Sygn. akt: KIO 365/22, KIO 405/22

WYROK

z dnia 1 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Anna Kuszel-Kowalczyk
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 11 lutego 2022 r. przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 365/22)

B. w dniu 14 lutego 2022 r. przez wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 405/22)

w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 365/22 oraz KIO 405/22 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 365/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie,

2. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fujitsu Technology Solutions

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą

w Warszawie tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 365/22),

2.3. zasądza od Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 405/22).

Stosownie do art. 579 i 580 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: .....

Sygn. akt: KIO 365/22, KIO 405/22

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup bibliotek wirtualnych dla platformy mainframe wraz z usługami serwisowymi". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 158-417693.

Sprawa o sygn. akt KIO 365/22

W dniu 11 lutego 2022 r. wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Fujitsu") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

I. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego Fujitsu z powodu nie wniesienia wadium w sposób prawidłowy;

II. naruszenie art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp (w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp) poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji pominięcie oferty Odwołującego Fujitsu wśród ofert podlegających ocenie, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie powinna zostać za taką uznana.

Odwołujący Fujitsu wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Fujitsu;

3. dokonanie ponownej oceny ofert,

4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych z uwzględnieniem oferty Odwołującego Fujitsu.

Uzasadniając stawiane zarzuty Odwołujący Fujitsu podał, że zgodnie z pkt 6.2.1. SWZ Zamawiający wyznaczył pierwotny termin składania ofert na dzień 22 września 2021 r. oraz termin związania ofertą zgodnie z pkt. 6.3.1. na okres 90 dni od terminu składania ofert wskazując, że upływa on z dniem 20 grudnia 2021 r. W toku postępowania Zamawiający kilkukrotnie zmieniał termin składania ofert oraz informował o odpowiednim przesunięciu terminu związania ofertą. Ostatecznie w dniu 28 października 2021 r. termin składania ofert wyznaczono na dzień 12 listopada 2021 r., a termin związania ofertą zgodnie z informacją od Zamawiającego upływał w dniu 9 lutego 2022 r. 4. Zamawiający zgodnie z rozdziałem 3 SWZ wymagał wniesienia wadium w formach wskazanych jako dopuszczalne w ustawie Pzp.

Odwołujący Fujitsu oświadczył, że przygotowywał się do złożenia oferty od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, w tym miedzy innymi poczynił starania w celu uzyskania dokumentu gwarancji bankowej jako wadium. Odwołujący Fujitsu argumentował, że nie mógł przewidzieć, czy będą zachodziły przesunięcia terminu składania ofert i terminu związania ofertą i w związku z tym pozyskał gwarancję bankową już w dniu 15 września 2021 r. (Gwarancja Bankowa nr GK21-2580010), która w swej treści wskazywała, że jest ważna w okresie od dnia wystawienia do dnia 3 stycznia 2022 r. (termin odpowiadający pierwotnemu terminowi związania ofertą). Następnie w związku ze zmianami terminu składania ofert Odwołujący Fujitsu występował do gwaranta o odpowiednie przedłużenia ważności gwarancji. Ostatecznie do dnia składania ofert, tj. do 12 listopada 2021 r. ważność gwarancji została przedłużona przez Gwaranta dwukrotnie. Odwołujący Fujitsu złożył Zamawiającemu następujące dokumenty, które zabezpieczały ofertę przez czas dłuższy niż określony przez Zamawiającego okres związania ofertą:

• Dokument gwarancji nr GK21-2580010 z dnia 15 września 2021 r. zawierający wszystkie warunki gwarancji i wskazujący na jego ważność do dnia 3 stycznia 2022 r.

• Dokument „Zmiana nr 1 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010" z dnia 7 października 2021 r. zawierający oświadczenie Gwaranta „przedłużamy termin ważności ww. Gwarancji do dnia 31 stycznia 2022 r."

• Dokument „Zmiana nr 2 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010" z dnia 28 października 2021 r. zawierający oświadczenie Gwaranta „przedłużamy termin ważności ww. Gwarancji do dnia 18 lutego 2022 r."

