

WYROK

z dnia 3 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Izabela-Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 29 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2021 r. przez wykonawcę Comtegra S.A., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa.

przy udziale Wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o., ul. Janka Muzykanta 60, 02-188 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

Sygn. akt KIO 2983/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zakup i wdrożenie systemu kopii zapasowych i archiwalnych oraz świadczenie asysty technicznej (dalej „postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE 20 kwietnia 2021 r., numer 2021/S 076-195503. Wartość zamówienia przekracza niż progi unijne.

Odwołujący: Comtegra S.A. w Warszawie wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, tj. od:

- a) czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Apex.IT Sp. z o. o.,
- c) zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień z 14 lipca 2021 r. dotyczących zaoferowanej ceny wykonawcy Apex.IT Sp. z o. o. oraz ich udostępnienia Odwołującemu
- d) odrzucenia oferty Odwołującego, a ewentualnie także:
- e) zaniechaniu unieważnienia postępowania.

3. Odwołujący stawia zamawiającemu zarzuty naruszenia:

- a) art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („ustawa ZNK”) przez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania wyjaśnień i dokumentów zastrzeżonych przez Apex.IT Sp. z o. o. jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyjaśnienia z 14 lipca 2021 r. w zakresie zaoferowanej ceny), choć Wykonawca ten nie dochował podstawowych obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe informacje faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa;
- b) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Apex.IT jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia i nie spełnia wymagań, w szczególności oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań określonych w pkt 2.2, 3.6 i 3.9 OPZ
- c) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 przez zaniechanie odrzucenia oferty Apex.IT jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy nie spełnia ona wszystkich wymagań, w szczególności w zakresie sposobu opisanego zobowiązania wynikającego z oferty, a także poprzez niedopuszczalne prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonanie niedopuszczalnych zmian w jej treści.
- d) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wszystkie wymagania;
- e) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Apex.IT jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego; a z ostrożności także zarzut ewentualny naruszenia:

f) art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 255 pkt 6, art. 457 ust. 1 pkt 1, 459 ust. 1 pkt 2, art. 134 ust. 1 pkt 10, 14, 15, art. 67, art. 64 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci udostępnienia wykonawcom wadliwego wzoru formularza rzeczowofinansowego (zał nr 2 do SWZ) oraz niekompletnych informacji dotyczących przygotowania oferty, a tym samym wprowadzenia w błąd wykonawców, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

4. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienia dokumentów i wyjaśnień pochodzących od Apex.IT Sp. z o. o. oraz udostępnienia tych dokumentów i wyjaśnień Odwołującemu,

b) odrzucenia oferty złożonej przez Apex.IT Sp. z o. o.,

c) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

d) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

e) ewentualnie nakazania unieważnienia przedmiotowego postępowania.

I Odnośnie zarzutu z pkt 3a.

W dokumentacji postępowania znajdują się dwa pisma Zamawiającego informujące o dokonaniu czynności odtajnienia wyjaśnień i dokumentów złożonych przez wybranego wykonawcę Apex.IT Sp. z o. o. tj. pismo z 9 czerwca 2021 r. oraz 13 sierpnia 2021 r. Jednocześnie 9 lipca 2021 r. Zamawiający skierował do Apex.IT wezwanie na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia. Wykonawca Apex.IT złożył wyjaśnienia w dniu 14 lipca 2021 r., które zostały zastrzeżone. Do wyjaśnień załączono uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnień nie udostępniono. W ocenie Zamawiającego Apex.IT dokonał skutecznego zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Decyzja ta jest błędna i narusza wskazane przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności.

Uzasadnienie nie precyzuje jakie konkretne informacje stanowią tajemnicę, odnosi się ogólnie do wyjaśnień jako całości. Samo wskazanie, że cały dany dokument lub informacja są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla uznania, że spełniają wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W zakresie wartości gospodarczej odnosi się wyłącznie do okoliczności związanych ze źródłami zaopatrzenia. Okoliczność ta nie dotyczy z pewnością treści całych wyjaśnień oraz kalkulacji cenowej. Punkty dotyczące braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz czynności podjętych w celu zachowania poufności stanowią jedynie bardzo ogólne twierdzenia i powielenie stanowisk doktryny.

Wszystkie przedstawione przez Apex.IT stwierdzenia mają walor ogólnych. W złożonych wyjaśnieniach, uzasadniających poczynione zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazano, że informacje objęte tajemnicą stanowią taką tajemnicę. Oświadczenia Wykonawcy nie mogą być nawet traktowane w kategoriach uprawdopodobnienia, a co dopiero wykazania. W ocenie Odwołującego Apex.IT nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą oraz że informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Poziom ogólności wyjaśnień w zakresie dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonych wyjaśnień zawartych nie pozwala uznać tych informacji i dokumentów za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający bezpodstawnie utrzymał w poufności informacje, co do których Apex.IT Sp. z o.o. nie podjął wystarczających działań wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, a zatem nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i jawności postępowania, czym utrudnił Odwołującemu wykazywanie, że oferta Apex.IT Sp. z o.o. podlega odrzuceniu.

II Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Apex.IT Sp. z o. o. jako sprzecznej z warunkami zamówienia, wskazać należy, co następuje.

1. Zamawiający w pkt. 2.2 Opisu przedmiotu zamówienia określił następujące wymaganie:
2.2 Podstawowe komponenty systemu kopii zapasowych i archiwalnych jak: serwery zarządzające, serwery składające i zarządzające danymi, deduplikatory (jeśli będą oferowane) muszą być urządzeniami fizycznymi. Wszystkie oferowane komponenty sieci

SAN powinny obsługiwać standardy 32/16 GB/s. Zamawiający nie zakłada niezależnej infrastruktury systemu kopii zapasowych w jedenastu ośrodkach rozproszonych opisanych w punkcie 1. Zamawiający oczekuje aby w rozwiązaniu docelowym kopie zapasowe z tych ośrodków były przesyłane i składowane w ośrodkach przetwarzania danych.

Oferowana przez Apex.IT Sp. z o.o. macierz backupowa tj. HPE MSA 2060 Storage obsługuje wyłącznie standard 16 GB/s, co jest niewystarczające dla spełniania wymagań wynikających z OPZ. Zamawiający w toku badania i oceny ofert dostrzegł przedmiotową rozbieżność i skierował w dniu 24 czerwca 2021 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień - z pytaniem czy przedmiotowa macierz obsługuje standard 32 GB/s. W sytuacji gdyby

wystarczające było zaoferowanie macierzy obsługującej 16 GB/s to Zamawiający nie miałby żadnych podstaw do skierowania wezwania o takiej treści. Już samo wezwanie pokazuje prawdziwe i realne intencje Zamawiającego. W odpowiedzi Apex.IT wskazał iż oferowana macierz działa wyłącznie w standardzie 16 GB/s. Ponadto, wykonawca ten wyjaśnił, iż: „wskazano nie ma miejsca) to należy zauważyć, że zamawiający posłużył się zapisem „32/16 GB/s” poprzez użycie ukośnika (ang. Slash), gdzie symbol ten oznacza alternatywę. Wobec powyższego należy uznać, że Zamawiający wymagał, aby zaoferowane komponenty sieciowe posiadały przepustowość 32 lub 16 Gb/s a zaoferowane przez nas urządzenie MSA 2060 spełnia ten wymóg, albowiem posiada porty FC o przepustowość 16 Gb/s w liczbie 8 sztuk. Do oferty załączono specyfikację techniczną urządzenia MAS 2060 w której powyższe dane są zawarte.

Zawarte w wezwaniu z 24 czerwca 2021 r pytanie, w treści: „W związku z powyższym

proszę o wyjaśnienie czy urządzenie (Macierz MSA 2060) obsługuje standard 32/16 Gb/s - jest wadliwie skonstruowane, albowiem powieliła błąd OPZ. Nie istnieje standard 32/16 Gb/s. Istnieje natomiast przepustowość 32Gb/s oraz 16 Gb/s. Przepustowość 32 Gb/s jest większa niż 16 Gb/s zatem urządzenie dysponujące przepustowością 32 Gb/s posiada także przepustowość 16 Gb/s. Pomimo tego wymaganie OPZ powołuje się na dwie wartości liczbowe 32 i 16 Gb/s i przedziela te wartości ukośnikami będącymi symbolem alternatywy, co wskazuje, że Zamawiający oczekuje przepustowości 16 albo 32 Gb/s. Zaoferowane przez nas urządzenia MSA 2060 zapewnia jedną z dwóch oczekiwanych przez zamawiającego przepustowości.”

Wymagania Zamawiającego zostały precyzyjnie opisane w OPZ. Zamawiający wskazał, że powinny być obsługiwane standardy, a nie jeden wybrany standard. Wymaganie odnosiło się w liczbie mnogiej do wskazanych dwóch standardów tj. 32 GB/s oraz 16 GB/s. Wszystkie komponenty oferowane przez Apex.IT zapewniają zarówno standard 32 GB/s, jak i standard 16 GB/s. Ponadto, postanowień SWZ nie można rozpatrywać w oderwaniu od całości wymagań. Wprowadzenie jednego elementu o niższej przepustowości ogranicza pozostałe komponenty posiadające wymaganą większą przepustowość. Ponadto, w przedłożonych wyjaśnieniach wykonawca wskazał: „Oczekiwanie zamawiającego w zakresie obsługi cyt. „standardu 32/16 GB/s” dotyczy zatem komponentów sieci SAN. Wśród zaoferowanych Państwu urządzeń nie znajdują się żadne urządzenia będące komponentami sieci SAN, bowiem przedmiotem oferty jest system kopii zapasowych. Powyższa rozbieżność pomiędzy przedmiotem postępowania, a treścią wymagania jest oczywista, niemniej przyjęliśmy, iż w przedmiotowym wymaganiu zamawiający oczekiwał, aby komponenty zaoferowanych urządzeń systemu kopii zapasowych zapewniające połączenie urządzeń z siecią SAN Zamawiającego zapewniały przepustowość odpowiednio 32 lub 16 Gb/s (oznaczenie „GB/s” jest wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej). Powołane wyżej wymaganie OPZ nie odnosi się jednak do urządzenia MSA 2060, gdyż takie urządzenia w zaoferowanej Państwu architekturze nie podlegają bezpośredniemu podłączeniu do sieci SAN Zamawiającego. Systemy dyskowe MSA 2060 podłączone zostaną bezpośrednio do media serwerów z pominięciem sieci SAN.”

Przedstawione stanowisko pozostaje w sprzeczności z rozumieniem SWZ. Zamawiający w 2.2 OPZ opisuje wymagania dotyczące systemu kopii zapasowych, jednocześnie odnosząc się do komponentów sieci SAN, które składają się na system kopii zapasowych i archiwalnych. Zamawiający wskazał jasno, że „Wszystkie oferowane komponenty sieci SAN” powinny spełniać określone wymagania. Następnie, Zamawiający kieruje wezwaniem do wyjaśnień w którym wprost macierz backupową traktuje jako komponent sieci SAN. Natomiast, wykonawca swoje wyjaśnienia rozpoczyna od stwierdzenia że jego oferta nie obejmuje żadnych komponentów sieci SAN (sic!). Następnie wykonawca przedstawiła koncepcję podłączenia zaoferowanych macierzy dyskowych HPE MSA 2060 z interfejsami 16Gb/s bezpośrednio do serwerów backupu (Media Agent) z pominięciem sieci SAN Zamawiającego.

Takie rozwiązanie nie spełnia przedstawionego w OPZ wymagania oraz nie jest zgodne z dobrymi praktykami, ponieważ:

1) Macierze HPE MSA 2060 w dalszym ciągu stanowią element sieci SAN, gdyż posiadają interfejsy FC. Jest zrozumiałe, że wymaganie dotyczy wszystkich elementów posiadających interfejsy FC.

2) Znacząco zmniejsza skalowalność rozwiązania w przypadku rozbudowy systemu backupu w przyszłości.

Pojedynczy serwer Media Agent jest w stanie zaadresować 250TB przestrzeni dyskowej z deduplikacją na potrzeby backupu (tzw. Back End TB) co oznacza, że Zamawiający oferując 3 serwery Media Agent per ośrodek jest w stanie obsłużyć 750TB przestrzeni dyskowej na macierzach MSA. Obsługa dodatkowej przestrzeni dyskowej będzie wymagała uruchomienie kolejnych serwerów Media Agent i podłączenie ich zgodnie z koncepcją Oferenta bezpośrednio do macierzy dyskowej HPE MSA 2060 co będzie ograniczone liczbą portów FC w macierzy dyskowej.

3) Ogranicza wydajność/przepustowość rozwiązania.

Bezpośrednie połączenie FC pomiędzy serwerami Media Agent, a macierzami dyskowymi będzie posiadało niższą przepustowość niż sieć SAN, do które będą podłączone serwery Media Agent. Będzie zatem stanowiło ono wąskie gardło w przepływie danych podczas backupu. Np. przepływ danych podczas backupu platformy VMware będzie odbywał się najpierw przez sieć SAN 32Gb FC, a następnie przez bezpośrednie połączenie FC 16Gb co negatywnie wpłynie na wydajność takiego procesu.

4) Nie jest zgodne z dobrymi praktykami

Zamawiający posiada sieć SAN 32GB i taka sieć powinna zostać wykorzystana w proponowanym rozwiązaniu. Realizowanie bezpośrednich połączeń FC pomiędzy serwerami i macierzami dyskowymi nie jest stosowane w rozwiązaniach klasy „enterprise”. Takie podejście będzie utrudniało zarządzanie rozwiązaniem w obszarze sieci SAN, zmniejsza funkcjonalność oraz skalowalność systemu backupu, a także wskazuje na brak profesjonalizmu w oferowanym rozwiązaniu, a co najważniejsze stanowi poważne ograniczenie dla Zamawiającego, który w przyszłości, zgodnie z opcjami rozbudowy wskazanymi podczas zapytania RFI (rozbudowa nawet do 1.5PB netto), nie będzie mógł w sposób łatwy, elastyczny rozbudować systemu backupu zachowując jednolitą warstwą sprzętową dla całego systemu backupu.

Oferowane przez wykonawcę HPE MSA 2060 Storage musiało spełniać wymaganie w pkt. 2.2. Brak spełnienia tego wymagania ogranicza możliwości użytkowe obecnie budowanego systemu oraz ogranicza w istotny sposób dalszą możliwość rozbudowy. W oparciu o dokumentację postępowania są sposoby zrozumieć stanowiska Zamawiającego, w szczególności czy swoją decyzję oparł o wyjaśnienia dotyczące sposobu interpretacji wymagań w zakresie obsługiwanych standardów, czy też uznał że przedmiotem zamówienia nie są żadne urządzenia będące komponentami sieci SAN.

2. Zamawiający w pkt. 3.6 Opz określił następujące wymaganie:

3.6 System musi zapewnić optymalizację wykonywania i odtwarzania kopii zapasowych, w tym: - wymaganą wydajność niezależnie od stopnia zapełnienia Systemu; - kopie zapasowe w sieciach rozległych z możliwością zarządzania np. pasmo, czas, okno itp.; - kopie zapasowe z wykorzystaniem sieci FC SAN bez obciążania sieci LAN (LAN-FREE).

Zamawiający wymagał funkcjonalności wykonywania kopii zapasowych z wykorzystaniem sieci FC SAN bez obciążania sieci LAN (LAN-FREE). Wymaganie dotyczy wszystkich danych, które muszą zostać objęte systemem kopii zapasowych. W przypadku oferowanych przez Apex.IT Sp. z o.o. urządzeń systemu kopii zapasowej (firmy HPE model MSA 2060), backup przez FC SAN jest możliwy wyłącznie dla środowiska VMware vSphere, nie jest możliwy dla innego typu danych przesyłanych w ramach sieci (systemu), stąd wymaganie to nie jest spełnione. Wymaganie jest precyzyjne i jednoznaczne. Funkcjonalności i parametry wskazanego urządzenia są powszechnie znane i wynikają ogólnie dostępnych materiałów producenta HPE. Rozwiązanie sprzętowe opisane w ofercie Apex.IT Sp. z o.o. jest niezgodne z wymaganiami wynikającymi z pkt 3.6 Opisu przedmiotu zamówienia.

3. Zamawiający w pkt. 3.9 Opz określił następujące wymaganie:

3.9 System musi wykonywać kopie zapasowe na zasób dyskowy oparty o technologię

przyrostowej kopii na poziomie bloków danych - pierwsza kopia pełna, pozostałe tylko przyrostowe (bez konieczności wykonywania kolejnych kopii pełnych), dla serwerów fizycznych i wirtualnych dla kopii plikowych oraz całych maszyn wirtualnych - zapewniając

dodatkowo:

- deduplikację danych na źródle tj. na poziomie klienta (przesyłane są tylko unikalne bloki danych) dla wszystkich danych znajdujących się w repozytorium;

Wymaganie deduplikacji dla „wszystkich danych znajdujących się w repozytorium” może być spełnione tylko przy zastosowaniu globalnej deduplikacji tj. jednej puli deduplikacyjnej per ośrodek datacenter. W oferowanym rozwiązaniu ze względu na zastosowanie dwóch urządzeń dyskowych per ośrodek datacenter tj. macierzy dyskowej HPE MSA oraz urządzenia HPE StoreOnce będą istniały co najmniej dwie puli deduplikacyjne/repozytoria danych, a więc nie będzie możliwe uzyskanie globalnej deduplikacji „dla wszystkich danych znajdujących się w repozytorium”. Co więcej repozytoria te będą cechowały się różnymi algorytmami deduplikacji tj. nie będzie możliwe np. replikowanie danych pomiędzy HPE MSA oraz HPE StoreOnce w postaci zdeduplikowanej.

