Sygn. akt: KIO 2449/21

WYROK

z dnia 12 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2021 r. przez odwołującego Bezpieczne.IT Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Najwyższą Izbę Kontroli w Warszawie przy udziale wykonawcy Indata.systems Sp. z o. o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. poprzez bezpodstawne utajnienie wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny złożonych przez wykonawcę Indata.systems Sp. z o. o. w Warszawie wraz z dołączonymi do wyjaśnień dokumentami

i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

2. częściowo uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

2.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty

odwołującego z postępowania,

2.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie sposobu

spełnienia wymagania z pkt 7.13 i pkt 2.8 załącznika nr 1 do SWZ,

w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża zamawiającego

Najwyższą Izbę Kontroli w Warszawie oraz w części 1/2 obciąża odwołującego Bezpieczne.IT Sp. z o. o. w Warszawie i:

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście

tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Bezpieczne.IT Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego Najwyższej Izby Kontroli w Warszawie na rzecz odwołującego Bezpieczne.IT Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 9 300,00 zł (dziewięć tysięcy trzysta złotych) tytułem zwrotu części kosztów wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 12 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2449/21

Zamawiający - Najwyższa Izba Kontroli ul. Filtrowa 57, 02-056 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: ”Modernizacja systemu kopii zapasowych”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 098-253632, dalej zwane jako „postępowanie”.

Postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 16 sierpnia 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Bezpieczne.IT Sp. z o. o. ul. Franciszka Klimczaka nr 1, lok. kl. A II P, 02-797 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezpodstawne utajnienie całości lub ewentualnie części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę INDATA w ramach procedury o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP wraz z dołączonymi do wyjaśnień dokumentami w tym uzasadnieniem utajnienia dokumentów jeżeli w ogóle było ono składane pomimo tego, że zastrzeżone informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa i/lub ich zastrzeżenie nie zostało w sposób wystarczająco uzasadnione;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INDATA pomimo tego, że oferta INDATA zawiera rażąco niską cenę, nie daje rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia i nie jest możliwe skuteczne i prawidłowe wykazanie, w toku procedury o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, że cena ofertowa tego wykonawcy jest prawidłowa;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia mimo iż, jego oferta jest zgodna z warunkami określonymi w dokumentacji przetargowej Postępowania. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu

unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym odtajnienia w całości lub w części dokumentów zastrzeżonych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawcę Indata.systems Sp. z o. o. w Warszawie (dalej zwanego „wykonawcą INDATA”), odrzucenia oferty wykonawcy INDATA jako zawierającej rażąco niską cenę i wybór oferty odwołującego,

ewentualnie - z daleko posuniętej ostrożności w przypadku braku podzielenia przez Izbę słuszności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. - unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu nr 2 odwołujący wskazał co następuje. Wyjaśnienia wykonawcy INDATA nie mogą potwierdzać realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny ofertowej. Wprawdzie odwołujący został bezprawnie pozbawiony wglądu w treść tych wyjaśnień z uwagi na nieuzasadnione utajnienie wyjaśnień wykonawcy i nie może odnieść się do opracowanego zestawienia kosztów wykonania zamówienia, jednakże na podstawie wstępnej wyceny Studiotech Polska SP. z o.o., S4E S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. można stwierdzić, że oferta wykonawcy INDATA zawiera rażąco niska cenę i nie ma możliwości wiarygodnego uzasadnienia rentowności tej oferty.

Odwołujący zaznaczył, że to na wykonawcy co do którego zaistniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty, ciąży obowiązek wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska, lecz jest realna, rynkowa oraz że zapewnia zarówno wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami zamawiającego. Wykonawca w ramach procedury wyjaśniania ceny jest zmuszony do wykazania tego, że osiągnie zysk. Wskazano też na wyrok Izby sygn. akt: KIO 23/18 i wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt: V Ca 459/06.