W dniu 24 stycznia 2022 r. Zamawiający w trybie art. 220 ust. 3 PZP wystosował do Odwołującego Fujitsu wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W dniu 28 stycznia 2022 r. Odwołujący Fujitsu przekazał Zamawiającemu odpowiedź na ww. wezwanie, w treści którego wskazano, że Odwołujący Fujitsu wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 10 kwietnia 2022 r. Ponadto, do pisma załączono ponownie dokument gwarancji oraz zmiany nr 1 i nr 2 (uprzednio złożone przed terminem składania ofert) oraz dokument nowy - Zmianę nr 3 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010, gdzie wskazano, że okres ważności wadium ulega przedłużeniu na okres związania ofertą, tj. do dnia 10 kwietnia 2022 r.

Odwołujący Fujitsu nie zgodził się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący Fujitsu, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, że pod treścią dokumentu „Zmiana nr 2 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010" przekazanego Zamawiającemu widnieją jedynie znaki graficzne podpisów przedstawicieli Gwaranta bez

opatrzenia treści podpisami kwalifikowanymi. Z powyższego Zamawiający wywiódł, w ocenie Odwołującego,

w sposób nieuprawniony, że Odwołujący nie wniósł wadium w wymaganej formie i na wymagany okres.

Odwołujący Fujitsu wyjaśnił, że w przypadku Zmiany nr 2 do Gwarancji otrzymał od gwaranta dokument w formie elektronicznej, tj. z kwalifikowanymi podpisami. Pracownik Odwołującego w sposób niezamierzony i nieświadomy zapisał ten dokument na dysku komputera używając funkcji „wydrukuj do PDF". W ten sposób przed terminem składania ofert Zamawiający otrzymał oryginały dokumentu gwarancji (zawierający jej wszystkie postanowienia) oraz Zmiany nr 1 do Gwarancji oraz nie podpisany plik PDF Zmiany nr 2 do Gwarancji. Odwołujący Fujitsu zaznaczył, że nie może być żadnych wątpliwości, że Zmiana nr 2 do Gwarancji została wystawiona przez gwaranta w formie elektronicznej i istniała i była ważna w dniu składania ofert. Powyższe potwierdza korespondencja mailowa z dnia 28 października 2021 r. (a zatem sprzed daty składania ofert), do której załączono dokument Zmiany nr 2 do Gwarancji prawidłowo podpisany.

Odwołujący Fujitsu podkreślił, że przez cały okres trwania postępowania (aż do otrzymania decyzji o odrzuceniu oferty) nie był świadomy, że Zmiana nr 2 do Gwarancji nie została przekazana w oryginale. Odwołujący Fujitsu wskazał ponadto, że okoliczności faktyczne sprawy są na tyle specyficzne, że nie można uznać, iż w świetle przepisów ustawy Pzp oferta Odwołującego Fujitsu podlega odrzuceniu.

Odwołujący Fujitsu zwrócił uwagę na ratio legis przepisów o wadium, które, jak zauważył, ma służyć zabezpieczeniu Zamawiającego przed składaniem ofert nierzetelnych, wpływać dyscyplinująco na wykonawców w czasie procesu ubiegania się o udzielenie zamówienia powodując, że oferty złożą jedynie podmioty, które swój udział w postępowaniu traktują w sposób poważny i przemyślany. W przypadku gdy jednak tak nie jest, Zamawiający może w okolicznościach ustawowych zatrzymać wadium i w pewnym sensie ukarać takiego wykonawcę. W ten sposób roszczenia Zamawiającego są zaspokajane natychmiast, bez konieczności wchodzenia na drogę długotrwałego sporu sądowego lub innego o podobnym charakterze. Odwołujący Fujitsu wskazał, że w praktyce powoduje to, iż przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp nie może być stosowana bezrefleksyjnie, ale z uwzględnieniem wyżej opisanego kontekstu i celu, w jakim wnosi się wadium, co potwierdzają komentarz do ustawy Pzp i orzecznictwo.

W ocenie Odwołującego Fujitsu, Zamawiający oceniając okoliczności sprawy doszedł do zdecydowanie zbyt daleko idącej konkluzji i stracił z oczu podstawowy cel, jakiemu wadium służy, tj. czy Zamawiający mógł w każdym momencie zaspokoić się z tak wniesionego wadium.

Odwołujący Fujitsu stoi na stanowisku, że odpowiedź na wyżej postawione pytanie może być tylko i wyłącznie pozytywna. Zamawiający przez cały okres związania ofertą, a nawet okres znacznie dłuższy, bo ostatecznie do dnia 10 kwietnia 2022 r., mógł zaspokoić swe ewentualne roszczenia z gwarancji wadialnej. Odwołujący Fujitsu podkreślił, że w żadnym momencie postępowania nie było takiego okresu, w którym interesy Zamawiającego byłyby zagrożone.

Jak wskazał Odwołujący Fujitsu, pomimo omyłkowego przekazania Zamawiającemu Zmiany nr 2 do Gwarancji w postaci pliku PDF, w żaden sposób nie wpływało to na możliwość zaspokojenia roszczeń Zamawiającego. Zmiana nr 2 do Gwarancji została wystawiona przez Gwaranta, była dla Gwaranta wiążąca i istniała w dniu składania ofert w prawidłowej formie. Dla Gwaranta - na dzień składania ofert - istniała gwarancja ważna do dnia 18 lutego 2022 r., którą miał obowiązek zrealizować na żądanie Zamawiającego. Odwołujący Fujitsu podkreślił, że w treści gwarancji nie znajduje się żaden zapis, który uzależniałby jej skuteczność od przekazania Gwarantowi przez Zamawiającego wraz z żądaniem „oryginału" gwarancji. Gwarancja nie zawiera żadnych tego rodzaju ograniczeń. Dokument nie wiąże z formą gwarancji żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wymaga dla skuteczności roszczenia o wypłatę sumy wadialnej przez beneficjenta gwarancji - Zamawiającego - konieczności okazania jego oryginału czy nawet dysponowania takim dokumentem w tej formie. Stosunek gwarancji jest zobowiązaniem własnym gwaranta wobec beneficjenta. Stosunek podstawowy - w tym przypadku zlecenia udzielenia gwarancji łączył gwaranta ze zleceniodawcą (Odwołujący) wyłącznie w fazie zlecenia udzielania gwarancji. Dla Gwaranta
i jego zobowiązania sposób wniesienia wadium do Zamawiającego był bez znaczenia.

Zamawiający miał zatem pełną możliwość skorzystania z gwarancji wadialnej w terminie związania ofertą (określonym w dniu składania ofert na dzień 9 lutego 2022 r.). Odwołujący Fujitsu powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 531/17, oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2020 r., sygn. akt KIO 2417/20.

Odwołujący Fujitsu zaznaczył, że Zamawiający przed dniem składania ofert (12 listopada 2021 r.) otrzymał dokument gwarancji oraz Zmianę nr 1 do Gwarancji w prawidłowej formie elektronicznej. Na skutek powyższego, jak wskazał Odwołujący Fujitsu, niezależnie zupełnie od treści Zmiany nr 2 do Gwarancji, Zamawiający dysponował dokumentem wadium wniesionym w prawidłowej formie ważnym do 31 stycznia 2022 r., a w zw. ze Zmianą nr 2
z gwarancji mógł skorzystać do 18 lutego 2022 r., gdyż fakt jej przekazania Zamawiającemu w pliku PDF nie wpływał na możliwość realizacji uprawnień przez beneficjenta. W ocenie Odwołującego Fujitsu, odrzucenie oferty Odwołującego oznaczałoby stosowanie przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 97 ust. 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp w sposób sprzeczny z celem ustanowienia tych przepisów i ze zdecydowanie nadmiernym formalizmem.