Ponadto zastosowanie urządzeń HP MSA w integracji z oprogramowaniem Commvault nie pozwala na zbudowanie konfiguracji Commvault GridStor, a co za tym idzie uzyskanie puli

deduplikacyjnej większej niż 250TB per serwer Media Agent. Commvault GridStor jest konstrukcją „klastra aplikacyjnego” Commvault, która pozwala uzyskać pulę deduplikacyjną o pojemności co najmniej 1PB przy zastosowaniu 4 serwerów Media Agent (250TB per serwer). GridStore wymaga jednak współdzielonego systemu plików tj. macierzy dyskowej

NAS (CIFS/NFS), oprogramowania SDS np. GlusterFS/Hedvig (GFS nie jest wspierany przez Commvault) lub deduplikatora (np. HPE StoreOnce). Nie jest możliwe zbudowanie rozwiązania GridStor w oparciu o macierze blokowe HPE MSA, a przynajmniej nie klasy „enterprise” - wymagałoby to zbudowanie na Media Agentach klastra serwera plików, co spowodowałoby znaczne skomplikowanie rozwiązania i zmniejszenie jego stabilności i wydajności. Rozwiązanie sprzętowe opisane w ofercie Apex.IT Sp. z o.o. jest niezgodne z wymaganiami wynikającymi z pkt 3.9 Opisu przedmiotu zamówienia.

III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty złożonej przez Apex.IT Sp. z o. o. jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia i nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego, w szczególności w zakresie sposobu opisanie zobowiązania wynikającego z oferty, także poprzez niedopuszczalne prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonanie niedopuszczalnych zmian w jej treści., wskazać należy, co następuje.

W Rozdz. XVI SWZ Zamawiający wskazał, iż:

„1. Oferta powinna być złożona w formie elektronicznej, w sposób opisany w r. X ust. 16 SWZ przy czym składając ofertę wykonawca powinien dodać następujące dokumenty

elektroniczne (załączniki):

1/ wypełniony Formularz ofertowy, sporządzony z wykorzystaniem wzoru zał nr 1 do SWZ,

2/ wypełniony Formularz rzeczowo-cenowy, z wykorzystaniem wzoru Zał nr 2 do SWZ - dokument stanowi treść oferty, a jego niezłożenie wraz z Formularzem ofertowym będzie skutkowało odrzuceniem oferty,

3/ wypełniony Formularz rzeczowo-funkcjonalny, z wykorzystaniem wzoru Zał nr 2a do SWZ - dokument stanowi treść oferty, a jego niezłożenie wraz z Formularzem ofertowym będzie skutkowało odrzuceniem oferty,

4/ oświadczenie na formularzu JEDZ, o kt. Mowa w r. IX ust. 1, 2 i 3 SWZ,

5/ stosowny dokument z którego wynika umocowane (KRS, CEDG, lub inny,

6/ zobowiązanie podmiotów udostępniających zasoby do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (jeżeli dotyczy),

7/ oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, z którego wynika które dostawy wykonują poszczególni wykonawcy (jeżeli dotyczy),

8/ uzasadnienie, w którym wykazano, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa /jeżeli dotyczy/,

9/ dowód wniesienia wadium,

10/ przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w rozdz. V SWZ.

Zamawiający w sposób oczywisty rozdzielił „Formularz rzeczowo-funkcjonalny” od przedmiotowych środków dowodowych. Wraz z ofertą wymagane było złożenie tego formularza z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 2a do SWZ. Zamawiający wprost zastrzegł, iż informacje wymagane tym formularzem stanowią treść oferty, nie podlegają uzupełnieniu, a ich brak skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Głównym elementem przedmiotowego formularza była kolumna „Oferowane parametry rzeczowo-funkcjonalne”, w której należało podać: „informacje, umożliwiające weryfikację czy oferowany asortyment spełnia wymagania określone w kolumnie C „Wymagania rzeczowo funkcjonalne” - poprzez wpisanie dokładnych parametrów/szczegółowych informacji dla poszczególnych pozycji oferowanego asortymentu. Nie dopuszcza się pozostawienia w kolumnie D pustych miejsc opisowych, za wyjątkiem wiersza nr 107”.

Oferta wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o. jest niezgodna z przedmiotowym wymaganiem.

Wykonawca ten w większości pozycji (dotyczy w szczególności pozycji 3.5-3.18) nie wskazał konkretnych parametrów i szczegółowych informacji oczekiwanych przez Zamawiającego, a jedynie link do strony internetowej. Wskazano na- (Fragment Formularza rzeczowo-funkcjonalnego złożonego przez Apex.IT)

Sposób wypełnienia formularza uniemożliwił prawidłową ocenę oferty wykonawcy, bowiem formularz nie zawiera wymaganych informacji, a jedynie linki odsyłające do stron internetowych producenta. Zamawiający nie może dokonywać oceny ofert na podstawie informacji, które nie zostały przedstawione w ramach złożonych ofert. Podstawę oceny ofert mogą stanowić wyłącznie informacje zawarte w ofercie wykonawców. Odwołujący podkreśla, iż załącznik nr 2a do SWZ nie był przedmiotem modyfikacji w toku postępowania, a wymagania z niego wynikające były jednoznaczne.

W związku ze wskazaną rozbieżnością pomiędzy wymaganiami SWZ a treścią oferty Apex.IT, Zamawiający skierował wezwanie o następującej treści:

„2. W formularzu rzeczowo-funkcyjnym w nagłówku tabeli Zamawiający wymagał wskazania „oferowanych parametrów rzeczowo-funkcyjnych oraz zgodnie z uwagą zawartą ponad tabelą należało w kol. D podać informacje poprzez wpisanie dokładnych parametrów/szczegółowych informacji dla poszczególnych pozycji oferowanego asortymentu. W złożonym przez Państwa Formularzu rzeczowo-funkcyjnym zostały wskazane parametry techniczne, ale także pojawiły się pozycje, w których zostały wskazane

jedynie linki do stron internetowych (wskazanie pośrednie). Proszę o złożenie wyjaśnień dla

pozycji 3.5 - 3.18, w których zamiast parametrów rzeczowo-funkcyjnych których wymagał zamawiający, znalazły się linki do stron internetowych.”

W odpowiedzi Wykonawca wskazał:

„W nawiązaniu do drugiej kwestii zawartej w wezwaniu do wyjaśnień, w załączeniu przesyłamy uzupełniony o parametry techniczne formularz rzeczowo-funkcyjnych dla pozycji 3.5 - 3.18 oraz przedmiotowe środki dowodowe dotyczące oprogramowania w

postaci eksportowanych fragmentów plików z linków do PDF.”

Tym samym, wykonawca nie złożył żadnych wyjaśnień a dokonał nieuprawnionego uzupełnienia formularza stanowiącego treść oferty. Zamawiający zdecydował się jednak na prowadzenie dalszych negocjacji z wykonawcą w zakresie przedmiotowego braku, kierując kolejne wezwanie o następującej treści:

„Zamawiający w dniu 29 czerwca 2021 otrzymał wyjaśnienia, które złożone zostały w trzech plikach. „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień - ApexIT.pdf zawiera odesłanie do Formularza rzeczowo-funkcyjnego zawartego w drugim pliku pn. „Załącznik do wyjaśnień - Formularz rzeczowo-funkcyjny - ApexIT.pdf oraz trzeciego pliku pn. „Przedmiotowe środki dowodowe, 7z.”

W treści zawartej w pliku pn. Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień ApexIT.pdf wskazaliście Państwo, iż w załączeniu przesyłamy uzupełniony o parametry techniczne formularz rzeczowo-funkcyjny dla pozycji 3.5-3.18 oraz przedmiotowe środki dowodowe dotyczą

oprogramowania w postaci eksportowanych fragmentów plików z linków do PDF, podczas, gdy Formularz rzeczowo-funkcjonalny posiada nazwę: „Załącznik do wyjaśnień” - Formularz rzeczowo-funkcjonalny - ApexIT.pdf.”