Odwołujący dodał, że za niedopuszczalną praktykę należy uznać samodzielne weryfikowanie przez zamawiającego zgodności danych wskazanych w ofercie czy wyjaśnieniach z realiami rynkowymi, przy braku złożenia stosownych dowodów przez wykonawcę. Zamawiający ocenia wiarygodność zaoferowanej ceny i przedłożonych wyjaśnień wyłącznie w oparciu o argumentację i dowody jakie przedstawione zostały mu przez wykonawcę w toku postępowania wyjaśniającego, co potwierdza wyrok Izby sygn. akt: KIO 1272/19. Odwołujący zauważył także, że w toku postępowania odwoławczego nie będzie możliwe uzupełnienie uprzednio złożonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, w tym zgłoszenie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione. Izba bowiem w toku postępowania odwoławczego weryfikuje prawidłowość podjętych przez zamawiającego decyzji (tak wyrok KIO 815/19). W ocenie odwołującego nie będzie możliwe również wystosowanie ponownego wezwania do wykonawcy INDATA, ponieważ nie jest to uprawnione, kiedy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, co potwierdzają wyroki Izby sygn. akt: KIO 2025/12 i KIO 1431/17 oraz przywołane w odwołaniu poglądy doktryny.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył wskazane w zarzucie przepisy ustawy p.z.p., co miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut nr 3 odwołania został uzasadniony przez odwołującego w sposób następujący. Wbrew stanowisku zamawiającego oferta spełnia warunki zamówienia. Uzasadnienie odrzucenia, gdzie zdaniem zamawiającego nie spełniono postanowień 7.13. i 2.8 OPZ, nie potwierdza, że oferta złożona przez odwołującego jest sprzeczna z SWZ i stanowi próbę niejako siłowego udowodnienia, że ziściły się w tym przypadku przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Nieprawdą jest stwierdzenie, iż zaoferowane rozwiązanie nie posiada funkcjonalności „deduplikacji w locie". Deduplikacja w locie odbywa się w pamięci urządzenia, przed zapisem na dyski za pomocą oprogramowania układowego, części mikrokodu, urządzenia ExaGrid. Ponadto odpowiedź na pytanie, na które powołuje się zamawiający dotyczy 7.16 OPZ, czyli nie można z tego wyprowadzać, że dotyczyło również pkt 7.13 OPZ. Zdaniem odwołującego także zarzut niespełnienia wymagania OPZ: „Algorytm deduplikacji musi posługiwać się blokami danych o zmiennej długości" jest niezasadny, bowiem w zaoferowanym rozwiązaniu możliwa jest deduplikacja zmiennym blokiem do poziomu 1 kb.

W ocenie odwołującego decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty jest bezzasadna. Treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy, a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. W tym przypadku jest to niemożliwe.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnia odwołanie w zakresie odtajnienia całości dokumentów złożonych przez wykonawcę INDATA jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienie utajnienia ww. wyjaśnień - pismo z dnia 19 lipca 2021 r.), a w pozostałej

części wnosi o oddalenie odwołania zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p., skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Indata.systems Sp. z o. o.

ul. Zgrupowania Żmija 15/197, 01-875 Warszawa (dalej zwanego „przystępującym"),

zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. W ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Ponadto zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 z petitum odwołania dotyczący zaniechania odtajnienia wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień przystępującego dotyczących sposobu kalkulacji ceny, załączonych do wyjaśnień dokumentów i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, zaś przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia, co w tym zakresie skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego i znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności podniesione w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie zostało częściowo przez Izbę uwzględnione, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego z postępowania, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie sposobu spełnienia wymagania z pkt 7.13 i pkt 2.8 załącznika nr 1 do SWZ.

Na wstępie należy zaznaczyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach w sposób jasny wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie - sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt II: PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II: CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II: CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05). Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą - w myśl zasady da mihi factum, dabo tibi ius - Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09). Argumentacja ta znajduje także odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie Izby, gdzie wskazuje się, że „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów" (vide wyrok Izby z 30.05.2017 r. sygn. akt: KIO 993/17, por. też wyroki Izby: z 02.08.2017 r. sygn. akt: KIO 1488/17, z 10.08.2018 r. sygn. akt: KIO 1370/18, z 26.06.2018 r. sygn. akt: KIO 1075/18, z 17.05.2019 r. sygn. akt: KIO 805/19). Skład

orzekający wskazane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

W świetle powyższego skład orzekający stwierdził, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części, ponieważ podniesione przez odwołującego okoliczności wskazują, że zamawiający w sposób przedwczesny dokonał odrzucenia jego oferty z postępowania, a brak wezwania wykonawcy do wyjaśnienia jej treści spowodował, że przed Izbą doszło do quasi postępowania wyjaśniającego, które powinno zostać przeprowadzone w toku badania i oceny ofert w przetargu. Materiał dowodowy złożony przez odwołującego przekonał Izbę, że czynność odrzucenia jego oferty jest wadliwa i jako taka nie może się ostać. Wypada także podkreślić, że wszystkie okoliczności faktyczne i uzasadnienie prawne decyzji eliminacji wykonawcy z postępowania należy podać w informacji o odrzuceniu oferty (art. 253 ust. 1 p.z.p.), która stanowi podstawę do wniesienia odwołania i jest oceniania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Postępowanie odwoławcze, a następnie postępowanie skargowe posiada charakter weryfikacyjny - bada się czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności w przetargu, zgodnie z decyzją, którą przekazano wykonawcy. Zatem nie zastępuje się zamawiającego w badaniu i ocenie ofert, a jedynie sprawdza czy czynność odrzucenia oferty, zgodnie z informacją z dnia 6 sierpnia 2021 r., była prawidłowa i należy ją utrzymać.

Zamawiający wyeliminował ofertę odwołującego z powodu niezgodności z warunkami zamówienia - pkt 7.13 załącznika nr 1 do SWZ (dalej jako „OPZ"), który stanowi, że „7.13. Deduplikacja w locie (ang. In-line): dane muszą być deduplikowane w pamięci operacyjnej urządzenia przed zapisem na dyskach bezpośrednio po ich otrzymaniu bez konieczności ich zapisania na dyskach urządzenia i przeprowadzania procesu deduplikacji w późniejszym terminie." Przy tym deduplikacja to, zgodnie z pkt 2.8. OPZ, funkcjonalność eliminacji identycznych bloków danych, którą można stosować na urządzeniu. Algorytm deduplikacji musi posługiwać się blokami o zmiennej długości.

W informacji z dnia 6 sierpnia 2021 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający stwierdził, że urządzenia firmy ExaGrid zgodnie z dokumentacją producenta nie posiadają możliwości deduplikacji w locie (także wydruk złożony przez zamawiającego i przystępującego). Niemniej, deduplikacja wykonywana w locie w urządzeniu zaoferowanym przez odwołującego następuje zdaniem wykonawcy w pamięci urządzenia - za pomocą oprogramowania układowego, części mikrokodu urządzenia ExaGrid, przed zapisem na dyski (vide oświadczenie producenta i opinia prywatna). Producent oświadczył, że urządzenie posiada komponent integracyjny Veem Data Mover, który jest procesem systemowym, uruchamianym w pamięci operacyjnej urządzenia jako element oprogramowania układowego (mikrokodu). W oprogramowaniu układowym dane deduplikowane są w pamięci operacyjnej urządzenia, przed zapisem ich na dyski i bezpośrednio po ich otrzymaniu od systemu backup.

Natomiast w informacji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał, że osiągnięcie przez oferowane urządzenie funkcjonalności wymaga użycia dodatkowego, zewnętrznego oprogramowania firmy trzeciej (Veem), podczas gdy zamawiający sformułował to wymaganie w stosunku do dostarczanych urządzeń. Dodano też, że realizacja tej funkcjonalności w sposób opisany w dokumentacji dostarczonej wraz z ofertą odwołującego stanowi znaczące ograniczenie funkcjonalne w stosunku do wymagań OPZ.

O ile zatem użycie komponentu Veem Data Mover w urządzeniu odwołującego jest bezsporne, podobnie jak samo techniczne przeprowadzenie procedury deduplikacji, to strony różnią się zakwalifikowaniem sposobu deduplikacji jako spełniającego lub niespełniającego wymaganie z pkt 7.13 w zw. z pkt 2.8 OPZ. Aby rozpocząć kontrolę czynności jednostki

zamawiającej, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, informacja z dnia 6 sierpnia 2021 r. musiałaby zawierać stanowisko zamawiającego dotyczące wskazania szczegółowych powodów dlaczego komponent Veem należy uznać za dodatkowe, zewnętrzne oprogramowanie, a także argumentację dlaczego zdaniem zamawiającego deduplikacja w pamięci operacyjnej nie może polegać na zastosowaniu mikrokodu odwołującego. Ponadto brakuje uzasadnienia jakie funkcjonalności z OPZ nie zostałyby spełnione, gdyby wybrano ofertę odwołującego. Część tych okoliczności wskazano w odpowiedzi na odwołanie, a nie w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, które jest podstawą do wniesienia odwołania, i którego prawidłowość bada Izba. Niemniej, dalej nie ma szczegółowego odniesienia się do twierdzeń odwołującego, które wynikają głównie z dowodów w postaci oświadczenia producenta i opinii prywatnej.

W związku z tym, że cała polemika w zakresie materialnego rozumienia przez strony spornego wymagania nastąpiła przed Izbą, gdzie dość oszczędna informacja o odrzuceniu oferty spowodowała negowanie przez odwołującego jej treści (w tym odwołujący przedstawił własne rozumienie cechy z pkt 7.13 OPZ kwalifikując użycie mikrokodu jako spełniające wymóg deduplikacji w pamięci operacyjnej, a także częściowo próbował zgadywać dlaczego zamawiający mógł uznać komponent Veem za rozwiązanie zewnętrzne i z tym polemizował), skład orzekający uznał czynność odrzucenia za przedwczesną. Dokonując kontroli informacji o odrzuceniu Izba stwierdziła, że nie ma z czym skonfrontować argumentów wykonawcy, istotne okoliczności zostały przez zamawiającego wskazane hasłowo (np. zakwalifikowanie komponentu Veem jako oprogramowania zewnętrznego w stosunku do urządzenia), więc nie można ich zweryfikować, a tym samym podzielić lub uznać za wadliwe. Stanowisko odwołującego, które uzyskano w postępowaniu odwoławczym podważa informację o odrzuceniu oferty, ponieważ powoduje, że czynność odrzucenia nie poddaje się rewizji i konieczne byłoby jej uprzednie uzupełnienie, aby rozpocząć właściwą weryfikację.

Natomiast w zakresie spełnienia wymagania z pkt 2.8 OPZ zamawiający stwierdził, że deduplikacja wykonywana przez komponent Veem Data Mover daje jedynie możliwość ustawienia na sztywno jednej z predefiniowanych wielkości bloku w zależności od wybranego scenariusza (lokalizacja urządzenia) i jest to wielkość de facto stała w trakcie procesu deduplikacji, co jest sprzeczne z wymaganiem OPZ. Odwołujący nie zgodził się z tym stwierdzeniem i podnosił, że urządzenie spełnia wymaganie poprzez zastosowanie mechanizmu deduplikacji adaptacyjnej działającej w oparciu o detekcję zmian danych, umożliwiając wykrycie zmienności na poziomie pojedynczych bajtów. Ze względu na fakt, że w tym procesie nie występuje predefiniowany, stały blok porównania zdaniem wykonawcy algorytm kwalifikuje się do grupy algorytmów pracujących na danych o zmiennej długości. Możliwość zmiany długości bloku we wskazany sposób potwierdza oświadczenie producenta.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby konieczne byłoby uzupełnienie badania i oceny ofert o zweryfikowanie czy podany w postępowaniu odwoławczym przez odwołującego sposób uzyskania algorytmu pracującego na danych o zmiennej długości spełnienia wymagania dokumentacji postępowania i niezależnie od udzielonej odpowiedzi - uzasadnienie, dlaczego takie stanowisko zamawiający ostatecznie zajął w stosunku do udzielonych przez wykonawcę informacji w zakresie sposobu spełnienia wymagania. Takich okoliczności nie ma w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z przetargu, co powoduje, że trudno uznać czynność zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2021 r. za prawidłową. Wypada również zauważyć, że wobec kontradyktoryjnego charakteru postępowania odwoławczego Izba nie ma uprawnienia, aby zastępować którąkolwiek ze stron i samodzielnie dokonać poszerzonej merytorycznej weryfikacji i badania oferty, jak również postępowanie odwoławcze nie stanowi substytutu oceny i badania ofert w zastępstwie zamawiającego.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że zgromadzony materiał procesowy wskazuje, że przed eliminacją oferty wykonawcy z postępowania należało przeprowadzić postępowanie wyjaśniające jej treść i taką czynność nakazał zamawiającemu. Chociaż art. 223 ust. 1 p.z.p. ustanawia fakultatywność żądania wyjaśnień, to jednak zgodnie z zasadą należytej staranności zamawiający powinien wezwać wykonawcę w tym trybie, celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób rzetelny. W sytuacji, kiedy wystąpią wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SWZ nie można poprzestać na własnej interpretacji brzmienia oferty, nie mając jednoznacznego potwierdzenia, że wypełniona została hipoteza art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Informacja o odrzuceniu oferty odwołującego pomija okoliczności przedstawione w postępowaniu odwoławczym, o których zamawiający by się dowiedział, gdyby skorzystał z trybu art. 223 ust. 1 p.z.p. Częściowe przeprowadzenie quasi postępowania wyjaśniającego przed Izbą doprowadziło do uznania, że doszło do zaniechania w tym przedmiocie, a postępowanie powinno zostać cofnięte do etapu badania i oceny ofert, w tym wezwania odwołującego zgodnie z sentencją, która zawiera ogólne pytanie i nie można wykluczyć konieczności jego uszczegółowienia przez zamawiającego, czy prowadzenia wyjaśnienia oferty w sposób etapowy. Zdaniem Izby na obecnym etapie czynność zamawiającego jest wadliwa i jako taka nie mogła się ostać, ponieważ na kanwie materiału procesowego stwierdzono, że należy uzupełnić badanie i ocenę ofert o

okoliczności, które wynikły w związku z rozpoznaniem środka zaskarżenia. Skład orzekający stwierdził zatem, że odrzucenie oferty odwołującego było przedwczesne, a niepełna i zdawkowa informacja z dnia 6 sierpnia 2021 r. nie poddaje się pełnej kontroli, więc odwołanie zostało częściowo uwzględnione.

Ponadto Izba zgodziła się z odwołującym, że odpowiedź na pytanie nr 2 z dnia 25 maja 2021 r. nie powoduje wykluczenia z góry urządzenia zaoferowanego przez odwołującego, opartego o protokół Veem Data Mover, jako niespełniającego wymagania SWZ w zakresie integracji z rozwiązaniami zamawiającego. Stąd stanowisko zamawiającego o jednoznacznym niedopuszczeniu tego rozwiązania, również wobec wymienienia w podanym w dokumentacji linku urządzenia ExaGrid, nie zostało przez skład orzekający podzielone.

Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. (zarzut nr 2 z petitum odwołania), ponieważ nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, aby przystępujący zaoferował cenę o charakterze rażąco niskim.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na ocenie złożonych przez odwołujących wyjaśnień, w korelacji z treścią wystosowanego do wykonawcy wezwania, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności, które w jego ocenie powodują, że czynność zamawiającego była nieprawidłowa. Dokonana kontrola działania zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez odwołującego wyjaśnienia i dowody, które w ocenie Izby są spójne i zawierają adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień. Skład orzekający stwierdził, że postępowanie wyjaśniające cenę zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że wykonawca rzetelnie skalkulował cenę oferty, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania, które posiada.

Należy także zwrócić uwagę, że sama dysproporcja pomiędzy poszczególnymi cenami wykonawców nie może powodować, iż cena jednego z nich zostanie automatycznie uznana za rażąco niską. Okolicznością notoryjną jest fakt, że różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce dostawców i innej specyfice pracy oraz różnym doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe od potencjalnych dostawców i różnice te, jak dyktuje doświadczenie, potrafią być dużo wyższe niż zaistniałe w niniejszym przetargu. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki. Argumentacja ta posiada bezpośrednie odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego, gdzie opisano korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla wykonawcy, które potwierdza załączony dowód. Dowód ten Izba uznała za wiarygodny i udowadniający realny poziom

zaoferowanej ceny.

Skład orzekający wskazuje dalej, że treść uzasadnienia omawianego zarzutu to głównie wyciąg z orzecznictwa Izby, bez przeniesienia tez z orzeczeń na kanwę okoliczności przetargu. Odwołujący w znacznej mierze ograniczył się do stwierdzenia, że w jego ocenie cena nie może mieć charakteru realnego, zaś brak jest podania szczegółowego uzasadnienia powodów, z których wynikałoby, że cena przystępującego ma charakter rażąco niskiej. Samo podniesienie, że zdaniem wykonawcy nie wykazano realności ceny jest niewystarczające za uznanie odwołania za uzasadnione.

Zarzut nieprawidłowej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny i naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena konkurencji jest rażąco niska. Odwołujący w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana ma charakter absolutny i wystarczającym jest zakwestionowanie treści wyjaśnień, tak jakby cena nie była wyjaśniania. Odwołujący przy tym zapomniał, że udzielając wyjaśnień przystępujący dostarczył już materiał dowodowy na poparcie swoich kalkulacji cenowych, a więc sprostał ciężarowi nałożonemu na niego przez przepisy prawa - w przypadku uznania tego materiału za wiarygodny nie sposób jest odnaleźć w regulacjach p.z.p. obowiązku dalszego dowodzenia okoliczności już dostatecznie wyjaśnionej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący musiałby wskazać twierdzenia, a następnie przedstawić dowody, które mogłyby podważyć wyjaśnienia złożone przez przystępującego. O ile na wykonawcy, który zostanie wezwany do złożenia wyjaśnień przyjętego sposobu wyliczenia ceny, spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów. Aby skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła jednostka zamawiającego oceniając kalkulację przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny i wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je

ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w przedmiotowym przetargu.

Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności - czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego w odwołaniu - do takiej odmiennej oceny nie mogły doprowadzić. Odwołujący wskazał na wycenę trzech podmiotów (szacowanie wartości zamówienia przez zamawiającego w trybie art. 28 p.z.p.), które nie posiadają takich warunków handlowych, jakie posiada przystępujący. Wyceny te jednoznacznie potwierdzają jak znaczące oszczędności może poczynić przedsiębiorca, który posiada indywidualne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia. Odwołujący musiałby podważyć wskazany w wyjaśnieniach korzystny czynnik cenotwórczy dotyczący wysokości ceny z pozycji nr 1 z kalkulacji, kiedy nawet nie podjęto takiej próby. Nie wskazano również innych okoliczności, które mogłyby świadczyć, że inne ceny zawarte w wycenie nie są realne.

Jeżeli wykonawca stawia zarzut zaniechania odrzucenia rażąco niskiej ceny konkurencji w stosunku do utajnionych wyjaśnień, to taka sytuacja procesowa jest utrudniona. Jednakże, pomimo uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu zaniechania ujawnienia kalkulacji ceny przystępującego i umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie, odwołujący zdecydował się na podtrzymanie zarzutu i Izba rozpoznaje go w takiej formie, w jakiej zawarto go w odwołaniu. Nic także nie stało na przeszkodzie, żeby odwołujący, który również wyliczał cenę oferty w przetargu przedstawił model kalkulacji lub wyliczenia, które doprowadziły go do podniesienia zawartych w odwołaniu zarzutów, w tym mogłyby podważyć wyjaśnienia przystępującego. Nie powinno także stwarzać problemu odwołującemu, posiadającemu wiedzę co należy wycenić w ofercie, wskazanie jakie dokładnie składniki ceny mogły zostać zaniżone, a tego w odwołaniu zabrakło.

Dopiero w dodatkowym stanowisku procesowym strona usiłowała „uzupełnić odwołanie" i podać okoliczności faktyczne, których nie wskazano w treści środka zaskarżenia, szczególnie w zakresie kosztów pracy - tutaj, w przeciwieństwie do innych twierdzeń, nawet nie próbowano usprawiedliwiać nowych okoliczności powiązaniem ze składanymi dowodami. Należy również ocenić krytycznie działania strony, która ogranicza się w odwołaniu do zacytowania fragmentów orzeczeń, a dopiero na rozprawie składa dowody, które mają uzupełnić odwołanie w zakresie podstawowych okoliczności faktycznych. Działanie odwołującego również nie zasługuje na aprobatę jako taktyka procesowa, kiedy strona usiłuje zaskoczyć przeciwnika wykorzystując możliwość złożenia dowodów do czasu zakończenia rozprawy, żeby przedstawić w czym upatruje naruszenia prawa i jakie błędy widziałaby w wyjaśnieniach ceny.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie „Trafnie wskazano zatem przez Izbę w zaskarżonym orzeczeniu, iż podnoszenie na późniejszym etapie okoliczności, które nie zostały wprost wskazane w treści odwołania stanowi postępowanie niedopuszczalne, sprzeczne z art. 192 ust. 7 dPzp. Przepis ten wyraźnie wskazuje zakres co do którego orzeka Izba. Za niedopuszczalne uznać należy również wskazywanie na późniejszym etapie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej podstawie prawnej, z pominięciem konkretnej czynności zamawiającego opisanej w odwołaniu. Tym samym, pismo odwołującego z 18 stycznia 2021 r. było niedopuszczalne jako stanowiące ,,uzupełnienie odwołania". Pismo to zawierało bowiem nowe okoliczności faktyczne, które z uwagi na niepodniesienie ich w odwołaniu, nie mogły zostać rozpoznane przez Izbę. Twierdzenia skarżącego, że „zaprezentowane w piśmie z dnia 18 stycznia 2021 r. twierdzenia stanowią tylko rozwinięcie stanowiska prawnego" nie zasługiwały na

uwzględnienie." (por. wyrok z dnia 31.05.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 28/21). Zezwolenie na

uzupełnienie podstawowej treści odwołania poprzez przedstawienie dodatkowego

stanowiska procesowego narusza art. 555 p.z.p., nawet jeżeli odwołujący próbowałby

powiązać je z ogólnie zakreślonymi okolicznościami wskazanymi w odwołaniu. Przeciwny pogląd doprowadziłby do sytuacji, w której norma ta stałby się regulacją iluzoryczną, a po stronie odwołujących preferowane byłoby jak najbardziej niejasne formułowanie podstaw zarzutów, celem obejścia tej regulacji i zawitego terminu na wniesienie środka zaskarżenia, który powinien zawierać wskazanie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 10 p.z.p.).

Zatem jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nie potwierdziły się rzekomo zaniżone koszty pracy, co odwołujący wywodził z kwot z innych ofert, ponieważ pominięto, że znacząca część czynności w zakresie pkt 2 kalkulacji ceny przystępującego jest świadczona przez inny podmiot, więc tak proste porównanie z innymi wykonawcami nie jest właściwe, szczególnie, że udowodniono posiadanie korzystnych warunków handlowych w tym zakresie. Dodatkowo, z treści wyjaśnień wynika, że koszty pracy są zawarte w pozycji 2 i 3 tabeli przystępującego i kwoty tam podane wprost świadczą, że ceny nie są zaniżone.

Odwołujący nie podnosił również, żeby pracę wykonywały osoby o szczególnych, unikalnych kompetencjach, których zatrudnienie wiąże się ze znaczącym wynagrodzeniem (którego poziom należałoby wykazać), więc trudno uznać, że wycena w kwotach przystępującego jest rażąco niska.

Skład rozpoznający spór stwierdził, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego

w sprawie stanu faktycznego pod normę 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., więc zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego. Zarzut postawiony w pkt 2 petitum odwołania został przez Izbę oddalony.

Ponadto, Izba stwierdziła, że dokumentacja dotycząca postępowania prowadzonego przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku nie jest nawet luźno związana z rozpoznawanym sporem, gdzie wykonawcy wyceniają konkretny przedmiot zamówienia na podstawie aktualnie dostępnych im warunków cenowych, zaś niewypełniony wzór umowy użyczenia urządzenia przez Arrow ECS Sp. z o.o. w Krakowie jest nieprzydatny dla ustalenia jakichkolwiek istotnych okoliczności dla rozstrzygnięcia. Niepodpisany projekt umowy nie ma charakteru oświadczenia tego podmiotu, a zdaje się takie odwołujący chciałby mu nadać, a

dodatkowo podstawowa kwota katalogowa z projektu umowy w zestawieniu z warunkami wykonywania zamówienia z wyjaśnień jedynie potwierdza jak wyjątkowo korzystne warunki handlowe posiada przystępujący. Jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia został również uznany przez Izbę wyciąg z patentów, złożony przez odwołującego z tłumaczeniem, z powodu braku uprzedniego powiązania go z rozwiązaniem zaoferowanym w ofercie wykonawcy.

Odwołujący hasłowo wskazał także, że w przypadku braku podzielenia przez Izbę słuszności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wnosi o unieważnienie postępowania, jednakże w odwołaniu nie wskazano żadnych okoliczności faktycznych, czy podstawy prawnej, w ramach których skład orzekający miałby weryfikować żądanie strony, które wobec braku uszczegółowienia w odwołaniu nie mogło zostać przez Izbę zbadane, a tym bardziej podzielone.

Częściowe potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu, a także okoliczność, że w wyniku częściowego umorzenia postępowania odwoławczego odwołujący uzyska dostęp do wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica gospodarcza dokumentów przystępującego powoduje, że w ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., zatem odwołanie zostało uwzględnione.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Skład orzekający nie uwzględnił kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, ponieważ są one ustalane na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy, kiedy zamawiający ograniczył się do wniosku o ich zasądzenie, bez złożenia żadnego dokumentu wymaganego w § 5 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia. W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie wniosku strony od przedłożenia do akt sprawy rachunku bądź spisu kosztów - dowodu poniesienia tych wydatków. W przypadku więc braku (lub niemożliwości przedłożenia takiego dowodu) skład orzekający nie ma podstaw do uwzględnienia rzeczonych kosztów, co w tej sprawie - gdyby zamawiający złożył rachunek do akt - mogłoby skutkować wzajemnym zniesieniem kosztów zastępstwa prawnego.

Przewodniczący: