferty. Ocenił, że potwierdza to ust. 2 rozdziału IV opisu przedmiotu zamówienia, który wprost wskazał w jaki sposób i w zakresie jakich kwestii wykonawca ma zaprezentować równoważność swoich rozwiązań.

Wskazał, że potwierdził w treści oferty, że przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup licencji pojemnościowych oprogramowania Veritas NetBackup” oferujemy realizację przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na warunkach określonych w niniejszej Ofercie oraz, że zapoznał się z treścią SIWZ oraz Projektem Umowy i nie wnosi do nich zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w nich zawarte, co oznacza, że odwołujący w ramach swojej oferty, poprzez jej złożenie zobowiązał się do realizacji zamówienia publicznego zgodnie z wymogami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ oraz w projekcie umowy oraz, że nie miał obowiązku wyodrębnić i opisać w swoim opisie rozwiązań równoważnych każdy wymóg i parametr wspomniany przez zamawiającego w ramach dokumentacji przetargowej.

Wskazał, że nie na tym polega wykazanie przez odwołującego równoważności jego oferty; takie podejście zamawiającego oznacza nierówne i dyskryminacyjne traktowanie wykonawców, którzy nie mają dostępu do produktów Veritas NetBackup. Uznał, że od samego początku postępowania byłoby oni stawiani na gorszej pozycji oraz wymagałoby się od nich niewspółmiernie dużego wysiłku oraz dodatkowych obowiązków, które nie zostały wyartykułowane przez zamawiającego w SIWZ oraz nie wynikają z ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że dopiero w uzasadnieniu do odrzucenia oferty zamawiający określił jakie, poza wskazanymi w rozdziale IV ust. 2 opisu przedmiotu zamówienia, miał oczekiwania i wymogi w stosunku do ofert równoważnych.

Stanął na stanowisku, że z uzasadnienia odrzucenia jego oferty wynika, iż zamawiający nie rozumie samej instytucji oferty równoważnej oraz swoich w tym zakresie obowiązków, a nadto konsekwencji prawnych wynikających z nienależytego wykonania tych obowiązków.

Podniósł, że:

- subiektywne przekonanie zamawiającego, że jego potrzeby mogą być zaspokojone tylko w określony sposób nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, w tym także oferty równoważnej.
- naruszeniem przez zamawiającego ustawy Pzp jest teoretyczne dopuszczenie przez niego możliwości oferowania rozwiązań równoważnych, lecz bez sprecyzowania parametrów równoważności, a nawet gdyby uznać treść rozdziału IV ust. 2 OPZ za próbę przedstawienia ogólnych parametrów, to nie identyfikują one alternatywnego rozwiązania w stosunku do produktu **Veritas NetBackup**,
- ustawodawca wymagał od zamawiającego precyzyjnego określenia zakresów równoważności oraz wskazania parametrów, które będą decydować o równoważności złożonej oferty – braki w tym zakresie nie mogą obarczać odwołującego,
- wszystkie wymogi i obowiązki wykonawcy, w tym odwołującego, również w zakresie sposobu i zakresu przedstawienia oferty równoważnej, aby mogłyby być przez zamawiającego egzekwowane również na płaszczyźnie odrzucenia oferty muszą być w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości, precyzyjny i dookreślony wprost wskazane w SIWZ,
- brak precyzyjności i jednoznaczności, czy też „milczenie” dokumentacji przetargowej w zakresie konkretnych obowiązków dotyczących sposobu przygotowania i przedstawienia rozwiązań równoważnych, w tym co do zakresów i parametrów równoważności oznacza, że nie spełnienie przez odwołującego tych warunków nie może powodować odrzucenia jego oferty.

Odwołujący uznał, że żądanie przez zamawiającego podania funkcjonalności proponowanego rozwiązania i szczegółowego jego wdrożenia w środowisku wirtualizacji VMware i Red Hat Virtualization nie stanowi określenia wymogów co do równoważności w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaofertowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia; OPZ nie precyzuje również zakresu parametrów równoważności przedmiotu oraz metod oceny ich spełnienia w oparciu o które zamawiający dokona oceny złożonej oferty równoważnej. SIWZ nie zawiera nadto kryteriów równoważności, dzięki którym zamawiający i wykonawcy w oparciu o metodę zerowej punktowej byłoby w stanie ocenić, czy dane rozwiązanie spełnia istotne parametry wymagane przez zamawiającego i w konsekwencji stwierdzić, czy nosi przymiot urządzenia równoważnego.

Podsumował, że jedyny fragment w całym SIWZ odnoszący się do sposobu i zakresu przedstawienia oferty równoważnej również nie jest prawidłowo skonstruowany, gdyż opiera się na bardzo ogólnych, nieweryfikowalnych wymogach, co do których zamawiający nie przedstawił sposobu w jaki będzie je oceniał.

Podniósł, że w konsekwencji treści klauzuli równoważności pozwała zamawiającemu na całkowicie subiektywną i nietransparentną ocenę, według wewnętrznych przekonań zamawiającego ofert równoważnych, co nastąpiło w przypadku oferty odwołującego.

W ocenie odwołującego za określenie wymaganego stopienia równoważności nie mogą zostać uznane wyjaśnienia zamawiającego dokonane w ramach pisma z dnia 17 czerwca 2016 roku, gdzie zamawiający odnosił się do poszczególnych wniosków wykonawców o zmianę treści SIWZ, *de facto* w większość je negując – zamawiający odnosił się do swoich oczekiwań związanych z przedmiotem zamówienia, co nie może stanowić prawidłowo skonstruowanej, jasnej, nie budzącej wątpliwości klauzuli równoważności.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający w swojej ocenie oferty odwołującego całkowicie pominął złożone przez odwołującego wyjaśnienia dotyczące przedstawionego opisu równoważności w zakresie w jakim wyjaśnienia te powinny całkowicie rozwiać wątpliwości zamawiającego, co do zgodności oferowanego rozwiązania równoważnego z wymogami określonymi w SIWZ – świadczy to o wadliwości odrzucenia oferty w wyniku błędnego, nie popartego dowodami przekonania zamawiającego oraz nieprawidłowej wykładni przepisów ustawy Pzp.

W odniesieniu do uznania przez zamawiającego ceny zaoferowanej przez odwołującego jak rażąco niskiej odwołujący wskazał, że w postępowaniu ofertę złożyło 3 wykonawców: Apex.IT Sp. z o.o. z ceną 2.064.948,60 zł, Decsoft S.A. z ceną 2.183.250,00 zł oraz odwołujący z ceną 1.962.219,00 zł, w związku z czym średnia arytmetyczna wynosiła 2.070.139,20 zł, co oznacza, że oferta odwołującego była tylko o 5% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Uzupełnił, że zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 2.248.612,20 zł – oferta odwołującego była o 13% niższa niż kwota jaką zmierzał przeznaczyć zamawiający na sfinansowanie zamówienia.

Podkreślił, że ani w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ani w uzasadnieniu do odrzucenia oferty zamawiający nie podał szacunkowej wartości zamówienia, która stanowiła podstawę zorganizowania przetargu.

Uznał na powyższej podstawie, że zamawiający nie miał żadnych podstaw do wezwania odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a tym bardziej nie miał prawa do odrzucenia oferty odwołującego na tej podstawie.

Zaznaczył, że konieczności wezwania do złożenia wyjaśnień w oparciu o ust. 1 art. 90 ustawy Pzp nie można rozumieć w ten sposób, że przepis ten powinien być stosowany każdorazowo wobec najkorzystniejszej cenowo (lub kosztowo) oferty przed dokonaniem jej wyboru, ponieważ wykładnia celowościowa tego przepisu ma zmierzać do eliminowania ofert, w których zaoferowano cenę lub koszt uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia, a nie wszczynanie procedury wyjaśniania każdorazowo wobec oferty z najniższą ceną lub kosztem.

Stwierdził, że odrzucenie oferty jest w granicach tego przepisu warunkowane dwoma rodzajami przesłanek. Pierwszy – nie udzielenie wyjaśnień. Drugi – złożenie wyjaśnień oraz dowodów, których ocena potwierdza rażące zaniżenie ceny lub kosztu, przy czym druga z przesłanek stanowi o potwierdzeniu rażącego zaniżenia ceny lub kosztu, a więc nie jest wystarczające wykazanie pewnych wątpliwości, lecz obraz sprawy musi przedstawiać się tak, że z otrzymanych wyjaśnień i dowodów można wyprowadzić wniosek w postaci rażącego zaniżenia ceny lub kosztu.

Działanie zamawiającego, polegające na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień, w ocenie odwołującego, potwierdza fakt, że zamawiający, poprzez tego typu działania nie dbał o dobro postępowania przetargowego i przestrzeganie przepisów, lecz szukał sposobu na odrzucenie oferty odwołującego, w związku z czym zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, mimo ciężącego na nim obowiązku w tym zakresie, nie był w stanie podać żadnej okoliczności, czy też argumentu przemawiającego za uznaniem, że w przypadku oferty odwołującego możemy mieć do czynienia z ceną rażąco niską. Podkreślił, że tym samym wezwanie wystosowane przez zamawiającego było na możliwie najwyższym poziomie ogólności.

Oświadczył, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące rzekomej ceny rażąco niskiej – mimo lakonicznego wezwania zamawiającego w ramach swoich wyjaśnień przedstawił konkretne, jednoznaczne informacje i dane potwierdzające, że w ramach zaoferowanej ceny jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w sposób zgodny z wymogami zamawiającego, w poszanowaniu powszechnie obowiązujących przepisów, a także przy zachowaniu rentowności tego przedsięwzięcia i uzyskania odpowiedniego zysku. Ocenił, że fakty te zostały potwierdzone poprzez wskazanie przez odwołującego, że jest w stanie zakupić składniki systemu potrzebne dla realizacji zamówienia zgodnie z warunkami SIWZ dostarczone przez firmę Dell za cenę 1.660.500,00 zł, na potwierdzenie czego przedstawił oświadczenie firmy Dell, z którego wynika, że odwołujący ma możliwość zakupu składników do systemu za kwotę 1.660.500,00 zł.

Stanął na stanowisku, że w żaden sposób wiarygodności tego oświadczenia nie podważa okoliczność, że zostało ono złożone w dniu 14 września 2020 roku, podkreślając, że obecnie z ustawy Prawo zamówień publicznych wynika konieczność składania przez wykonawców dokumentów potwierdzających aktualny stan rzeczy. Uzupełnił, że w ramach wyliczeń składających się na cenę ofertą wskazał, że na wdrożenie i uruchomienie systemu przeznaczą w budżecie kwotę 180.719,00 zł, planowana marża wyniosłaby 98.000,00 zł oraz cena zapewnia rezerwę na poziomie 23.000,00 zł.

Podsumował, że z przedstawionych przez odwołującego wyjaśnień wynika, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Zdaniem odwołującego żaden z argumentów, czy też okoliczności przytoczonych przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie uprawdopodobnia, a tym bardziej nie wykazuje, że cena zawarta w ofercie odwołującego jest ceną rażąco niską. Ocenił, że zamawiający w uzasadnieniu czynił wszelkie starania, aby wykazać, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską. Uznał, że całkowitym nieporozumieniem jest próba powoływania się przez zamawiającego na ceny zaoferowane w ramach bliżej nieokreślonego przetargu z 2019 roku, ponieważ powoływanie się na realia rynkowe istniejące w 2019 roku w stosunku do obecnej sytuacji rynkowej związanej z wystąpieniem epidemii Covid-19 jest całkowicie nieadekwatne i nie może stanowić argumentu w tej sprawie.

Stwierdził także, iż powoływanie się przez zamawiającego na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ przez odwołującego nie może stanowić podstawy do uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską oraz, że jego wyjaśnienia są – wbrew sugestiom zamawiającego – spójne wewnętrznie.

Zaznaczył, że oświadczenie producenta Dell, że cena dostarczanych składników w konfiguracji zgodnej z wymaganiami zamawiającego nie przekracza kwoty 1 660 500 zł brutto nie jest sprzeczne z kalkulacją zaprezentowaną przez odwołującego w ramach wyjaśnień dotyczących rzekomego rażąco niskiej ceny – sformułowanie producenta sugeruje jedynie, że być może będzie możliwość nabycia przez odwołującego przedmiotowych części składników za cenę niższą niż 1 660 500 zł brutto, co tylko potwierdza, że nie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, bowiem odwołujący potencjalnie ma możliwość zwiększenia swojej marży. Natomiast cena zaoferowana przez producenta jako maksymalna, uwzględnia, że np. przy zwiększeniu intensywności współpracy stron odwołujący będzie mógł nabyć te składniki za mniejszą niż 1660 500 zł brutto kwotę, co jest naturalną sytuacją w obrocie gospodarczym.

Za niezrozumiałe uznał zarzucenie przez zamawiającego, że odwołujący przewidział rezerwę w ramach swojej kalkulacji, ponieważ takie postępowanie jest powszechnie stosowane w zamówieniach publicznych i świadczy jedynie o dużej ostrożności, należytej staranności odwołującego, w szczególności w dobie dynamicznie zmieniającej się sytuacji na rynku z powodu epidemii Covid-19 – każdy racjonalny wykonawca, planując budżet na wykonanie zamówienia publicznego w obecnych okolicznościach powinien przewidzieć rezerwę związaną, chociażby z nagłym wzrostem cen dotyczących np. wdrożenia systemu.

Nadużyciem i naruszeniem renomy odwołującego nazwał twierdzenie zamawiającego, że być może odwołujący nie wie jakie składniki będą mu potrzebne do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami

zamawiającego określonymi w SIWZ i świadczy o istotnej, bezpodstawnej niechęci zamawiającego w stosunku do odwołującego.

Uzupełnił, że w błędzie pozostaje zamawiający, twierdząc, że odwołujący nie wycenił wcale szkoleń dla pracowników zamawiającego z „nowego” środowiska. Oświadczył, że uwzględnił koszty z tym związane w ramach pozycji dotyczącej wdrożenia i uruchomienia systemu.

Podniósł, że skoro zamawiający miał wątpliwości to mógł zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienia, co jest dopuszczalne w kontekście wyjaśniania wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Co do wyceny wsparcia technicznego oświadczył, że w ramach współpracy z producentem Dell, w przypadku dokonywania od niego zakupów poszczególnych składników, na podstawie przeprowadzonych negocjacji ma w cenie zakupu zapewnione wsparcie techniczne, a okres wsparcia technicznego jest każdorazowo ustalony przez strony, na podstawie zapotrzebowania złożonego przez odwołującego, w związku z czym, wbrew sugestiom zamawiającego, odwołujący uwzględnił przedmiotowy koszt w ramach pozycji składników do systemu dostarczonych przez Dell.

Podkreślił, że uwzględnił także koszt wynagrodzenia podwykonawcy Infrastructure & Business Consulting Group Sp. z o.o. w ramach pozycji dotyczącej wdrożenia i uruchomienia systemu, dodając, że również w tym zakresie zamawiający mógł się zwrócić z wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Podsumował, że w przypadku jego oferty nie wystąpiła cena rażąco niska, a odrzucenie oferty odwołującego na tej podstawie jest całkowicie niezasadne.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 7 października 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie” – pismo zamawiającego z dnia 28 października 2020 r., „Pisma procesowego odwołującego” z dnia 29 października 2020 r., złożonych przez przystępującego na rozprawie: dwóch oświadczeń prokurenta Dell Sp. z o.o. z Warszawy z dnia 28 października 2020 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty:

1.bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, poprzez nieprawidłowe uznanie przez zamawiającego, że treść oferty odwołującego nie zawiera rozwiązań równoważnych oraz nie jest zgodna z SIWZ

2.kreowania przez zamawiającego na etapie odrzucenia oferty odwołującego nieprzewidzianych w SIWZ wymogów i oczekiwania co do treści oferty równoważnej i przedstawionego tam opisu rozwiązań równoważnych,

potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt. 3 SIWZ „Przedmiot zamówienia” pkt 3.1. „Opis przedmiotu zamówienia”pkt 3.1.1 zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa posiadanego przez zamawiającego systemu backupu, umożliwiająca zwiększenie wolumenu zabezpieczanych danych na front endzie o 60 TB (NETBACKUP PLATFORM BASE COMPLETE ED XPLAT 1 FRONT END TB ONPREMISE STANDARD PERPETUAL FLEXIBLE LICENSE lub dostarczenie rozwiązania równoważnego) wraz ze wsparciem producenta.

W zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz szczegółowych warunków i zasad realizacji zamówienia odesłał do Projektu Umowy, stanowiącego Załącznik Nr 2 do SIWZ (ppkt 3.1.2.).

W § 1 Projektu Umowy zamawiający określił, że przedmiotem umowy jest dostawa dodatkowych licencji pojemnościowych dla posiadanego i eksploatowanego u niego środowiska backupu opartego o oprogramowanie Veritas NetBackup wraz ze wsparciem producenta. Wskazał, że szczegółowe warunki usługi świadczenia wsparcia technicznego dla oprogramowania opisane zostały w pkt II Załącznika nr 1 do Umowy. Uzupełnił, że w przypadku zaoferowania oprogramowania równoważnego wykonawca wykona je na warunkach zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, który stanowi Załącznik nr 1 do umowy.

W przywołanym załączniku nr 1 do umowy zamawiający podał z kolei, że przedmiotem zamówienia jest zakup dodatkowych licencji pojemnościowych dla posiadanego i eksploatowanego u zamawiającego środowiska backupu opartego o oprogramowanie Veritas NetBackup.

Zamawiający podał informacje dotyczące eksploatowanego aktualnie przez zamawiającego system backupu opartego na rozwiązaniu Veritas Netbackup licencjonowanego w modelu pojemnościowym (licencja obejmuje każdy TB pojemności danych na front endzie zasobów backupowanych) oraz podał, jakie posiada aktywne licencje.

Wskazał ponownie, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa posiadanego przez zamawiającego systemu backupu, umożliwiająca zwiększenie wolumenu zabezpieczanych danych na front endzie o 60 TB (NETBACKUP PLATFORM BASE COMPLETE ED XPLAT 1 FRONT END TB ONPREMISE STANDARD PERPETUAL FLEXIBLE LICENSE lub dostarczenie rozwiązania równoważnego) wraz ze wsparciem producenta do 07.10.2022 (dalej „Oprogramowanie”).

Opisał, jakich warunków gwarancji i serwisu oczekuje, opisał swoje środowisko backupu (środowisko kopii zapasowych rozmieszczone jest w 3 lokalizacjach w Warszawie).

W pkt. IV. „Warunki równoważności” zamawiający podał: „Zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie równoważne musi zapewniać kompatybilność techniczną i funkcjonalną ze sprzętem i oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego, tj. Wykonawca musi dokonać takiego doboru produktów, aby zagwarantować całkowitą projektową i produkcyjną funkcjonalność, niezawodność, pojemność i bezpieczeństwo po jego instalacji, uruchomieniu i eksploatacji u Zamawiającego.”

Zamawiający wskazał nadto – pkt IV.2, że „W przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych Wykonawca, zgodnie z przepisem art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w niniejszym OPZ, tj. zobowiązany jest do złożonej oferty dołączyć opis tych rozwiązań wraz z pełnym podaniem funkcjonalności proponowanego rozwiązania i jednocześnie przedstawić szczegółowy opis jego wdrożenia w środowisku wirtualizacji VMware i Red Hat Virtualization.”

Pismem z dnia 10 lipca 2020 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, oczekując odpowiedzi na 7 pytań.

Pismem z dnia 15 lipca 2020 r. odwołujący udzielił wyjaśnień w odniesieniu do pytań zamawiającego.

Pismem z dnia 21 września 2020 r. („Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”) zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp („z zastrzeżeniem art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”), tj. z tego powodu, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego z 15 lipca 2020 r. (dalej także „uzasadnienie”) nie wskazał na niezgodność natury merytorycznej pomiędzy treścią SIWZ a treścią oferty odwołującego, co przesądza o bezpodstawności decyzji zamawiającego.

Obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale nie w każdym przypadku, gdy oferta wykonawcy nie odpowiada SIWZ, ale tylko przypadku takiej „niezgodności”, która ma charakter merytoryczny, a nie jedynie formalny.

Podnieść należy, że zamawiający w uzasadnieniu, identyfikując dostrzeżoną przez siebie „niezgodność” z SIWZ wskazał jedynie na „pkt IV 2.” Załącznika nr 1 do Projektu Umowy. Podał, że z treści oferty Wykonawcy VECTO Sp. z o.o., jak również z przesłanych przez Niego odpowiedzi (...) nie wynika, iż Wykonawca VECTO Sp. z o.o. wywiązał się z obowiązku wynikającego z pkt IV.2 Opisu przedmiotu zamówienia (...).”

Do kogo zatem kierowany był obowiązek z pkt. IV.2., na czym polegał, czemu miał służyć i jaki był jego charakter ?

Rozstrzygnięcie powyższego ma kluczowe znaczenie dla oceny decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, ponieważ punkt IV. 2 stanowił jedyną podstawę odrzucenia oferty odwołującego w uzasadnieniu. Był to bezsprzecznie obowiązek kierowany do wykonawcy, który oferuje rozwiązania równoważne (zdanie zaczyna się od: „W przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych Wykonawca (...), służący wykazaniu, że oferowane przez takiego wykonawcę rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia (dalsza część zdania brzmi: „obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w niniejszym OPZ), polegający na załączeniu do oferty opisu oferowanych rozwiązań wraz z pełnym podaniem funkcjonalności proponowanego rozwiązania i przedstawieniu szczegółowego opisu jego wdrożenia w środowisku wirtualizacji VMware i Red Hat Virtualization (część zdania brzmi: „dołączyć opis tych rozwiązań wraz z pełnym podaniem funkcjonalności proponowanego rozwiązania i jednocześnie przedstawić szczegółowy opis jego wdrożenia w środowisku wirtualizacji VMware i Red Hat Virtualization.”

Poddając ocenie charakter ww. obowiązku uprzedniego ustalenia wymaga, jakie wymagania określone przez zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia miał wykazać wykonawca oferujący rozwiązania równoważne. Tylko bowiem ustalając powyższe, możliwą będzie weryfikacja zgodności oczekiwań zamawiającego wyrażonych co do przedmiotu zamówienia w SIWZ z zaoferowanymi rozwiązaniami równoważnymi.

W SIWZ (Załączniku nr 1 do Projektu Umowy) zamawiający opisał istniejące u niego rozwiązania, opisał jakich warunków gwarancji i serwisu oczekuje.

„O relacji” rozwiązań równoważnych do rozwiązań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, opartych na oprogramowaniu Veritas NetBackup 8.1.2 – o warunkach równoważności zamawiający wypowiedział się w pkt. IV. 1. (i tylko w tym punkcie), któremu nadał taki właśnie tytuł – „Warunki równoważności”.

W ocenie składu orzekającego Izby w pkt. IV.1. zamawiający przesądził, że rozwiązanie równoważne, zapewniające kompatybilność techniczną i funkcjonalną ze sprzętem i oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego (zdanie pierwsze do „tj.”) to takie rozwiązanie, które oparte jest na dokonanych przez wykonawcę doborze produktów, gwarantującym całkowitą projektową i produkcyjną funkcjonalność, niezawodność, pojemność i bezpieczeństwo po jego instalacji, uruchomieniu i eksploatacji u zamawiającego (zdanie drugie po „tj.”), ponieważ drugie zdanie poprzedzone zostało „tj.”, a zatem zdanie pierwsze należy rozumieć w sposób wskazany w zdaniu drugim.

Uwzględniając powyższe, uznać należy, że zamawiający nie wskazał w SIWZ żadnych, wymagających wykazania obszarów równoważności, przestając na nałożeniu na wykonawcę obowiązku doboru produktów w ramach oferowanych rozwiązań równoważnych („takiego, aby zagwarantować całkowitą projektową i produkcyjną funkcjonalność, niezawodność, pojemność i bezpieczeństwo”).

Konfrontując pkt. IV.2. kreujący obowiązek wykazania przez wykonawcę, że oferowane przez niego rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia z pkt. IV.1., w którym zamawiający nie zawarł żadnych wymagań równoważności co do funkcjonalności projektowej czy funkcjonalnej, niezawodności, pojemności czy bezpieczeństwa, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że złożony przez odwołującego opis rozwiązania równoważnego (poprzedzony żądaniem zamawiającego jego złożenia) nie może stanowić podstawy oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ (skoro SIWZ nie zawiera „obszaru” wymagającego wykazania równoważności). Tym samym obowiązek złożenia opisu rozwiązań równoważnych jawi się jako obowiązek li tylko formalny i jako taki nie może prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej co do treści z treścią SIWZ (niezgodności co do meritum). Jakkolwiek braki w kompletności załączonego przez odwołującego opisu oferowanego rozwiązania równoważnego pozostają bez znaczenia z perspektywy oceny zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Złożone przez odwołującego na rozprawie oświadczenia Dell Sp. z o.o. z Warszawy zawierające ocenę tego podmiotu o równoważności zaoferowanego przez odwołującego rozwiązania do rozwiązań zamawiającego (zbieżną z oceną odwołującego) jest ogólne („Rozwiązanie jest rozwiązaniem w pełni równoważnym”), przez co nie wnosi do sprawy nic nowego.

Zamawiający w uzasadnieniu stwierdził także (poświęcając tym wątkom znaczną część uzasadnienia – str. 5-9), że załączony przez odwołującego opis rozwiązania równoważnego nie zawiera w szczególności:

- „Ramowego harmonogramu wdrożenia, z którego wynikałoby utrzymanie wymaganego terminu 30 dni na uruchomienie rozwiązania alternatywnego zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy (OPZ)” (str. 5 uzasadnienia),
  - „Opisu sposobu wykorzystania istniejącej u zamawiającego infrastruktury backupowej, w tym sieci SAN, dedykowanych macierzy dyskowych i bibliotek taśmowych, serwerów mediów oraz środowisk wirtualizacyjnych” (str. 5 uzasadnienia),
  - „Opisu przeniesienia istniejących polityk backupowych wszystkich typów” (str. 8 uzasadnienia)
  - „Opisu procedur testowych” (str. 8 uzasadnienia),
- oraz, że nie wynika z niego, że „oprogramowanie równoważne będzie obejmować licencje dla całości środowiska backupowego Zamawiającego” (str. 8 uzasadnienia), „Wykonawca uruchomi eksploatacyjnie cały system backupu z wykorzystaniem oprogramowania równoważnego” (str. 9 uzasadnienia).

Skład orzekający Izby wskazuje, że ani ramowy harmonogram, ani żaden z ww. opisów nie został przez zamawiającego

ujęty w SIWZ (zamawiający nie odwołał się do żadnego postanowienia SIWZ), stąd całkowicie nieuprawnionym jest, na etapie badania i oceny ofert, ich kwalifikacja przez zamawiającego jako braków w opisie odwołującego załączonym do oferty, prowadząca do odrzucenia oferty odwołującego.

Rację zatem przyznać należy odwołującemu, że zamawiający wykreował po terminie składania ofert nieprzewidziane w SIWZ wymogi i oczekiwania, bezpodstawnie czyniąc je przyczynami uzasadniającymi odrzucenie oferty odwołującego.

Uzupełniająco przypomnienia wymaga, że opracowana przez zamawiającego SIWZ – po terminie składania ofert – jest wiążąca tak dla wykonawców, jak i jej autora – zamawiającego. Interpretując postanowienia SIWZ należy przyznać pierwszeństwo wykładni językowej, nie zaś pozostającym poza treścią SIWZ, niewyartykułowanym oczekiwaniom, czy intencjom zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego.

Zarzut bezpodstawnego uznania przez zamawiającego, że oferta odwołującego zawiera cenę rażąco niską, a co za tym idzie bezzasadnej oceny zamawiającego, że oferta odwołującego podlega z tego powodu odrzuceniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W „Informacji Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami art. 86 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843)” z dnia 24 czerwca 2020 r. zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 2 248 612,20 zł oraz, że w postępowaniu złożyło

3 oferty z cenami:

oferta nr 1 – 2 064 498,60 zł (oferta przystępującego),

oferta nr 2 – 1 962 219,00 zł (oferta odwołującego),

oferta nr 3 – 2 183 250,00 zł (oferta Decsoft S.A. z Warszawy).

Pismem z dnia 10 lipca 2020 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego „do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących w szczególności sposobu kalkulacji maksymalnej łącznej ceny przedstawionej w Ofercie”. Zamawiający stwierdził także, że zaoferowana przez odwołującego „cena dotycząca rozwiązania równoważnego wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ”. Poprosił o „wskazanie w sposób szczegółowy wszystkich elementów cenotwórczych składających się na maksymalną łączną cenę brutto.”

Odwołujący udzielił odpowiedzi w piśmie z dnia 15 lipca 2020 r.

Oświadczył, że:

1.cena zakupu składników dostarczanych przez firmę Dell wynosi 1 660 500 zł brutto, na potwierdzenie czego załączył oświadczenie prokurenta spółki Dell Sp. z o.o. z Warszawy.

2.zaoferowana cena obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego.

3.cena zawiera koszty usługi, dostawy i zysk odwołującego.

Odwołujący zaprezentował tabelę, w której ujął „Wykaz składników cenotwórczych oferowanego systemu backupu” – łączna kwota 1 962 219 zł, tj.

1.składniki systemu dostarczane przez firmę Dell za cenę brutto 1 660 500 zł,

2.wdrożenie i uruchomienie systemu za cenę brutto 180 719 zł,

3.rezerwa w wysokości 23 000 zł,

4.marża odwołującego w wysokości 98 000 zł.

Załączył, adresowane do zamawiającego pismo prokurenta spółki Dell Sp. z o.o.z Warszawy z dnia 14 lipca 2020 r. – oświadczenie o treści: „Na prośbę Vecto Sp. z o.o. informujemy Państwo, że cena zakupu produktów firmy Dell EMC, w tym komplety licencji DELL EMC Networker 19.3, DELL EMC Data Protection Advisor 19.3, DELL EMC Data Protection Central 19.3 oraz dwóch urządzeń DELL EMC DD6300 w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego nie przekracza kwoty 1 660 500 zł brutto.”

Pismem z dnia 21 września 2020 r. („Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”) zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z tego powodu, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że „Bardzo poważną wątpliwość Zamawiającego budzi (...) fakt, że zaoferowane przez Wykonawcę VECTO Sp. z o.o. rozwiązanie równoważne zostało skalkulowane na niższą maksymalną łączną cenę, niż dwie pozostałe oferty (...). Zaproponowana za rozwiązanie równoważne cena także znacząco odbiega od cen ofertowych, które zaoferowano w postępowaniu z 2019 r. (którego przedmiotem była właśnie rozbudowa całego systemu, a zakres zamówienia był bardzo zbliżony do czynności które Wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne musiałby wykonać żeby spełnić wymogi Zamawiającego). (...) wartość udzielonego zamówienia w 2019 r. była dla Zamawiającego także istotnym punktem odniesienia przy ocenie możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę (...)”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Z przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że poddana ocenie pod kątem rażąco niskiego charakteru cena ofertowa musi zostać zweryfikowana zawsze, gdy odbiega o co najmniej 30% od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje natomiast zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w przypadku, gdy cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Podstawą wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień był art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc zaistnienie po stronie zamawiającego wątpliwości, które nie referowały do zaoferowania przez odwołującego ceny niższej o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT czy średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

I o ile w przypadku wskazywania przez zamawiających w wezwaniu do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiego charakteru ceny podstawy prawnej z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp oczywistym jest dłaczego wątpliwości istnieją (cena niższa aż o 30% albo więcej), o tyle w przypadku wskazania podstawy prawnej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp kwestia ta pozostaje zupełną niewiadomą.

W sytuacji wezwania z zastosowaniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie zatem, co konkretnie wzbudziło jego wątpliwości, ponieważ tylko wówczas wezwany wykonawca jest w stanie udzielić adekwatnych wyjaśnień. Na temat ścisłego związku udzielanych przez wykonawcę wyjaśnień z treścią wezwania zamawiającego wielokrotnie wypowiadała się w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza, podkreślając, że skonkretyzowana treść wezwania warunkuje uzyskanie konkretnych wyjaśnień, które mają „zapłacić lukę” – rozwiązać wątpliwości zamawiającego co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

W wezwaniu z dnia 10 lipca 2020 r. zamawiający nie podał dlaczego cena ofertowa odwołującego wydała mu się rażąco niska, zamykając tym samym odwołującemu drogę do udzielenia takich wyjaśnień, które owe niejasne wątpliwości zamawiającego miałyby szansę rozwiązać.

Zamawiający wyartykułował oczekiwania złożenia przez odwołującego wyjaśnień co do sposobu kalkulacji maksymalnej łącznej ceny oraz szczegółowego wskazania wszystkich elementów cenotwórczych.

Podnieść należy, że w przedmiotowym postępowaniu obowiązkiem wykonawców było sporządzenie oferty zgodnie z treścią opracowanego przez zamawiającego Formularza Oferty, przewidującego podanie wyłącznie łącznej ceny ofertowej brutto (pkt 7.11 SIWZ) wobec czego zasadnym jest wniosek, że zamawiający nie narzucił wykonawcom w zakresie kalkulacji ceny ofertowej żadnego sposobu, żadnej metody „dochodzenia do ceny”, żadnego poziomu agregacji w zakresie elementów cenotwórczych.

Zaprezentowany przez odwołującego sposób kalkulacji maksymalnej łącznej ceny, poprzez wskazanie w tabeli 4 elementów cenotwórczych należy uznać za wystarczający. Skoro bowiem pozycje te składają się na łączną cenę ofertową odwołującego – stanowią sumę ceny ofertowej, a przyjęty poziom agregacji elementów cenotwórczych nie został narzucony ani w SIWZ, ani wskazany przez zamawiającego w wezwaniu, to zaprezentowanie tabeli z czterema składnikami cenotwórczymi, przy braku zidentyfikowania obszarów wątpliwych dla zamawiającego, stanowi adekwatną odpowiedź na wezwanie zamawiającego.

O ile zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości przeprowadzenia przez odwołującego w ramach zaoferowanej ceny szkoleń, wątpliwości co do ujęcia wyceny wsparcia technicznego, czy kosztów związanych z udziałem podwykonawcy (na co wskazywał w uzasadnieniu), to winien oczekiwać w tym zakresie wyartykułować już w treści wezwania.

Ocena przez zamawiającego (w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego) przedstawienia przez odwołującego niepełnego wykazu składników cenotwórczych jest nie do pogodzenia z brakiem wskazania czy to w SIWZ, czy to w wezwaniu do złożenia wyjaśnień jakichkolwiek składników. Kwestia ta została pozostawiona odwołującemu.

Uzupełniająco podnieść należy, że wykonawca, odpowiadający na wezwanie, które nie zawiera wskazania co konkretnie budzi wątpliwości zamawiającego, może zasadnie zakładać, że w przypadku, gdy „nie wpisze się” swoją odpowiedzią w niewyartykułowane oczekiwania zamawiającego, zostanie wezwany do udzielenia dalszych wyjaśnień.

Odnosząc się do złożonego przez odwołującego dowodu w postaci oświadczenia prokurenta Dell Sp. z o.o. z Warszawy, skład orzekający Izby wskazuje, że w sytuacji, gdy oświadczenie to stanowi gwarancję zakupu przez odwołującego u tego podmiotu składników systemu za kwotę 1 660 500 zł, tj. kwotę stanowiącą „lwią część” ceny ofertowej, należy uznać je za uzasadniające wysokość zaoferowanej przez odwołującego ceny.

Za oderwane od realiów rynkowych skład orzekający Izby uznał stanowisko zamawiającego, sprowadzające w istocie do tego, że ten odmawia wykonawcy możliwości zwiększenia jego marży w sytuacji, gdy ostateczna cena za składniki systemu dostarczane przez firmę Dell okazałyby się niższa od wskazanej w tabeli. Zamawiający zdaje się pomijać oczywistą dynamikę relacji pomiędzy przedsiębiorcami.

Deprecjonowanie oświadczenia prokurenta Dell Sp. z o.o. z Warszawy z tego powodu, że zostało złożone już po terminie składania ofert jest o tyle zaskakujące, że jego adresatem jest zamawiający. Złożenie oświadczenia, którego adresatem jest zamawiający z datą przez terminem składania ofert oznaczałoby oczekiwanie wykonawcy, że zostanie on wezwany do złożenia wyjaśnień, co jest niedorzeczne.

Wyjaśnienia odwołującego nie były obszerne – zostały zawarte na jednej stronie i uzupełnione o oświadczenie firmy Dell. Jednak w przedmiotowym stanie faktycznym wyjaśnienia te należy uznać za odpowiednie do wezwania, którego treść nie dała odwołującemu żadnych wskazówek co do wątpliwych dla zamawiającego „pól” w zakresie ceny ofertowej odwołującego.

Niezasadne jest powołanie się przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego na okoliczność, że cena ofertowa odwołującego została skalkulowana niżej niż dwie pozostałe oferty oraz, że cena ta znacząco odbiega od cen zaoferowanych w postępowaniu w 2019 roku.

Po pierwsze, różnicę pomiędzy ceną ofertową odwołującego a pozostałymi dwoma ofertami na poziomie 5% nie sposób ocenić inaczej niż przejaw normalnej i pożądanej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznej konkurencji pomiędzy wykonawcami. W tym kontekście nietrafnym wydaje się oczekiwanie zamawiającego, aby odwołujący w ramach wyjaśnień uzasadniał wysokość swojej ceny okolicznościami, które spowodowały obniżenie ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp.

Po wtóre, przypomnienia wymaga, że różnice (o co najmniej 30%) pomiędzy cenami ofertowymi stanowią odrębną podstawę wezwania do złożenia wyjaśnień w kontekście ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 1a). Nie miała ona zastosowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie wskazał jej zamawiający w swoim wezwaniu z 10 lipca 2020 r.

Po trzecie, nie można pominąć, że porównanie ceny ofertowej do przedmiotu zamówienia (o czym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) to – na płaszczyźnie wartości – porównanie ceny ofertowej brutto z ubruttowioną wartością szacunkową przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie podnosił, iżby ustalona przez niego wartość zamówienia powiększona o należny podatek VAT była obciążona błędem, czy zdezaktualizowała się. Bezprzedmiotowe jest w takiej sytuacji odwoływanie się przez zamawiającego do cen oferowanych w jakimkolwiek przetargu z 2019 roku i to abstrahując od poprawności oceny (czy to przez odwołującego, czy przez zamawiającego), czy jest to przetarg, którego przedmiot jest porównywalny.

Złożone przez odwołującego na rozprawie oświadczenia Dell Sp. z o.o. z Warszawy dotyczące m.in. możliwości zakupu przez odwołującego oprogramowania za kwotę 1 660 500,00 zł potwierdza wysokość, jaką odwołujący ujął w tabeli w ramach wyjaśnień z dnia 15 lipca 2020 r.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający bezpodstawnie odrzucając ofertę

odwołującego, naruszył przepis art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie, w którym powstały wątpliwości lub bezpodstawne domniemania i przypuszczenia zamawiającego, co do treści oferty odwołującego, które według wewnętrznych przekonań zamawiającego zostały rozstrzygnięte na niekorzyść odwołującego, poprzez uznanie, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, a także poprzez nie uwzględnienie przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez odwołującego w ramach pisma z dnia 15 lipca 2020 roku w kontekście potwierdzenia poprzez te wyjaśnienia równoważności zastosowanych przez odwołującego rozwiązań, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 w zw. art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący zaprezentował okoliczności faktyczne i swoje stanowisko łącznie z okolicznościami i stanowiskiem dotyczącymi naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W ramach tegoż wyodrębnić można jedynie, w odniesieniu do wyceny szkoleń, że „skoro Zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie, to mógł zwrócić się do Odwołującego w tej kwestii (...)” oraz, w odniesieniu do wyceny wsparcia technicznego i kosztu wynagrodzenia podwykonawcy, że „Również w tym zakresie Zamawiający mógł się zwrócić z wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym aspekcie (...)”.

Odwołujący oparł zarzut na założeniu, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego miał jeszcze jakieś wątpliwości, wskazując jednocześnie na możliwość zwrócenia się przez zamawiającego do odwołującego z wezwaniem do złożenia kolejnych wyjaśnień.

Z jednej strony sam odwołujący przyznał, że zamawiający mógł zwrócić się do niego z wezwaniem do złożenia kolejnych wyjaśnień – dostrzegł przysługujące zamawiającemu prawo, z drugiej strony zakładał, że po stronie zamawiającego, po złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach z 15 lipca 2020 r., pozostały jakieś wątpliwości.

Fakt, że zamawiający i odwołujący w odmienny sposób oceniają treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień nie oznacza automatycznie, że u zamawiającego powinny zrodzić się lub powstały jakieś wątpliwości.

Uwzględniając powyższe, a w szczególności eksponowane przez samego odwołującego prawo zamawiającego do wezwania do złożenia przez odwołującego kolejnych wyjaśnień, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 w zw. art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przewidział – w pkt. 5.2.4. SIWZ złożenie przez wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie szeregu dokumentów.

Oferta odwołującego nie została oceniona najwyżej (została jednak odrzucona), tym samym odwołujący nie był wzywany do złożenia ww. dokumentów, których złożenie i „pozytywna” ocena bezsprzecznie poprzedza wybór oferty najwyżej ocenionej jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego uznać należy, że zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący.....**