Odwołujący Fujitsu wskazał ponadto, że omyłkowe przekazanie Zamawiającemu Zmiany nr 2 do Gwarancji w postaci pliku PDF bez podpisów w żaden sposób nie wpłynęło na możliwość zaspokojenia roszczeń Zamawiającego z gwarancji również z innego powodu. Odwołujący Fujitsu zauważył, że nawet pomijając dokument Zmiany nr 2 do Gwarancji, w dniu składania ofert Zamawiający dysponował dokumentem głównym gwarancji (zawierającym jej treść) oraz Zmianą nr 1 do Gwarancji. Oba dokumenty zostały przekazane w prawidłowej formie, przy czym zgodnie ze Zmianą nr 1, termin ważności ww. Gwarancji był przedłużony do dnia 31 stycznia 2022 r. W dniu 24 stycznia 2022 r. Zamawiający w trybie art. 220 ust. 3 ustawy Pzp wystosował do Odwołującego wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W dniu 28 stycznia 2022 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odpowiedź na ww. wezwanie, w treści której wskazano, że Odwołujący wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 10 kwietnia 2022 r. Do pisma załączono Zmianę nr 3 do Gwarancji Bankowej nr GK21 -2580010, gdzie wskazano, że okres ważności wadium ulega przedłużeniu na okres związania ofertą, tj. do dnia 10 kwietnia 2022 r. Zmiana nr 3 do Gwarancji została przekazana Zamawiającemu w oryginale w formie elektronicznej (podpisy kwalifikowane) w dniu 28 stycznia 2022 r., a zatem jeszcze przed upływem ważności Zmiany nr 1. Wyraźnie przy tym w treści dokumentu gwarant stwierdza, że „pozostałe warunki ww. Gwarancji nie ulegają zmianie". Odwołujący Fujitsu, mając na uwadze powyższe okoliczności, stwierdził, że dokument Zmiany nr 2 (przekazany omyłkowo w kopii) w okolicznościach sprawy nie miał żadnego realnego znaczenia i wpływu na sytuację uprawnienia Zamawiającego, de facto nie wszedł on nigdy „w życie". Jak zauważył Odwołujący Fujitsu, Zmiana nr 3, która przedłużyła ważność wadium do 10 kwietnia 2022 r., została przekazana już 28 stycznia 2022 r., czyli w momencie, gdy przez trzy kolejne dni obowiązywała jeszcze zmiana nr 1 do Gwarancji. Odwołujący Fujitsu stwierdził, że dokument Zmiany nr 3 do Gwarancji od momentu jego złożenia zastąpił Zmianę nr 2 do Gwarancji.

Zdaniem Odwołującego Fujitsu, opisane powyżej okoliczności sprawiają, że na przedmiotową sprawę należy spojrzeć z uwzględnieniem jej specyfiki. W przeciwnym razie -

w przypadku potwierdzenia przez Izbę słuszności odrzucenia oferty Odwołującego - dojdzie, w ocenie Odwołującego Fujitsu, do kuriozalnej sytuacji, w której Odwołujący przez cały okres ubiegania się o zamówienie wykonuje swe czynności w sposób nie budzący wątpliwości co do tego, że rzetelnie i w sposób przemyślany przygotował ofertę, przedstawia Zamawiającemu dokument wadium, co do którego nie ma żadnych wątpliwości, iż Zamawiający przez cały okres związania ofertą mógł z niego skorzystać bez żadnych problemów, a pomimo tego jego oferta zostaje odrzucona.

W przekonaniu Odwołującego Fujitsu, odrzucenie jego oferty z powodów, na które powołał się Zamawiający, oznaczałoby stosowanie przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 97 ust. 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w sposób sprzeczny z celem ustanowienia tych przepisów i ze zdecydowanie nadmiernym formalizmem, oznaczałoby to bowiem odrzucenie oferty, pomimo tego, że złożone wadium zabezpieczało interesy Zamawiającego i Zamawiający mógł w każdym momencie zaspokoić się z tak wniesionego wadium.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Computex Sp. z o.o. Sp. k.

z siedzibą w Warszawie.

Sprawa o sygn. akt KIO 405/22

W dniu 14 lutego 2022 r. wykonawca Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Computex") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wybory jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Advatech Sp. z o.o., pomimo że jej treść pozostaje niezgodna z dokumentami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Advatech Sp. z o.o., pomimo, że wykonawca ten zaoferował realizację przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem bibliotek niezgodnych z wymaganiami SWZ, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

• merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,

• dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane odwołaniem,

a także o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2. powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu przy odrzuceniu oferty Advatech Sp. z o.o.,

co powoduje bezpośredni wpływ na wybór oferty Odwołującego Computex jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Computex wskazał, że z postanowień SWZ - Załącznika 3 Rozdział 3 Tabela 1 pkt 16 oraz Tabela 2 pkt 16 wynika, że Zamawiający jednoznacznie określił wymagany mechanizm replikacji danych w przypadku każdej z trzech bibliotek wirtualnych, specyfikując tryby replikacji oraz jej sposób wymuszający, aby podczas replikacji transmitowane były „tylko te fragmenty danych (bloki) które nie znajdują się na docelowym urządzeniu". Jak zauważył Odwołujący Computex, taki sposób replikacji stosowany jest w celu redukcji czasu replikacji oraz redukcji wymaganej przepustowości łącza dedykowanego do replikacji, co potwierdza, że wymaganie było w pełni uzasadnione i racjonalne jak również dostępne rynkowo.

Odwołujący Computex podał, że zgodnie z ofertą Advatech Sp. z o.o., dokonał jednoznacznej identyfikacji zaoferowanych macierzy wskazując w treści Formularza ofertowego na fakt zaoferowania bibliotek IBM model TS7700. Oferta potwierdza przy tym, że zaoferowane rozwiązanie nie posiada mechanizmu deduplikacji danych. Ponadto zgodnie z ofertą Advatech Sp. z o.o., w zakresie zaoferowanego oprogramowania dla bibliotek, wykonawca zaoferował niezbędne oprogramowanie do obsługi bibliotek - IBM TS7700 Software.

Odwołujący Computex podniósł, że zaoferowane przez Advatech Sp. z o.o. biblioteki firmy IBM TS7700 wraz z oprogramowaniem nie spełniają przytoczonego powyżej wymagania SWZ dotyczącego sposobu replikacji polegającego na transmitowaniu jedynie fragmentów danych (bloków) nie znajdujących się na docelowym urządzeniu. Jak wskazał Odwołujący Computex, w przypadku rozwiązań firmy IBM można znaleźć inne niż zaoferowana biblioteki wirtualne dedykowane dla środowisk zOS umożliwiające realizację replikacji w wymagany
w SWZ sposób, np. model TS7680:

():

Zgodnie z powołaną dokumentacją producenta dla biblioteki TS7680:

The TS7680 also supports asynchronous replication to another TS7680. This allows another copy of the logical volume to exist at a disaster recovery (DR) locationfbnly unigue data that does not already exist in the repository at the remote location is transmittedj Unlike the TS7700 Virtuatization

Tłumaczenie własne Odwołującego Computex:

„Urządzenie TS7680 obsługuje również replikację asynchroniczną do innego urządzenia TS7680. Taki mechanizm umożliwia skopiowanie danych do lokalizacji disaster recovery (DR). Transmitowane są jedynie unikalne dane, które jeszcze nie znajdują się w repozytorium

w zdalnej lokalizacji."

Odwołujący Computex zauważył, że biblioteki zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu przez Advatech Sp. z o.o., tj. TS7700 nie posiadają opisanej funkcjonalności. Odwołujący Computex wskazał, że w przypadku replikacji danych dla zaoferowanych bibliotek TS7700 transmitowane są zarówno bloki, które już znajdują się oraz te, które nie znajdują się na urządzeniu docelowym.

Jak podał Odwołujący Computex, w oficjalnej dokumentacji technicznej producent IBM wskazuje:

źródło: IBM TS7700 Release 5.1 Guide str. 756

Important: When the system attempts to give the network morę data than it can handle, it discard packets that it cannot handle. This process causes TCP to stop, resynchronize, and resend amounts of data, which results in a less efficient use of the network.

Tłumaczenie własne Odwołującego Computex:

„w przypadku „gdy urządzenie wysyłające dane próbuje przekazać do sieci sieci więcej danych, niż ta może obsłużyć odrzucane zostają pakiety których sieć nie może obsłużyć. Ten proces powoduje zatrzymanie TCP, ponowną synchronizację oraz ponownie wysyłanie danych, co dodatkowo skutkuje mniej efektywnym wykorzystaniem sieci.”.

Powyższe potwierdza, zdaniem Odwołującego Computex, że w przypadku rozwiązania zaoferowanego przez Advatech Sp. z o.o. niespełnienie wymagań SWZ może prowadzić do wskazanych powyżej konsekwencji.

Odwołujący Computex zaznaczył przy ty, że na rynku dostępne są biblioteki dedykowane dla środowisk z OS, które w podstawowej konfiguracji nie oferują deduplikacji, jak TS 7700 (np.: Fujitsu ETERNUS CS8400), jednak umożliwiają podłączenie modułu deduplikującego (w przypadku Fujitsu ETERNUS CS8400 - moduł CS800) umożliwiającego spełnienie postawionych w SWZ wymagań replikacyjnych.

Podsumowując, Odwołujący Computex stwierdził, że zaoferowane przez Advatech Sp. z o.o. w postępowaniu biblioteki IBM TS7700 nie posiadają modułu deduplikującego, który można byłoby wykorzystać podczas replikacji, oferowane oprogramowanie również nie spełnia tego wymagania. W tej sytuacji, w ocenie Odwołującego Computex, wymagania SWZ dotyczące sposobu replikacji danych polegające na transmitowaniu jedynie fragmentów danych (bloków) nie znajdujących się na docelowym urządzeniu należy uznać za niespełnione w przypadku oferty Advatech Sp. z o.o., a w konsekwencji oferta ta pozostaje niezgodna

z dokumentami zamówienia, co obliguje do odrzucenia jej na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił

wykonawca Advatech Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. O braku interesu we wniesieniu odwołania nie może stanowić okoliczność, że cena oferty Odwołującego Computex przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. O zaistnieniu podstaw do unieważnienia postępowania można mówić w sytuacji, w której oferta z ceną przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający nie znajdzie środków na zwiększenie tej kwoty do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, że do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak jest pewności czy Zamawiający nie podjąłby decyzji o zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia

w przypadku wystąpienia takiej konieczności.

Sprawa o sygn. akt KIO 365/22

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 350 000,00 zł w jednej lub kilku następujących formach:

- pieniądzu,

- gwarancjach bankowych,

- gwarancjach ubezpieczeniowych,

- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b pomoc finansowa udzielana przez Agencję ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2019 r. poz. 310, 836 i 1572) (pkt 3.1. i 3.2. SWZ).

Zamawiający wymagał, aby w sytuacji, w której wadium będzie wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca przekazał Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej (pkt 3.3.5. SWZ).

Z dokumentu wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej lub poręczenia powinno wynikać jednoznacznie gwarantowanie wypłaty należności w sposób nieodwołalny, bezwarunkowy i na pierwsze żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, stanowiące podstawę do żądania wypłaty należności. Wadium takie powinno obejmować cały okres związania ofertą, poczynając od daty składania ofert (pkt 3.3.6. SWZ).

Niewniesienie wadium, wniesienie w sposób nieprawidłowy, nieutrzymywanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w pkt 3.4.2.3 SWZ, miało skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy (pkt 3.3.8. SWZ).

Termin składania ofert został ostatecznie ustalony przez Zamawiającego na dzień 12 listopada 2022 r., zaś termin związania ofertą upływał w dniu 9 lutego 2022 r. (Sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 29 października 2021 r., pozycja 2021/S 211-552965, Sekcja VII, pkt VII.1.2).

Odwołujący Fujitsu w celu zabezpieczenia oferty wadium przed upływem terminu składania ofert złożył Zamawiającemu:

• Dokument Gwarancja Bankowa nr GK21-2580010 z dnia 15 września 2021 r. wystawionej przez Bank Handlowy w Warszawie S.A. zawierający wszystkie warunki gwarancji i wskazujący na jego ważność do dnia 3 stycznia 2022 r.

• Dokument „Zmiana nr 1 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010" z dnia 7 października 2021 r. zawierający oświadczenie Gwaranta „przedłużamy termin ważności ww. Gwarancji do dnia 31 stycznia 2022 r."

• Dokument „Zmiana nr 2 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010" z dnia 28 października 2021 r. zawierający oświadczenie Gwaranta „przedłużamy termin ważności ww. Gwarancji do dnia 18 lutego 2022 r."

W dniu 28 stycznia 2022 r. Odwołujący Fujitsu, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r., wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 10 kwietnia 2022 r. Do pisma Odwołujący załączył Zmianę nr 3 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010, a także złożone już wcześniej Gwarancję Bankową nr GK21-2580010 i Zmiany do Gwarancji nr 1 i 2.

W dniu 3 lutego 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego Fujitsu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Advatech Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Uzasadniając przedmiotową decyzję Zamawiający wskazał:

„Zgodnie z art. 97 ust. 5 Ustawy oraz pkt 3.3.1 SWZ Wykonawca zobowiązany był do wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, tj. przed godz. 12.00 w dniu 12.11.2021 r. Poprzez wniesienie wadium rozumieć należy oddanie go do dyspozycji Zamawiającego w taki sposób, że może on zaspokoić swoje roszczenia z kwoty wadium. Ponadto, zgodnie z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp oraz pkt 3.3.5 SWZ, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w pkt 3.2.2 i 3.2.4 SWZ, Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Zgodnie z pkt 3.3.8 SWZ niewniesienie wadium, wniesienie w sposób nieprawidłowy, nieutrzymywanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w pkt 3.4.2.3 SWZ, skutkuje odrzuceniem oferty Wykonawcy.

Wykonawca do oferty załączył niżej wymienione dokumenty, mające stanowić wadium w niniejszym postępowaniu:

1) Gwarancja Bankowa z dnia 15 września 2021 r. (nr GK21-2580010) podpisana podpisem kwalifikowanym przez Panie: M.B.* i A.S.*

[nazwa pliku: Zalacznik_1a_-_Gwarancja_bankowa_12-11-2021_10.59.22]

2) Zmiana nr 1 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010 z dnia 07 października 2021 r.

podpisana podpisem kwalifikowanym przez Panie: K.J.* i M.B.*;

[nazwa pliku: Zalacznik_1b_-_Gwarancja_bankowa_zmiana_nr_1_12-11-2021_10.59.22]

3) Zmiana nr 2 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010 z dnia 28 października 2021 r.

[nazwa pliku: Zalacznik_1c_-_Gwarancja_bankowa__zmiana_nr_2_12-11-2021_10.59.22]

Pod treścią tego załącznika widnieją jedynie znaki graficzne „Podpisano przez A.S*. oraz Podpisano przez I. K.*" bez opatrzenia treści podpisem lub podpisami kwalifikowanymi, co nie pozwala uznać wskazanego załącznika za dokument złożony w oryginale.

*imię i nazwisko zanonimizowane przez Zamawiającego

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Wykonawca nie wniósł wadium w wymaganej formie i na wymagany okres, tj. do dnia 09 lutego 2022 r., w sposób prawidłowy.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający obowiązany był odrzucić ofertę Wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.".

W przedmiotowej sprawie niesporny jest fakt, że Zmiana nr 2 do Gwarancji Bankowej nr GK21-2580010 z dnia 28 października 2021 r. nie została przekazana Zamawiającemu w oryginale, Zamawiający przed terminem składania ofert otrzymał niepodpisany plik PDF. Odwołujący Fujitsu wyjaśnił, że otrzymał od gwaranta dokument w formie elektronicznej, tj. z kwalifikowanymi podpisami. Pracownik Odwołującego Fujitsu w sposób niezamierzony i nieświadomy zapisał ten dokument na dysku komputera używając funkcji „wydrukuj do PDF". W ten sposób, jak stwierdza Odwołujący Fujitsu w odwołaniu, przed terminem składania ofert Zamawiający otrzymał oryginały dokumentu Gwarancji oraz Zmiany nr 1 do Gwarancji oraz nie podpisany plik PDF Zmiany nr 2 do Gwarancji. Odwołujący Fujitsu zaznaczył, że przez cały okres trwania postępowania nie był świadomy, że Zmiana nr 2 do Gwarancji nie została przekazana w oryginale.

Izba zważyła, że wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą, który przez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania. Mając na względzie ww. zabezpieczenie interesów zamawiającego, w art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, ustawodawca zobowiązał wykonawcę do przekazania zamawiającemu oryginału gwarancji w postaci elektronicznej, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji. Ustawowy wymóg pokrywa się z wymaganiem Zamawiającego sformułowanym w pkt 3.3.5. SWZ.

Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu składania ofert (art. 97 ust. 5 ustawy Pzp). Co za tym idzie, skuteczność zabezpieczenia oferty wadium należy badać na dzień składania ofert. Badaniu przez zamawiającego powinny podlegać prawidłowość formy wadium, jeżeli wadium zostało wniesione w postaci elektronicznej - czy zostało przekazane w oryginale, wysokość wadium, treść (jeżeli zostało wniesione w formach przewidzianych w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy Pzp), moment wniesienia, oraz okres zabezpieczenia oferty wadium. Uchybienie w zakresie

któregokolwiek z ww. elementów podlegających weryfikacji przez zamawiającego, stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium, jak również na wyjaśnienie wątpliwości dotyczących np. treści złożonego

dokumentu gwarancji.

W przedmiotowym stanie faktycznym na skutek przekazania Zamawiającemu Zmiany nr 2 do Gwarancji bankowej bez podpisów, na dzień składania ofert Zamawiający nie dysponował wymaganym przez art. 97 ust. 10 ustawy Pzp dokumentem świadczącym o wniesieniu wadium na cały wymagany okres. Gwarancja nr GK21-2580010 z dnia 15 września 2021 r. wraz ze Zmianą nr 1 do Gwarancji z dnia 7 października 2021 r.

zabezpieczały ofertę Odwołującego Fujitsu do dnia 31 stycznia 2022 r., podczas gdy Zamawiający wyznaczył termin związania ofertą na dzień 9 lutego 2022 r.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe uchybienie nie może być konwalidowane okolicznością, że na skutek przekazania Zamawiającemu w dniu 28 stycznia 2022 r. Zmiany nr 3 do Gwarancji w oryginale, ciąg wadium nie został przerwany. Zamawiający wszedł w posiadanie przedmiotowego dokumentu po terminie składania ofert, a zatem nie dysponował przed upływem terminu składania ofert wadium zabezpieczającym ofertę na cały okres związania ofertą. Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Sprawa o sygn. akt KIO 405/22

Izba ustaliła, że jednym z kryteriów oceny ofert Zamawiający uczynił mechanizmy zmniejszające wielkość zapisanych danych, mechanizm deduplikacji danych z wagą 10%

(pkt 7.2 SWZ).

W Załączniku nr 1 do Umowy Rozdział 3 Tabela 1 pkt 16 Zamawiający w stosunku do bibliotek produkcyjnych i zapasowych zawarł wymaganie:
„Oferowane urządzenia muszą umożliwiać bezpośrednią replikację danych do drugiego urządzenia takiego samego typu. Konfiguracja replikacji musi być możliwa w każdym z trybów:

* jeden do jednego

* wiele do jednego

* jeden do wielu

Replikacja musi się odbywać w trybie synchronicznym i/lub asynchronicznym. Transmitowane mogą być tylko te fragmenty danych (bloki) które nie znajdują się na docelowym urządzeniu. Ewentualna licencja na replikację musi być dostarczona w ramach postępowania.”.

Analogiczny wymóg Zamawiający postawił wobec bibliotek dark site.

Argumentacja zaprezentowana przez Odwołującego Computex w złożonych pismach oraz na rozprawie prowadzi do wniosku, że Odwołujący Computex przyjął założenie, że dla replikacji danych w zakresie wskazanym w dokumentacji zamówienia, potrzebny jest mechanizm deduplikacji. Tymczasem taka interpretacja wymagań Zamawiającego prowadziłaby do konieczności uznania za zbędne kryterium oceny ofert sformułowanego w pkt 7.2 SWZ dotyczącego mechanizmu deduplikacji, bowiem przy założeniach poczynionych przez Odwołującego Computex, każda z oferowanych bibliotek spełniałaby to wymaganie.

Izba stwierdziła, że treść SWZ wskazuje, że funkcjonalność deduplikacji mogła zostać zaoferowana (była dodatkowo punktowana przez Zamawiającego), jednak nie była

konieczna do uznania, że oferta jest zgodna z treścią SWZ - Zamawiający nie postawił wymagania posiadania przez biblioteki mechanizmu deduplikacji jako wymagania minimalnego w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę złożony przez Advatech Sp. z o.o. dowód w postaci pisma producenta oferowanych bibliotek IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 25 lutego 2022 r., które

w sposób jednoznaczny potwierdza spełnianie przez zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu biblioteki spornego wymagania. W ww. piśmie IBM Polska Sp. z o.o. stwierdziła m.in., że „Urządzenia IBM TS7700 zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu to biblioteki wirtualne, które umożliwiają bezpośrednią replikację danych do drugiego urządzenia tego samego typu w trybach: jeden do jednego, wiele do jednego, jeden do wielu. Replikacja może odbywać się w trybie synchronicznym i/lub asynchronicznym. Podczas replikacji transmitowane są tylko te fragmenty danych (bloki), które nie znajdują się na docelowym urządzeniu.”. Odwołujący Computex, na którym spoczywał ciężar wykazania zasadności postawionego zarzutu, nie złożył dowodu na poparcie swoich twierdzeń.

Ze stanowisk zaprezentowanych przez strony i Advatech Sp. z o.o. na rozprawie wynika, że brak jest zgody co do interpretacji pojęcia „fragment danych/blok” użytego w pkt 16 Tabel w Rozdziale 3 Załącznika nr 1 do Umowy. Wobec takiego sporu oraz braku definicji sformułowanej przez Zamawiającego, Izba uznała, w ślad za ugruntowanym orzecznictwem w tym przedmiocie, że niezbędne jest przyjęcie interpretacji ww. pojęcia na korzyść wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie

i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący, zaś Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego. Z uwagi na powyższe, Izba nakazała zapłatę od każdego z Odwołujących, tj. Odwołującego Fujitsu oraz Odwołującego Computex na rzecz Zamawiającego po 3 600 zł z tytułu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....