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, a w szczególności potwierdzenie, iż przesłany w ramach wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2021 r. dokument opracowany na wzorze zał 2a do SWZ (Plik pn „Załącznik do wyjaśnień” Formularz rzeczowo-funkcjonalny - ApexIT.pdf”, stanowi jedynie treść udzielanych wyjaśnień, wobec czego stanowi kontynuację składanych wyjaśnień zgodnie z nazwą pliku „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień - ApexIT.pdf”, a intencją jego złożenia nie było dokonanie modyfikacji lub uzupełnienie Formularza rzeczowo-funkcjonalnego, sporządzonego z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 2a od SWZ, który to formularz, zgodnie z rozdz. XVI ust. 1 pkt 3 stanowi treść oferty.

Należy zauważyć, iż Zamawiający dokonując oceny zaistniałej sytuacji oparł się wyłącznie o nazwę przesłanego pliku, która w ocenie Odwołującego potwierdza jedynie że złożono nowy formularz to załącznik do wyjaśnień. Załączenie do wyjaśnień nowego formularza stanowi niedopuszczalne uzupełnienie. Wyjaśnienia w zakresie pierwotnego pytania Zamawiającego, dotyczącego tego dłaczego zamiast wymaganych informacji umieszczono linki, nigdy nie została udzielona.

Kontynuując niedopuszczalne negocjacje w odpowiedzi wykonawca wskazał: W szczególności przesłany w ramach wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2021 dokument, opracowany na wzorze zał nr 2a do SWZ (Plik „Załącznik do wyjaśnień...”) stanowi jedynie treść udzielanych wyjaśnień wobec czego stanowi kontynuację wkładanych wyjaśnień zgodnie z nazwą pliku „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień”, a intencją jego złożenia nie było dokonanie modyfikacji lub uzupełnienia Formularza rzeczowo-funkcjonalnego, sporządzonego z wykorzystaniem wzoru zał 2a do SWZ, który to formularz zgodnie z rozdz. XVI ust. 1 pkt 3 stanowi treść ofert. Treść formularza załączonego do naszej oferty zawiera odpowiednio: - wskazanie wartości dla oferowanych parametrów minimalnych, -

potwierdzenie spełnienia pozostałych wymagań poprzez odesłanie do powołanych także linków ułatwiających zamawiającemu weryfikację spełnienia poszczególnych wymagań w sposób niebudzący wątpliwości, iż wykonawca potwierdza spełnienie wymagania.

Formularz stanowiący załącznik do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2021 r. to jedynie nasze wyjaśnienia usystematyzowane w formie tego samego załącznika w celu ułatwienia Zamawianemu odniesienie się do poszczególnych pozycji.

Odwołujący zwraca także uwagę na wezwanie z dnia 19 lipca 2021 r. o następującej treści: „Zamawiający, na podstawie .. art., 128 ust. 1 wzywa do uzupełnienia:

1/ tłumaczenia na język polski treści zawartych po podanych w kol. D w Formularzu zał. 2a, linkami do stron internetowych. Zamawiający nie wymaga tłumaczenia całego dokumentu, tłumaczenie jest wymagane dla podlinkowych treści dotyczących obszarów służących potwierdzeniu czy oferowane parametry rzeczowo funkcjonalne spełniają określone dla danej pozycji wymagania rzeczowo-funkcjonalne wymienione w kol. C przez zamawiającego.
2/ tłumaczenia na jęz. Polski dokumentów złożonych jako przedmiotowy środek dowodowy. Na wstępie uzasadnienia przedmiotowego zarzutu wykazano, iż Zamawiający w sposób wyraźny przewidział rozróżnienie pomiędzy formularzem rzeczowo-funkcjonalnym stanowiącym treść oferty, a przedmiotowymi środkami dowodowymi. Wzór formularza był jednoznaczny i nie dopuszczał wstawienia linków w miejsce wymaganych informacji. Przedmiotowej wezwaniu, po pierwsze potwierdza, iż formularz rzeczowo-funkcjonalny nie był kompletny i doszło do jego uzupełnienia, po drugie, iż ocena ofert została przeprowadzona w oparciu o dokumenty znajdujące się na stronach internetowych. Odwołujące podkreśla, iż sam Formularz jaki i informacje znajdujące się w kolumnie D stanowiły treść oferty, a nie przedmiotowym środkiem dowodowym podlegającym uzupełnieniu.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia, Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 grudnia 2019 r., KIO 2320/19 wskazać należy, że: „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SIWZ bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisu, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy.”.

Odnośząc powyższe orzeczenie do niniejszej sprawy, wskazać należy, iż Zamawiający w

kolumnie D Formularza rzeczowo-funkcjonalnego wymagał „wpisania dokładnych parametrów/szczegółowych informacji dla poszczególnych pozycji oferowanego asortymentu”. Zamawiający zastrzegł, iż „nie dopuszcza się pozostawienia w kolumnie D pustych miejsc opisowych”, a także że informacje te stanowią treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu. Wykonawca w miejsce wymaganych informacji przedstawił linki do stron internetowych. W toku postępowania Zamawiający dokonywał oceny ofert w oparciu o strony internetowe (czyli dokumenty nie znajdujące się w ofercie), czego najlepszym potwierdzeniem jest wezwanie do uzupełnienia oferty o tłumaczenie stron internetowych. Dokumenty znajdujące się pod wskazanymi linkami nie były przedmiotowymi środkowymi dowodowymi. W toku postępowania Zamawiający wezwał Apex.IT do wyjaśnień, żądając wyjaśnienia dlaczego w Formularzu rzeczowo-funkcyjnym zamieszczono linki w miejsce wymaganych informacji. Wykonawca nigdy rozbieżności tej nie wyjaśnił, dokonał za to samodzielnego uzupełnienia nowego (poprawionego) Formularza rzeczowo-funkcjonalnego. Zamawiający w celu działania na rzecz wykonawcy Apex.IT skierował kolejne wezwanie w którym w oparciu o nazwę załącznika wywodził, iż nie doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty, pomijając jasne wskazanie wykonawcy iż dokument przedkłada w celu „uzupełnienia”, a także charakter całej czynności prowadzący do złożenia zupełnie nowego Formularza.

III Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z warunkami i spełnia wszystkie wymagania, wskazać należy:

Treść oferty Comtegra S.A. jest zgodna ze wszystkimi warunkami zamówienia, w szczególności obejmuje dostawę wszystkich wymaganych elementów na zasadach określonych w dokumentach zamówienia. Odwołujący złożył wszystkie wymagane dokumenty zgodnie z instrukcjami zawartymi w SWZ. Intencją Odwołującego było przedstawienie w ofercie wszystkich wymaganych informacji oraz złożenie wymaganych dokumentów. Złożona oferta faktycznie zawiera wszystkie wymagane informacje oraz wymagane dokumenty, w szczególności formularze zostały przygotowane w oparciu o udostępnione przez Zamawiającego edytowalne wzory oraz instrukcję zawartą w SWZ.

Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego: „Rozbieżność pomiędzy ofertą Wykonawcy, a warunkami zamówienia, polega na braku tabeli pn. „Szczegółowy wykaz infrastruktury technicznej” w Formularzu rzeczowo-cenowym. Wzór Formularza rzeczowo-cenowego stanowi zał. nr 2 do SWA. Brak tabeli pn. jw. Jest niezgodny z jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia oraz dotyczy sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaofiarowanego w ofercie. Na podstawie złożonej oferty oraz dokumentów załączonych do oferty zamawiający nie był w stanie ustalić danych, które powinna zawierać tabela (tym samym oferta jest niekompletna) Formularz jako element oferty nie podlega uzupełnieniu, wobec czego oferta podlega odrzuceniu.”

Decyzja Zamawiającego jest błędna, bowiem Odwołujący złożył Formularz rzeczowo-cenowy w formie wynikającej ze wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ. W Rozdz. XVI SWZ Zamawiający określili, iż w ramach oferty oczekuje złożenia Formularza rzeczowo-cenowego sporządzonego z wykorzystaniem udostępnionego i przygotowanego przez Zamawiającego wzoru. Tego typu zastrzeżenie przesądza o konieczności wykorzystania wzoru udostępnionego przez Zamawiającego dokładnie w takiej formie, w jakiej został przekazany wykonawcom. Jakakolwiek modyfikacja przedmiotowego wzoru, w tym sposobu jego sformatowania przy tak postawionych wymaganiach SWZ, musiałaby skutkować odrzuceniem oferty. Żaden z wykonawców nie był uprawniony do modyfikacji wzoru, bowiem wymagania Zamawiającego było jednoznaczne. Należy także zwrócić uwagę, iż Zamawiający w żadnym punkcie SWZ nie przekazał precyzyjnej instrukcji lub informacji technicznych o sposobie wykorzystania przez wykonawców udostępnionych edytowalnych wzorów dokumentów.

Zacytowano Rozdział XVI. Opis sposobu przygotowywania oferty. 1. pkt 1) i 2)

Udostępnione wzory formularzy były odpowiednio sformatowane przez Zamawiającego, w szczególności zawierały zdefiniowany obszar wydruku, co wprost wskazuje na zakres informacji wymaganych przez Zamawiającego. Objęcie przez Zamawiającego jedynie części formularza zdefiniowanym obszarem wydruku dowodzi, iż wymagane było przedstawienie

jedynie informacji znajdujących się na tym obszarze. Pozostała część formularza stanowiła element pomocniczy do przygotowania oferty, którego złożenie nie było wymagane. Skoro bowiem Zamawiający nie objął tabeli pn. „Szczegółowy wykaz infrastruktury technicznej” zdefiniowanym obszarem wydruku, to oczywistym jest, że nie wymagał jej złożenia wraz z ofertą. Najlepszym potwierdzeniem przedmiotowego rozumienia SWZ jest fakt niezłożenia wskazanej tabeli, aż przez trzech wykonawców uczestniczących w postępowaniu. SWZ nie zawierał odpowiedniego pouczenia lub ostrzeżenia, iż udostępnione wzory są sformatowane przez Zamawiającego w sposób niestandardowy, odbiegający od powszechnie przyjętych wzorców tworzenia dokumentów. Zamawiający nie przedstawił również żadnych wytycznych dotyczących konieczności weryfikacji zdefiniowanego obszaru wydruku. Jedyne informacje dotyczące sposobu przygotowania oferty zostały określone w rozdz. XVI SWZ. Zamawiający określił wyłącznie, iż wymaga uzupełnienia udostępnionych wzorów formularzy oraz następnie opatrzenie ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentowania Wykonawcy. Identyczne wymaganie zostało zamieszczone na wzorze Formularza:

Zamawiający nie poinformował, iż złożenie podpisu bez wcześniejszej modyfikacji obszaru pliku spowoduje zmiany w treści dokumentu i usunięcie tabeli „Szczegółowy wykaz infrastruktury technicznej”.

Tym samym, oferta złożona przez Odwołującego została sporządzona i przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego. Złożony przez Odwołującego formularz został przygotowany w sposób wprost wynikający z zasad narzuconych przez Zamawiającego, zgodnie z instrukcją zawartą w SWZ tj. wypełniono udostępniony edytowalny wzór formularza bez dokonywania jego modyfikacji, a następnie opatrzone go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Brak w formularzu rzeczowo-cenowym tabeli pn. „Szczegółowy wykaz infrastruktury technicznej” jest wyłącznie wynikiem sposobu wcześniejszego sformatowania wzoru formularza przez Zamawiającego. W momencie podpisu następuje konwersja pliku z formatu .xls na .pdf. Udostępniony przez Zamawiającego formularz został sformatowany w ten sposób, iż tabela „Szczegółowy wykaz infrastruktury technicznej” nie była uwzględniana przy automatycznej konwersji pliku. Zdefiniowanie obszaru wydruku dokumentu, co do którego następnie wymaga się złożenia w formie elektronicznej wydaje się działaniem błędnym i obciążającym gospodarza postępowania.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na jednoznaczne orzecznictwo (KIO 1236/19, KIO 2260/13, wyrok Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 10 lipca 2015 r., I C 2/15). Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji będących wynikiem błędu w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania przez Zamawiającego. Tym samym, jego oferta nie może podlegać odrzuceniu z uwagi na brak załączenia do oferty wadliwie przygotowanego wzoru dokumentu.

Z ostrożności, Odwołujący wskazuje, iż możliwe było także dokonanie poprawy oferty Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Informacje, które wykonawcy byli zobowiązani podać w szczegółowym wykazie infrastruktury technicznej de facto znajdują się w ofercie Odwołującego. W szczególności ze złożonej przez Odwołującego oferty wynika jakie urządzenia i w jakiej ilości zostały zaofertowane przez Wykonawcę - informacje w tym zakresie znajdują się zarówno w Formularzu rzeczowo-cenowym części tabeli Infrastruktura techniczna, jak i w Formularzu rzeczowo funkcjonalnym. W związku z tym poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty - nie dojdzie do uzupełnienia treści oferty o nowe okoliczności.

IV Odnosnie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Apex.IT jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, wskazać należy, co następuje.

Zarzut jest konsekwencją zarzutów opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 Ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Ponieważ oferta wykonawcy Apex.

powinna zostać odrzucona, Zamawiający w konsekwencji jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego.

V Odnosnie zarzutu ewentualnego, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci udostępnienia wykonawcom wadliwego wzoru formularza rzeczowo-finansowego (załącznik nr 2 do SWZ) a tym samym wprowadzenia w błąd wykonawców, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, wskazać należy, co następuje.

Odwołujący wskazuje, iż zamieszczony na stronie postępowania plik w formacie .xls

„BZA.2600.1430.2020-Zalacznik_nr_2_-_Formularz_rzeczowo-

cenowyzmodyfikowany_w_wyniku_pytan_do_SWZ_19-05-2021_13.08.17” był wadliwy,

wprowadzał w błąd wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a w konsekwencji doprowadził do wypaczenia wyniku postępowania, w którym trzech na pięciu wykonawców zostało odrzuconych właśnie w wyniku wadliwości przedmiotowego pliku. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyjaśnienia udzielone w toku postępowania przez Konsorcjum

Enigma:

Obowiązkiem każdego z wykonawców było wypełnienie danych w udostępnionym pliku, a następnie opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W momencie podpisu następuje konwersja pliku z formatu .xls na .pdf. Udostępniony przez Zamawiającego plik został przygotowany w ten sposób, iż tabela „Szczegółowy wykaz infrastruktury technicznej” nie była uwzględniana przy automatycznej konwersji pliku. Analogicznie w przypadku wydruku dokumentu, przedmiotowa tabela nie znalazłaby się na wydruku. Usunięcie tabeli przy zmianie formatu pliku było wynikiem ustawień i parametrów wprowadzonych do dokumentu przez Zamawiającego. W normalnych okolicznościach złożenie podpisu elektronicznego nie wywiera żadnych zmian w dokumencie. Wykonawcy nie mogą ponosić odpowiedzialności za działania podejmowane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym, niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest związana z zaistnieniem m.in. przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy.

Kształt udostępnionego wzoru oraz postanowienia SWZ naruszają przepisy art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 10, 14, 15 ustawy Pzp, art. 67 ustawy Pzp, art. 64 ustawy

Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie jednoznacznego i precyzyjnego SWZ, w którym zostanie zawarty opis przygotowania oferty, informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania i wysyłania dokumentacji. Brak tych informacji oraz sposób przygotowania wzoru formularza stanowi wadę postępowania. Kontynuowanie Postępowania w obecnej formie narusza zasady prawa krajowego, celowości wydatkowania funduszy publicznych, a także zasady równego traktowania i zakazu dyskryminacji, co ma przesądzający wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazuje na wyrok Izby z 11 czerwca 2021 r., KIO 1343/21. W sprawie rozstrzygniętej powyższym wyrokiem zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp z 2019 r. zamawiający wskazał, że postępowanie obciążone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Podstawą faktyczną były niejasne postanowienia SWZ w zakresie wprowadzenia opisu przedmiotu zamówienia, które w efekcie doprowadziły do sytuacji złożenia dwóch ofert na różną ilość przedmiotu zamówienia. Skład orzekający doszedł do przekonania, że bezsporna pomiędzy stronami była okoliczność niejasności i nieprecyzyjności postanowień. Wskazano że zgodnie z dość ugruntowanym orzecnictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r. niejasność lub nieprecyzyjność SWZ może stanowić podstawę unieważnienia postępowania. Co jednak najistotniejsze Izba zgodziła się z zamawiającym, że podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy mógłby być art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z 2019 r., gdyż zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy, tj. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp z 2019 r. Powyższe wynikałoby z nieprecyzyjności SWZ, co z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości.

Zamawiający — Poczta Polska S.A. w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie

odwołania w całości z uwagi na całkowitą bezzasadność oraz bezprzedmiotowość podniesionych w nim zarzutów oraz złożonych wniosków, oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma i w aktach postępowania. Odnosząc się do zarzutów i wniosków Odwołania uznał za bezpodstawne.

Zamawiający nie kwestionuje, że postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne. Niemniej jednak jawność nie ma charakteru bezwzględnej. Zakazem zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest objęty jedynie zakres informacji upubliczniony podczas otwarcia ofert

wskazany w art. 222 ust. 5 PZP tj. nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca

prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte. Wykonawca Apex. IT złożył w Postępowaniu dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa:

Zamawiający dokonał analizy dokumentów pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa i uznał, iż część z dokumentów została zastrzeżona nieskutecznie wobec czego zostały zgodnie z postanowieniami SWZ „odtajnione”. Natomiast za skuteczne zastrzeżone Zamawiający uznał pismo z 14 lipca 2021 r. wyjaśnienia i dowody dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia.

2. Zarzut naruszenia przez zaniechanie odrzucenia oferty Apex.IT sp. z o.o. jako sprzecznej z warunkami zamówienia.

2.1 Komponenty sieci SAN - pkt 2.2 OPZ. W infrastrukturze Zamawiającego znajduje się sieć SAN o przepustowości 32Gb/s. Zamawiający dla podstawowych komponentów oferowanego Systemu wymagał standardu przepustowości 32/16 GB/s. Określenie „standard 32/16 GB/s” zostało dokonane nieprecyzyjnie.

Macierz HPE MSA 2060 oferowana przez Wykonawcę Apex.IT nie jest kwalifikowana jako komponent sieci SAN ze względu na brak bezpośredniego podłączenia do sieci SAN (podłączenie bezpośrednio do serwerów (Media Agent). Niemniej Macierz HPE MSA 2060 jest komponentem oferowanego Systemu, dlatego zgodnie z pkt. 2.2 OPZ musi spełniać warunek przepustowości 32 Gb/s lub 16 Gb/s. Zamawiający wzywając Wykonawcę Apex.IT do złożenia wyjaśnień treści oferty nie miał jeszcze świadomości w zakresie niespójności zapisu dotyczącego standardu przepustowości. W piśmie z dnia 24.06.2021 r. Wykonawca Apex.IT potwierdził, że zaoferowana Macierz spełnia standard 16 Gb/s.

Zamawiający opracowując dokumentację Postępowania umożliwił Wykonawcom dobór komponentów oferowanego Systemu z uwzględnieniem wymagań OPZ. Kluczowym wymaganiem pkt 3.3 OPZ (załącznik nr 3 do SWZ) dotyczący minimalnej przepustowości Systemu tj. kompletnego rozwiązania na które składają się zarówno urządzenia jak i oprogramowanie. Minimalna przepustowość dla Systemu wynosi 25TB/h.

2.2 Skalowalność oferowanego Systemu. Odwołujący podnosi, że parametry dotyczące serwera Media Agent wskazanego w ofercie w zakresie obsługiwanej pojemności 250TB w odniesieniu do jednej bazy deduplikacyjnej (1 DDB disk) są niewystarczające do spełnienia warunku OPZ w zakresie skalowalności Systemu. Odwołujący jednak nie wziął po uwagę technicznej możliwości serwera Media Agent do obsługiwania dwóch baz deduplikacyjnych (2 DDB disks), co zwiększa zakres obsługiwanej pojemności dwukrotnie tj. 500TB. Zamawiający informuje, że Wykonawca Apex.IT w ofercie wskazał trzy serwery Media Agent w każdym z ośrodków (lokalizacji) (Formularz rzeczowo- cenowy tabela „Szczegółowy wykaz infrastruktury technicznej poz.2), co zdaniem Zamawiającego pozwala na skalowanie pojemności Systemu do wymaganej w pkt.2.1 OPZ wartości 1,5 PB (tj. 1500TB).

2.3 Wydajność oferowanego Systemu. Odwołujący argumentuje ograniczenie przepustowości Systemu odnosząc się do przepustowości jednego z komponentów (macierz MSA 2060) i do jednego konkretnego przypadku użycia nie uwzględniając obecności w rozwiązaniu drugiego komponentu (deduplikator StorOnce 5200).

Na przepustowość Systemu oprócz przepustowości poszczególnych komponentów wpływa także ilość oferowanych komponentów. Wykonawca Apex.IT w piśmie z dnia 29.06.2021r. wyjaśnił schemat architektury rozwiązania, który zapewni wymaganą przepustowość.

2.4 Skalowalność oferowanego Systemu. Twierdzenia Odwołującego są niezasadne, Odwołujący podnosi, że oferowane przez Wykonawcę Apex.IT rozwiązanie posiada wiele ograniczeń jednak z tej argumentacji nie wynika, że zbudowanie Systemu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego będzie niemożliwe, czy niezgodne z OPZ. Odwołujący powołuje się na tzw. „dobre praktyki” czyli działania, których celem jest osiągnięcie lepszych rezultatów niż w przypadku powszechnie stosowanych rozwiązań. Tzw. „dobre praktyki” nie stanowią norm prawnych, a jedynie zalecenia dla rynku poszczególnych branż.

Na podstawie wyjaśnień dotyczących m.in. schematu architektury rozwiązania stwierdzono, iż istnieje możliwość rozbudowy Systemu o dodatkowy czwarty serwer Media Agent co pozwoli na rozbudowę pojemności Systemu do maksymalnego zakresu określonego w OPZ.

2.5 Kopie zapasowe — pkt 3.6 OPZ. Zamawiający w pkt. 3.6 OPZ wymagał funkcjonalności LAN-FREE w zakresie Systemu, natomiast Odwołujący odnosi się do „wszystkich danych które miałyby być objęte systemem kopii zapasowych” Ponadto Odwołujący odnosi się do pojedynczego komponentu (macierz MSA 2060), a nie do Systemu. Ponadto Odwołujący nie uwzględnia w oferowanym rozwiązaniu drugiego oferowanego przez Wykonawcę Apex.IT komponentu tj. deduplikatora StorOnce 5200,

W pkt.3.8 2 OPZ Zamawiający wymagał możliwości korzystania z wielu repozytoriów danych jednocześnie. Apex.IT zaofertował macierz MSA 2060 i deduplikator StorOnce 5200, zaofertowane komponenty Systemu warunek spełniają.

2.6 Kopie zapasowe pkt 3.9 OPZ. Zamawiający nie wymagał globalnej deduplikacji tj. jednego centralnego repozytorium. Zgodnie z pkt 3.8 OPZ warunek dotyczył wykorzystania wielu różnych repozytoriów i wielu różnych typów nośników. Natomiast replikacja była wymagana pomiędzy lokalizacjami (ośrodkami), nie pomiędzy urządzeniami w danej lokalizacji, Zarzut Odwołującego jest niezasadny.

3. Zaniechanie odrzucenia oferty Apex.IT jako sprzecznej z warunkami zamówienia nie jest zgodna z warunkami zamówienia i nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego, w szczególności w zakresie sposobu opisanego zobowiązania wynikającego z oferty, a także poprzez niedopuszczalne prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonanie niedopuszczalnych zmian w treści - jest bezpodstawny.

Oferta Wykonawcy Apex.IT jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wymagania określone w SWZ W Formularzu rzeczowo-funkcjonalnym (zał 2 a do SWZ) Zamawiający

wymagał wskazania przez Wykonawców „oferowanych parametrów rzeczowo-funkcjonalnych”. Pojęcie „parametr rzeczowo-funkcjonalny” wydaje się jednoznaczne jednak sposób jego interpretacji przez Wykonawców był różny. W złożonych ofertach, w Formularzach rzeczowo-funkcjonalnych w kolumnie „oferowane parametry rzeczowo-funkcjonalne” Wykonawcy wskazywali konkretne parametry techniczne albo linki odsyłające do stron z parametrami technicznymi. Ze względu na różną interpretację przez Wykonawców opisu dotyczącego informacji o wskazaniu „parametrów rzeczowo-funkcjonalnych” i w konsekwencji wskazywania w złożonych ofertach linków do stron internetowych (dotyczy także Odwołującego), Zamawiający dopuszczał taką formę wskazania parametrów. Dokonywał weryfikacji stron internetowych znajdujących się pod linkami.

W dniu 24 czerwca 2021 Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Apex.IT o udzielenie wyjaśnień w zakresie złożonego Formularza rzeczowo-funkcjonalnego. W treści Formularza rzeczowo-funkcjonalnego zostały opisane parametry techniczne, ale także wskazane linki do stron internetowych. Wobec czego Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień dla pozycji 3.5 - 3.18, w których wskazano linki do stron internetowych.

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca Apex.IT w dniu 29 czerwca 2021 r. wskazał, iż w załączeniu przesyła uzupełniony o parametry techniczne Formularz rzeczowo-funkcjonalny dla pozycji 3.5-3.18 oraz przedmiotowe środki dowodowe dotyczące oprogramowania w postaci eksportowanych fragmentów plików z linków do PDF

Zamawiający nie uwzględnił przesłanego przez Wykonawcę Apex.IT, uzupełnionego Formularza rzeczowo-funkcjonalnego (jako zastępującego złożony wraz z ofertą Formularz), gdyż zgodnie z postanowieniami SWZ jest częścią oferty i nie podlega uzupełnieniu. Natomiast uwzględnione zostały wyjaśnienia wynikające z treści pisma.

Zamawiający dopuścił możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, składanych na potwierdzenie spełnienia wymagań funkcjonalnych oferowanych produktów. Uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe, zostały uwzględnione.

19.07.2021r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy wezwanie do tłumaczenia na język polski treści wskazanych w Formularzu rzeczowo-funkcjonalnym pod linkami do stron internetowych oraz tłumaczenia na język polski przedmiotowych środków dowodowych. Jednak należy podkreślić, że parametry techniczne nie wymagają tłumaczenia, gdyż określone są w uniwersalnych jednostkach, stosowanych na rynku międzynarodowym.

Tym samym Zamawiający nie prowadził z Wykonawcą negocjacji, ale wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia oferty oraz uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Ostatecznie Zamawiający uznał, iż parametry zawarte pod linkami do stron internetowych i przedmiotowe środki dowodowe potwierdzają funkcjonalności wymagane przez

Zamawiającego w swz. Przypomniat o celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zawarcie ważnej umowy, a nie prowadzenie jedynie formalistycznej procedury.

Zarzut odrzucenia oferty Odwołującego, jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego - jest bezpodstawny. Całkowicie bezzasadne są twierdzenia Odwołującego, iż złożył ofertę, która powinna być zostać poprawiona przez Zamawiającego, jako zawierająca omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Oferta Odwołującego nie zawierała istotnego fragmentu Formularza rzeczowo-cenowego tabeli „Szczegółowy wykaz infrastruktury technicznej” który stanowił część oferty i nie podlegał uzupełnieniu.

Zamawiający informował, że dokumenty elektroniczne muszą być sporządzone w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17.02.2005r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, w szczególności w jednym z formatów: pdf., doc., docx., .xls lub .xlsx. Zamawiający nie wymagał jednego formatu, Wykonawcy mieli możliwość wyboru formatu przekazywanego dokumentu. Rozszerzenie pola (obszaru) wydruku dokumentu przy konwertowaniu na format pdf. nie jest traktowane jako modyfikacja dokumentu, lecz dostosowanie dokumentu do zakresu potrzeb konkretnego Wykonawcy.

Wskazanie w rozdz. XVI ust. 1 pkt 2 SWZ, iż m.in. Formularz rzeczowo-cenowy ma być „sporządzony z wykorzystaniem wzoru” dotyczy merytorycznej treści dokumentu, a nie formatu dokumentu. Rozdział XVI ust. 1 SWZ dotyczy sposobu przygotowania oferty a X ust. 10 dotyczy formatów przekazywanych w formie elektronicznej dokumentów. Odwołujący nie dołożył należytej staranności i nie zweryfikował kompletności składanego Formularza rzeczowo-cenowego. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Rzeczona niezgodność dotyczy sfery merytorycznej zobowiązania określonego w SWZ oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie Odwołującego. W takim stanie faktycznym należy uznać, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, wobec czego zawarty w złożonym odwołaniu zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego jest chybiony, a odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający podnosi, iż przedmiotowe Postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiająca zawarcia ważnej umowy Wzór Formularza rzeczowo-cenowego (Załącznik nr 2 do SWZ) nie był wadliwy, gdyż był wykorzystywany przez Wykonawców w Postępowaniu. Wykonawcy natomiast dokonywali według swoich potrzeb wyboru formatu przesyłanych dokumentów oraz związanych z tym kwestii technicznych m.in. ustawień obszaru wydruku. W rozdz. X ust. 10 SWZ Zamawiający poinformował, że dokumenty elektroniczne muszą być sporządzone w postaci elektronicznej/.../ w szczególności w jednym z formatów: pdf., doc., docx., .xls lub .xlsx. Wykonawcy w niniejszym Postępowaniu są profesjonalistami świadczącymi usługi informatyczne, dlatego niezrozumiałe jest wyjaśnienie Odwołującego o wadliwości

W trakcie rozprawy uczestnicy przedstawili stanowiska.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów i wniosków/żądań odwołania, skład orzekający stwierdza, że nie podlegają one uwzględnieniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 w związku z art. 18 ust. 1-3 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uznać należy, że zamawiający miał podstawy do utrzymania wyjaśnień treści dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie właściwej mu kalkulacji zaoferowanej ceny. Przy powszechnie uznanej normatywnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasada ta nie ma jednak charakteru bezwzględnej. Wykonawca skorzystał z możliwości zastrzeżenia informacji, które nie mogą być udostępniane i zadeklarował, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwzględnieniem przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Słuszne jest spostrzeżenie odwołującego, że wykonawca w rzeczywistości znacząco nadużył uprawnień do zastrzegania zdecydowanej większości informacji zawartej w składanych zamawiającemu dokumentach, co stanowiło naruszenie zasady jawności i przekroczenie uprawnień do utajniania dokumentów. W toku oceny dokumentów zamawiający mając na

względnie art. 18 ustawy pzp dokonał analizy informacji także pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa, a w jej wyniku zasadnie uznał, iż znacząca część z tych dokumentów została zastrzeżona nieskutecznie, wobec czego dokumenty zostały odtajnione.

Za skuteczne zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający uznał wyjaśnienia i dowody dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia jako mające dla wykonawcy wartość gospodarczą. W tym zakresie Izba nie stwierdziła naruszeń przepisów prawa w podjętych czynnościach przez zamawiającego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Apex.IT sp. z o.o. jako sprzecznej z warunkami zamówienia, skład orzekający stwierdza, że zarzut nie potwierdził się. Zamawiający wiarygodnie wyjaśnił, że w jego infrastrukturze znajduje się sieć SAN o przepustowości 32Gb/s. W warunkach zamówienia ogólnie określił jako komponenty sieci SAN urządzenia Systemu które będą podłączone bezpośrednio do sieci SAN zamawiającego. Dla podstawowych komponentów oferowanego Systemu wymagał standardu przepustowości 32/16 GB/s. Jednocześnie zamawiający przyznał, że określenie standardu w sposób „standard 32/16 GB/s” zostało dokonane nieprecyzyjnie, gdyż standard tak sformułowany nie istnieje na rynku, a symbol „/” którym posłużył się Zamawiający oznacza alternatywę (przynajmniej jeden warunek musi zostać spełniony), dlatego ze względu na taki sposób określenia standardu Zamawiający uwzględniał spełnienie standardu przepustowości 32 Gb/s jak i 16 Gb/s. Skład orzekający zauważa, że istotnie znak ukośnik (ang. slash) może mieć różne znaczenia w zależności od kontekstu i celu, w jakim został użyty. Zdaniem odwołującego jest to łącznik oznaczający koniunkcję wyrazów z obu stron znaku, czyli wymóg spełnienia obydwu parametrów. W rzeczywistości, mimo kilku możliwości, takie rozumienie znaku ukośnika raczej nie jest spotykane. Przykłady użycia znaku „/” to symbol dzielenia, liczba w liczbie, zapis adresu: ukośnik „w”, czytany jako „przez” lub „łamane przez”, np. w zapisie adresu („ul. Długa 102/11”), w numeracji posesji. Sygnalizowane dzielenie to zapis w formie ułamka zwykłego np. %, znak stosuje się także w numeracji stron (części) przykładowo zapis 5/12 oznacza piątą stronę (część) z dwunastu wszystkich. Bliższe rozważanej sprawie jest wskazanie zapisu racjonalnie użytego „-/” równoważnego z „od-do” na wskazanie rozpiętości określonego parametru. Konkludując w sprawie oznaczenie należy rozumieć jako oznaczenie alternatywy łącznej będącej synonimem określenia „lub”.

Przykładowo: „duży/mały” w rozwinięciu skrótu będzie równoznaczne z „duży lub mały”. W tym kontekście, nawet przy ewentualnych wątpliwościach, uzasadnione jest przyjęcie dopuszczalności parametru przepustowości zarówno 16 jak i 32 Gb/s rozumiejąc, że zarówno jeden, jak i drugi, a zatem obydwa razem, jak i każdy z nich z osobna, spełnia postawione przez zamawiającego warunki.

Potwierdzenie przez wykonawcę Apex.IT, że zaoferowana Macierz HPE MSA 2060 spełnia standard 16 Gb/s należy zatem uznać za potwierdzenie wymogu swz.

W zakresie warunku OPZ w zakresie skalowalności Systemu Izba przyjęła jako uzasadnioną przez zamawiającego jako użytkownika systemu planującego jego rozbudowę, argumentację o technicznej możliwości oferowanego przez przystępującego wykonawcę, serwera Media Agent do obsługiwanego baz deduplikacyjnych i możliwości powiększenia zakresu obsługiwanej pojemności biorąc nadto pod uwagę, że na przepustowość Systemu oprócz przepustowości poszczególnych komponentów wpływa także ilość oferowanych komponentów z przyjętym schematem architektury rozwiązania, który zapewni oczekiwaną przepustowość. Zamawiający dokonał oceny na podstawie wyjaśnień z Wykonawcy Apex.IT dotyczących m.in. schematu architektury stwierdzając, iż istnieje możliwość rozbudowy

Systemu o dodatkowy czwarty serwer Media Agent, co pozwoli na rozbudowę pojemności Systemu do maksymalnego zakresu określonego w OPZ.

Izba podziela ocenę zamawiającego w tym zakresie, jak również pozostałych zaoferowanych rozwiązań, w tym możliwości wykorzystania wielu różnych repozytoriów i wielu różnych typów nośników przy założeniu, że replikacja była wymagana pomiędzy lokalizacjami (ośrodkami), nie pomiędzy urządzeniami w danej lokalizacji.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 1 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Apex.IT sp. z o.o. jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, w szczególności w zakresie sposobu opisanego zobowiązania wynikającego z oferty, a także poprzez niedopuszczalne prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonanie niedopuszczalnych zmian w treści, uznano zarzut za niezasadny.

Oferta wykonawcy Apex.IT jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wymagania określone w SWZ W Formularzu rzeczowo-funkcyjnym (załącznik nr 2 a do SWZ) Zamawiający wymagał wskazania „oferowanych parametrów rzeczowo-funkcyjnych”.

Pojęcie „parametr rzeczowo-funkcjonalny” wydaje się jednoznaczne, jednak sposób jego interpretacji i przedstawienia przez wykonawców był różny. W ofertach, w Formularzach rzeczowo-funkcjonalnych w kolumnie „oferowane parametry rzeczowo-funkcjonalne” Wykonawcy wskazywali konkretne parametry techniczne albo linki odsyłające do stron z parametrami technicznymi. Ta druga metoda, w odniesieniu do pozycji formularza wskazanych przez odwołującego, nie była wyjątkowa i właściwa jedynie przystępującemu.

Ze względu na różną interpretację opisu dotyczącego informacji o wskazaniu „parametrów rzeczowo-funkcjonalnych” i w konsekwencji wskazywania w złożonych ofertach linków do stron internetowych, co dotyczy także oferty odwołującego, która to okoliczność jest niezaprzeczona i w konsekwencji niesporna, Zamawiający dopuszczał taką formę wskazania parametrów. Izba uznała z wykazany fakt, że zamawiający w trakcie czynności badania ofert dokonywał weryfikacji stron internetowych znajdujących się pod linkami. Kolejną natomiast czynnością zamawiającego było zwrócenie się do wykonawcy Apex.IT o udzielenie wyjaśnień w zakresie złożonego Formularza rzeczowo-funkcjonalnego, w którym zostały opisane parametry techniczne, ale także wskazane linki do stron internetowych (dla pozycji 3.5 - 3.18). Wykonawca w odpowiedzi przesłał uzupełniony o wpisane wprost parametry techniczne Formularz rzeczowo-funkcjonalny dla pozycji 3.5-3.18 oraz przedmiotowe środki dowodowe dotyczące oprogramowania w postaci eksportowanych fragmentów plików z linków do PDF.

Zamawiający nie uwzględnił przesłanego przez Wykonawcę Apex.IT, uzupełnionego Formularza rzeczowo-funkcjonalnego (jako zastępującego złożony wraz z ofertą Formularz), który zgodnie z postanowieniami SWZ jest częścią oferty i nie podlega uzupełnieniu. Natomiast uwzględnione zostały wyjaśnienia wynikające z treści pisma.

Jednocześnie zgodnie z rozdz. V ust. 2 SWZ Zamawiający dopuścił możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, składanych na potwierdzenie spełniania wymagań funkcjonalnych oferowanych produktów. Uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe, zostały uwzględnione. W dniu 19.07.2021r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy Apex.IT wezwanie do tłumaczenia na język polski treści wskazanych w Formularzu rzeczowo-funkcjonalnym pod linkami do stron internetowych oraz tłumaczenia na język polski przedmiotowych środków dowodowych. Można zauważyć, parametry techniczne nie wymagają tłumaczenia, gdyż określone są w uniwersalnych jednostkach, stosowanych na rynku międzynarodowym. Tym samym Zamawiający nie prowadził z Wykonawcą Apex.IT negocjacji, ale zgodnie z art. 223 ust. 1 PZP wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia oferty oraz uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Ostatecznie Zamawiający uznał, iż parametry zawarte pod linkami do stron internetowych i przedmiotowe środki dowodowe potwierdzają funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego w swz.

Przedstawiona powyżej kolejność zdarzeń w relacji zamawiającego potwierdza treść dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonana przez skład orzekający analiza prowadzi do wniosku, że w powyższym zakresie nie doszło do negocjacji treści oferty, a treść oferty nie była sprzeczna z wymogami specyfikacji warunków zamówienia. Wniosek ten dodatkowo wzmacnia powołanie się na zasadę równości wykonawców, jako że przedmiotowa treść oferty ze wskazaniem dla niektórych parametrów adresów internetowych (linków) była sformułowana analogicznie przez innych wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego oferty odwołującego tj. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp należy zauważyć, że zgodnie z ostatnim wskazanym tu przepisem ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w przypadku dostrzeżenia niezgodności o charakterze merytorycznym pomiędzy wymogami opisanymi w SWZ a treścią przedstawioną przez wykonawcę w jego ofercie, z zastrzeżeniem, które mogą zostać poprawione.

Stwierdzić należy, a jest to okoliczność niesporna, że oferta odwołującego nie zawierała istotnego fragmentu Formularza rzeczowo-cenowego tabeli o nazwie „Szczegółowy wykaz infrastruktury technicznej”, który to Formularz, a w nim wskazany wykaz, stanowił immanentną część oferty i jako taki nie podlegał uzupełnieniu, zmianie czy negocjacji. Odwołujący potwierdził fakt, że wykazu w żadnej formie nie złożył zamawiającemu wyjaśniając przy tym, że wykazu w formie ustalonej przez zamawiającego nie sporządził wobec przeszkody natury technicznej polegającej na braku możliwości wykorzystania udostępnionego i przygotowanego przez zamawiającego wzoru, a jakkolwiek modyfikacja przedmiotowego wzoru, w tym sposobu jego sformatowania, musiałaby skutkować odrzuceniem oferty. Zamawiający w swz nie przekazał precyzyjnej instrukcji lub informacji technicznych o sposobie wykorzystania przez wykonawców udostępnionych edytowalnych

wzorów dokumentów.

Izba stwierdziła, że potwierdzony brak dokumentu o merytorycznej treści, będącego częścią oferty uzasadnia stwierdzenie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Twierdzenie wykonawcy o braku możliwości sporządzenia i przedstawienia dokumentu wobec braku wiedzy o sposobie sporządzenia dokumentu w postaci elektronicznej dopuszczalnej w jednym z wymienionych w specyfikacji formatów wg wyboru wykonawcy nie znajduje zrozumienia u składu orzekającego. Zgodnie z SWZ dokumenty elektroniczne miały być sporządzone w postaci elektronicznej, w formatach określonych, w szczególności w jednym z formatów: pdf., doc., docx., .xls lub .xlsx. Zamawiający nie wymagał jednego formatu, wykonawcy mieli możliwość wyboru formatu przekazywanego dokumentu. Rozszerzenie pola (obszaru) wydruku dokumentu przy konwertowaniu na format pdf. mogło być z dostosowanie dokumentu do zakresu potrzeb konkretnego Wykonawcy. Wskazanie w rozdziale XVI SWZ, iż m.in. Formularz rzeczowo-cenowy ma być „sporządzony z wykorzystaniem wzoru” dotyczy merytorycznej treści, a nie formatu dokumentu. W konsekwencji należy uznać, że odwołujący mimo profesjonalnego przygotowania, nie dołożył należytej staranności przy sporządzaniu oferty w części stanowiącej Formularz rzeczowo-cenowy. Stwierdzona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia ma w tym przypadku charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy przy tym sfery merytorycznej zobowiązania określonego w SWZ oraz zobowiązania wykonawcy. W tym zasadza się także różnica między ofertą złożoną przez przystępującego, której treść była znana, choć podlegała wyjaśnieniom, a ofertą odwołującego, w której w istotnym fragmencie nie było żadnej treści. W takim oto stanie faktycznym należy uznać, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, wobec czego zawarty w złożonym odwołaniu zarzut bezzasadnego jej odrzucenia niezasadny, a odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Powyższy wniosek stanowi także podstawę do stwierdzenia, że postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiająca zawarcia ważnej umowy. Wzory dokumentów były dostępne wykonawcom - profesjonalistom w branży IT, na równych prawach, możliwe do realnego wykorzystania, wg dopuszczalnych postanowień specyfikacji, wyboru.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono, jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: