

WYROK

Warszawa, dnia 4 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2024 r. przez odwołującego Multicontrol Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej w Olsztynie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Cenzin Sp. z o.o. w Warszawie i „Nuctech Warsaw Company Limited” Sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Multicontrol Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza na poczet kosztów kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie Al. Marszałka J. Piłsudskiego 59A, 10-950 Olsztyn, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów, zlokalizowanego na Drogowym Przejściu Granicznym w Bezledach”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 367738-2024 z dnia 21 czerwca 2024 r, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 11 października 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. ul. Poleczki 32, 02-822 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez niepodanie przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Multicontrol, w tym niewskazanie zakresu rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, o której Multicontrol powziął wiedzę z protokołu Postępowania przetargowego,
- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Multicontrol, jako niezgodnej z warunkami zamówienia - według treści protokołu Postępowania przetargowego - podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a wszelkie wątpliwości Zamawiającego do treści przedmiotowych środków dowodowych zostały wyjaśnione w piśmie Multicontrol z 5.09.2024 r.,
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy jej treść jest w sposób oczywisty istotnie niezgodna z warunkami zamówienia,
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy jej przyjęcie narusza bezpieczeństwo publiczne oraz istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa i interesu nie można zagwarantować w inny sposób,
- 4.art. 107 ust. 4 Pzp - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania od Konsorcjum wyjaśnień co do wszystkich niezgodności treści oferty, w tym przedmiotowych środków dowodowych i ograniczenia wezwania do złożenia wyjaśnień jedynie do części występujących niezgodności,
- 5.art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez niewybranie jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum, byłaby ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach Postępowania przetargowego,

ewentualnie

6.art. 255 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania przetargowego z uwagi na fakt podlegania odrzuceniu przez wszystkie złożone w tym Postępowaniu oferty.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia: czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia jego oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert; odrzucenia oferty konsorcjum Cenzin Sp. z o.o. w Warszawie i Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. w Warszawie (dalej zwanego także jako „Konsorcjum”) jako niezgodnej z warunkami zamówienia; ewentualnie nakazanie zamawiającemu unieważnienia: badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania ponownego badania i oceny ofert; odrzucenia oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z warunkami zamówienia; przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Multicontrol; unieważnienia postępowania z uwagi na to, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Informacja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego jest bardzo lakoniczna - sprowadza się do wskazania, że oferta została odrzucona bez podania jakiegokolwiek podstawy prawnej ani okoliczności faktycznych. Odwołujący został pozbawiony możliwości weryfikacji i kontroli podstaw odrzucenia jego oferty, polemiki z czynnością zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty oraz zredagowania w niniejszym odwołaniu zarzutów wobec tej czynności. Tym samym odwołujący został pozbawiony złożenia środków odwoławczych w zakresie czynności odrzucenia jego oferty. Wykonawcy mogą bowiem w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Brak podania wymaganego uzasadnienia dla podjętych przez zamawiającego czynności może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu. Odwołujący powziął wiedzę jedynie z udostępnionego mu przez zamawiającego, po opublikowaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, protokołu postępowania, o tym że jego oferta została uznana za niezgodną z warunkami zamówienia. Natomiast ani w tym protokole ani w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający nie sprecyzował konkretnej niezgodności treści oferty odwołującego, którą stwierdził w stosunku do treści warunków zamówienia.

Zamawiający pismem z 28.08.2024 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych w zakresie przedstawionym w tym piśmie na podstawie art. 107 ust. 4 p.z.p. Odwołujący wyjaśnił wszystkie wątpliwości i wykazał zgodność jego oferty, w tym treści przedmiotowych środków dowodowych z warunkami zamówienia w piśmie z 05.09.2024 r. Odwołujący, wobec niewykonania przez zamawiającego obowiązku uregulowanego w art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p., nie ma wiedzy czy i w jakim zakresie zamawiający nie podzielił ww. wyjaśnień, czy też uznał, że jego oferta jest niezgodna w innym zakresie z warunkami zamówienia. Jak wskazano powyżej, nie sposób oczekiwać aktualnie od odwołującego, aby domyślał się jakie były przyczyny odrzucenia jego oferty przez zamawiającego. Z przedstawionych przyczyn już powyższe uchybienie zamawiającego - samodzielnie - uzasadnia uwzględnienie niniejszego odwołania.

W przedmiocie zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia odwołujący argumentował, że zgodnie z treścią SWZ wykonawcy składając ofertę byli zobowiązani dołączyć do niej wypełniony Załącznik nr 9, stanowiący Specyfikację funkcjonalno-techniczną. Specyfikacja funkcjonalno-techniczna zawiera wymagania minimalne zamawiającego, które musi spełniać wykonawca, w zakresie funkcjonalności i parametrów technicznych, którymi musi charakteryzować się urządzenie oraz elementy infrastruktury towarzyszącej po dokonanej modernizacji. Procedura badania i oceny ofert dokonywana jest ściśle według wymagań opisanych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Badanie ofert następuje nie tylko w zakresie kwestii formalnych (jak np. ważność oferty, sposób jej sporządzenia), ale także poprzez analizę jej treści - czyli treści zobowiązania wykonawcy - pod kątem spełnienia w szczególności wymagań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia, określonych na poziomie minimalnym, a także ich podwyższonego poziomu lub dodatkowych cech zaoferowanych innych elementów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert. W przypadku gdy zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień.

Powyższe uprawnienie zamawiającego staje się jego obowiązkiem, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty, zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia. Zakazane jest jednak prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień (vide: red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 5, 2023, art. 223, Legalis). Wybór oferty najkorzystniejszej, której treść budzi wątpliwości co do zgodności z warunkami zamówienia byłby możliwy wyłącznie wówczas, gdyby zamawiający wezwał wykonawcę w trybie ww. przepisu p.z.p. do złożenia wyjaśnień, a wykonawca złożyłby wyjaśnienia, przekonujące o poprawności zaoferowanego przedmiotu zamówienia - z tym zastrzeżeniem, że wyjaśnienia nie mogłyby doprowadzić do zmiany treści oferty.

Zamawiający, pismem z 28.08.2024 r. na podstawie art. 107 ust. 4 p.z.p., wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych w zakresie treści Specyfikacji funkcjonalno-technicznej, a dokładniej wiersza 9 pkt 9b dotyczącego komputerowego systemu urządzenia RTG, w którym wymagano wskazania oferowanych przez wykonawcę stacji roboczych dostarczonych dla systemu OKO, które miały spełniać wymagania określone w załączniku nr 2b, stanowiącym Specyfikację stanowiska komputerowego dla systemu OKO. Konsorcjum zaoferowało w powyższym zakresie komputer DELL Precision 7960 RACK, a zamawiający stwierdził rozbieżności względem wymaganej Specyfikacji komputera analitycznego dla systemu OKO, zgodnie z wezwaniem.

Konsorcjum pismem z 4.09.2024 r. udzieliło zamawiającemu wyjaśnień wskazując, że zaoferowany przez nie model komputera DELL Precision 7960 RACK zostanie dostosowany do indywidualnych wymogów technicznych zamawiającego, w związku z czym ogólnodostępna dokumentacja techniczna modelu tego komputera nie zawiera pełnej informacji umożliwiającej ocenę zgodności zaoferowanego sprzętu z wymogami załącznika nr 2b do SWZ. Konsorcjum na potwierdzenie, że zaoferowany przez tego wykonawcę komputerowy system urządzenia na bazie modelu komputera DELL Precision 7960 RACK będzie spełniał wskazane w warunkach zamówienia standardy techniczne, przedstawił oświadczenie firmy NTI Polska S.S., M.S. Sp.c. z 04.09.2024 r. z informacją, że dostarczony przez nią sprzęt, w tym elementy marki DELL wykorzystane do późniejszego montażu i instalacji, będzie spełniał ww. parametry techniczne.

W ocenie odwołującego oferta konsorcjum jest wprost sprzeczna z warunkami zamówienia, w tym z ww. wymogami, a złożone wyjaśnienia prowadzą do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Konsorcjum w treści złożonej z ofertą Specyfikacji funkcjonalno-technicznej wskazało wprost i precyzyjnie konkretny model oferowanego przez siebie stanowiska komputerowego, tj. DELL Precision 7960 RACK – który, jak zauważył słusznie zamawiający, nie spełnia wymaganych przez niego warunków technicznych. Natomiast po wezwaniu przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień, Konsorcjum zmieniło treść oferty w ten sposób, że zamiast stanowiska komputerowego DELL Precision 7960 RACK, niezgodnego z warunkami zamówienia, zaoferowało zmodyfikowane stanowisko komputerowe DELL Precision 7960 RACK - w istocie nie będzie to już ten konkretny model komputera, lecz inne urządzenie z innymi parametrami niż te, które posiada zaoferowany DELL Precision 7960 RACK. Powyższe stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty i powinno zostać uznane przez zamawiającego za podstawę odrzucenia oferty Konsorcjum.

Procedura uregulowana w art. 107 ust. 4 p.z.p. pozwalająca na złożenie przez wykonawcę wyjaśnień przedmiotowych środków dowodowych, nie pozwala na zmianę treści oferty, a jedynie na poprawienie lub wyjaśnienie drobnych błędów, pomyłek lub niejasności. Niedozwolone są wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty — działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych (vide: uchwała KIO z 8.08.2022 r., sygn. akt KIO/KD 22/22, Legalis; wyrok KIO z 1.02.2022 r., sygn. akt KIO 122/22, Legalis).

Konsorcjum na podstawie przedstawionych przez zamawiającego warunków zamówienia samodzielnie oraz świadomie wybrało i objęło ofertą konkretny model komputera - jak się okazało niespełniający parametrów określonych przez zamawiającego. Na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień, Konsorcjum jednoznacznie dokonało dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, a tym samym dokonało niedopuszczalnej rekonstrukcji swoich oświadczeń woli. Konsorcjum pod pozorem wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych w rzeczywistości wytworzyło zupełnie nową treść oświadczenia.

Ponadto, odwołujący dostrzega także inne niż niezgodności oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia niż te, które zostały wskazane w piśmie zamawiającego z 28.08.2024 r., tj. niezgodności, co do których zamawiający nie zwrócił się do Konsorcjum o złożenie wyjaśnień i nie odrzucił tej oferty, pomimo istnienia niezgodności. Mianowicie z treści załącznika nr 9 do SWZ złożonego przez Konsorcjum wynikają następujące niezgodności oferty z warunkami zamówienia:

- 1) Konsorcjum zaoferowało model urządzenia UPS EATON 93E40KMB5BI, 93E 40kVA 4x9Ah, który nie posiadał wymaganego przez zamawiającego modułu SNMP (rubryka 8 załącznika nr 9 do SWZ zasilanie). Potwierdzeniem jest specyfikacja tego produktu zamieszczona na stronie internetowej producenta tego urządzenia (link).
- 1) Konsorcjum zaoferowało dla systemu komputerowego urządzenia RTG kartę graficzną Nvidia RTX A4500, 20 GB - która ma wydajność FP16 (half) 23.65 TFLOPS (1:1), podczas gdy zamawiający wymaga TFLOPS (2:1) (rubryka 9 załącznika nr 9 do SWZ Komputerowy system urządzenia RTG i rubryka nr 7 załącznika nr 2b do SWZ stanowiącego Specyfikację: komputer analityczny dla systemu OKO). Powyższe oznacza, że precyzja operacji, w których liczby zmiennoprzecinkowe reprezentowane są 16-bitowo powinna być dwukrotnie wyższa niż precyzja operacji w przypadku użycia 32bitów do reprezentacji liczb zmiennoprzecinkowych FP32. W przypadku karty

graficznej według specyfikacji producenta, te wartości są równe, co nie spełnia wymagań zamawiającego. Potwierdzeniem jest specyfikacja tego produktu zamieszczona na stronie internetowej producenta tej karty graficznej (link).

2)Konsorcjum zaoferowało dla systemu komputerowego urządzenia RTG Monitor Samsung LU32J590UQPXEN oraz Monitor Dell U3223QE, które mają przekątne 31.5 cala, podczas gdy zamawiający wymaga posiadania przez monitory min. 32 cale (rubryka 9 załącznika nr 9 do SWZ Komputerowy system urządzenia RTG). Potwierdzeniem są specyfikacje tego produktu zamieszczone na stronach internetowych producentów tych monitorów (link). Według odwołującego, pomimo, że w oznaczeniu handlowym producent posługuje się określeniem przekątnej 32 cale, to w specyfikacji wprost wskazano, że przekątna wynosi 31,5 cala;

Zdaniem odwołującego, z powyższego wynikają oczywiste i jednoznacznie niezgodności oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia - niedostrzeżone przez zamawiającego - które powinny skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 16 p.z.p., odwołujący podniósł, że w pojęciu istotnego interesu bezpieczeństwa państwa chodzi zarówno o bezpieczeństwo wewnętrzne, jak i zewnętrzne państwa. Na gruncie prawa unijnego pojęcie bezpieczeństwa publicznego należy także odnieść do wewnętrznego bezpieczeństwa państwa członkowskiego oraz jego bezpieczeństwa zewnętrznego, a także sytuacji zagrożenia dla funkcjonowania głównych instytucji i służb publicznych oraz życia ludności lub ryzyka poważnego zakłócenia stosunków zagranicznych lub pokojowego współistnienia narodów bądź zagrożenie interesów wojskowych (vide: wyr. TSUE z 23.11.2010 r. w sprawie C145/09, Land BadenWrttemberg v. Panagiotis Tsakouridis, pkt 43 i 44 i cyt. tam orzecznictwo). Pojęcie bezpieczeństwa publicznego jest zbieżne z pojęciem wewnętrznego bezpieczeństwa państwa. Należy przez nie rozumieć stan faktyczny wewnątrz państwa umożliwiający normalne funkcjonowanie państwa i realizację jego interesów, zachowanie życia, zdrowia, mienia jednostek oraz korzystanie przez te jednostki z konstytucyjnie przyznanych praw i wolności - a także system urządzeń publicznoprawnych i stosunków społecznych, regulowany przez prawo i inne normy społeczne, którego celem jest ochrona społeczeństwa i jednostki oraz ich mienia przed grozącymi niebezpieczeństwami, zwłaszcza ze strony gwałtownych czynów ludzi, jak również gwałtownych działań sił przyrody.

Naruszenie bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa jest uzasadnione w przypadku oferty Konsorcjum. Jednym z członków Konsorcjum jest bowiem Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. („Nuctech Warsaw”), który wchodzi w skład grupy Nuctech („Nuctech”), której działalność stanowi uzasadnione wątpliwości w zakresie bezpieczeństwa publicznego nie tylko w Europie, ale również w Stanach Zjednoczonych, a obecnie stanowi przedmiot kontroli wykonywanej przez Komisję Europejską. Wątpliwości co do działalności Nuctech wskazano m.in. w publikacji na stronie spidersweb.pl, gdzie dostrzeżono m.in. że: Litwa wykluczyła Nuctech z zamówień publicznych, wskazując że jest to chińskie przedsiębiorstwo państwowe Nuctech powstał w 1997 r. z inicjatywy Hu Haifenga, syna Hu Jintao, czyli przywódcy Chin w latach 2003 -2013; w 2008 roku został sekretarzem partii w Tsinghua Holdings, która kontroluje Nuctech; obecnie Nuctech jest spółką zależną Tsinghua Tonfang, będącej z kolei częściową własnością China National Nuclear Corporation - potężnej cywilnej i wojskowej grupy nuklearnej. W Meksyku pod koniec 2022 r. wybuchł skandal, gdy po ataku hakerów wyciekły plany rządu na zakup sprzętu skanującego do punktów kontrolnych na granicę ze Stanami Zjednoczonymi. Okazało się, że zamówienie ma dostarczyć właśnie Nuctech. Administracja USA wystosowała oficjalny list do rządu w Meksyku wzywający do odstąpienia od tych zakupów. Europosłowie pod koniec 2022 roku wezwali Komisję Europejską do wykluczenia Nuctech z przetargów organizowanych w ramach instrumentu Customs Control Equipment Instrument (CCEI). Wg posłów europarlamentu, umacnianie obecności Nuctech w europejskiej infrastrukturze krytycznej stanowi wyjątkową okazję dla firmy i chińskiego rządu do gromadzenia wrażliwych danych celnych, które mogą być szkodliwe dla interesów handlowych i bezpieczeństwa państw członkowskich UE. Podobne wnioski wynikają z publikacji na temat Nuctech na stronie internetowej central.asia-news.com - „Chińskie skanery bezpieczeństwa na lotniskach budzą światowy alarm. Skanery rentgenowskie firmy Nuctech, które są obecne na całym świecie, w tym w Europie i Kazachstanie, budzą obawy, że Pekin ma dostęp do danych rządowych, przemysłowych lub osobistych”.

Na dzień dzisiejszy, według wiedzy odwołującego Litwa, Belgia, Stany Zjednoczone i Kanada wykluczyły Nuctech z zamówień publicznych; kraje skandynawskie Finlandia, Szwecja i Norwegia rozpoczęły procedurę zmierzającą do wykluczenia Nuctech z udziału w zamówieniach publicznych, natomiast gdy lotnisko w Strasburgu chciało kupić skanery firmy w 2022 r. przeciwko tej decyzji wystąpili członkowie Parlamentu Europejskiego. Wątpliwości poszczególnych państw i instytucji wynikają m.in. z faktu, że na całym świecie są obecne skanery RTG firmy Nuctech, która co najmniej pośrednio jest powiązana z przywódcami i rządem Chin, a co za tym idzie Chiny mają dostęp do danych rządowych, przemysłowych i osobistych, gromadzonych za pomocą ww. urządzeń.

Działalność Nuctech budzi uzasadnione wątpliwości instytucji i organów Unii Europejskiej. Parlament Europejski wydał Rezolucję z dnia 1.06.2023 r. w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii

Europejskiej, w tym dezinformacji (2022/2075(INI)), w której wskazano, że Parlament Europejski m.in.: 63. zauważa, że pomimo mechanizmów monitorowania BIZ zawarto z chińskimi przedsiębiorstwami takimi jak Nuctech umowy dotyczące krytycznej infrastruktury europejskiej, co prowadzi do zagrożeń dla bezpieczeństwa; wzywa zatem Radę i Komisję do wykluczenia stosowania sprzętu i oprogramowania pochodzącego od producentów - takich jak TikTok, ByteDance Huawei, ZTE, Kaspersky NtechLab lub Nuctech - z krajów wysokiego ryzyka, w szczególności Chin i Rosji; wzywa kluczowe sektory i inne sektory wrażliwe, aby wykluczyły korzystanie ze sprzętu i oprogramowania z krajów wysokiego ryzyka, gdyż mogą one być wykorzystywane do zagrożenia poufności, integralności i dostępności danych i usług; przypomina, że wszelkie oprogramowanie działające w zamkniętej pętli jest podatne na zagrożenia podczas rutynowych kontroli bądź aktualizacji. 109. wyraża zaniepokojenie niedawnym dochodzeniem New York Timesa, w którym oskarża się rosyjski Ruch Imperialny, grupę zrzeszającą zwolenników supremacji, o zorganizowanie kampanii wysyłania paczek zawierających bomby do prominentnych obywateli Hiszpanii pod koniec 2022 r. z pomocą GRU, rosyjskiej wojskowej służby wywiadowczej; ostrzega przed ryzykiem szpiegostwa na francuskich lotniskach, na przykład w Strasburgu, Bordeaux, Breście, Quimper i Tuluzie, które do przeszświetlania bagażu wykorzystują sprzęt chińskiego przedsiębiorstwa Nuctech, powiązanego z chińskim reżimem i jego kompleksem wojskowo-przemysłowym; podkreśla, że Nuctech jest obecny w 26 z 27 państw członkowskich UE, i przypomina, że Litwa, Stany Zjednoczone i Kanada zabroniły temu przedsiębiorstwu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Natomiast Komisja Europejska w kwietniu 2024 r. przeprowadziła niezapowiedzianą kontrolę w biurach Nuctech w Holandii i w Polsce. Komisja Europejska podjęła działania wobec rozporządzenia UE z lipca 2023 r., które pozwala jej oceniać, czy subsydia zagraniczne umożliwiają firmom składanie zbyt korzystnych ofert w przetargach na zamówienia publiczne. Komisja Europejska wydała oświadczenie, w którym stwierdziła, że istnieją przesłanki wskazujące na to, że kontrolowana firma mogła otrzymać nielegalne dotacje, które mogłyby zakłócić rynek wewnętrzny - może to bowiem zakłócać funkcjonowanie unijnego rynku i stawiać europejskie firmy w gorszej sytuacji. Organy UE podejrzewają, że Nuctech może stosować cenowy dumping dzięki dotacjom od Chin, żeby dostarczać strategiczną infrastrukturę.

Nuctech działając z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji od kilkunastu lat dominuje rynek europejski, a od co najmniej kilku lat szczególnie widoczne jest występowanie przez niego w przetargach z ofertami zawierającymi rażąco niskie ceny - w konsekwencji wygrywa przetargi w wielu państwach Unii Europejskiej. Decydują o tym najniższe ceny wśród przedstawianych ofert, pomimo pojawiających się ostrzeżeń, że jej produkty mogą stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego. Dzięki temu firma ta zyskała dominującą pozycję na rynku europejskim, wygrywając przetargi na dostawę skanerów i innych urządzeń bezpieczeństwa. Zwiększa to zależność Europy, w tym Polski, od technologii kontrolowanych przez Chiny (tak link bankier.pl).

W ocenie odwołującego powyższe podejrzenia Komisji Europejskiej znajdują pokrycie w faktach, ponieważ w przetargach przeprowadzanych w Polsce, Nuctech Warsaw składa oferty z cenami znacznie niższymi od pozostałych wykonawców, często poniżej realnych kosztów realizacji danego zamówienia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku.

Konkludując Nuctech Warsaw, a co za tym idzie także oferta złożona przez Konsorcjum, którego jest członkiem, z uwagi na ścisłą współpracę z podmiotem współpracującym z Chińskim rządem, nie zapewnia bezpieczeństwa publicznego, zwłaszcza w tak newralgicznej sytuacji społeczno-gospodarczej, jaka występuje obecnie na świecie. Działalność grupy Nuctech, w tych Nuctech Warsaw, permanentnie naruszająca m.in. zasady uczciwej konkurencji, następuje z pokrzywdzeniem nie tylko pozostałych wykonawców, ale także zamawiających, a tym samym interesów poszczególnych państw, a ramach naszego Kraju także NCBJ, czy centrum RTG. Informacje dotyczące grupy Nuctech, w tych członka Konsorcjum Nuctech Warsaw stanowią fakty powszechnie znane i są przedstawiane w mediach. Na potwierdzenie w załączeniu przedkładam Rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 01.06.2023 r. w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacji (2022/2075(INI)) oraz wydruki z wybranych artykułów internetowych dotyczących działalności grupy Nuctech. Zawarcie umowy z Konsorcjum doprowadzi do udzielenia zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem przepisów ustawy p.z.p., co w konsekwencji będzie stanowić o nieprawidłowości gospodarowania zadaniem publicznym oraz przeznaczonymi na jego zrealizowanie środkami publicznymi z zagrożeniem dla interesu Skarbu Państwa.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, że zamawiający wnosi o oddalenie w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 października 2024 r., a także o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum Cenzin Sp. z o.o. ul. Czerniakowska 81/83, 00-957 Warszawa i Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53; 00-113 Warszawa (dalej zwane „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 24 października 2024 r., wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, dodatkowym stanowiskiem procesowym odwołującego, odpowiedzią na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Nie została również wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

W ocenie Izby odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. (*vide* pkt IV str. 4-5 odwołania). Izba nie podzieliła argumentacji przystępującego, który negował interes odwołującego we wniesieniu odwołania podkreślając, że w środku zaskarżenia nie postawiono merytorycznych zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego, a wyłącznie zarzuty co do zakresu informacji o odrzuceniu, kiedy odwołujący na rozprawie przyznał, że jednak otrzymał właściwe uzasadnienie, zawierające wymagane elementy faktyczne i prawne. Innymi słowy, przystępujący postulował, żeby odmówić odwołującemu prawa do sądu, ponieważ w jego ocenie nie zakwestionowano merytorycznego aspektu odrzucenia jego oferty, a zarzut dotyczący nieprzekazania uzasadnienia spełniającego wymagania art. 253 ust. 1 p.z.p. jest niezasadny. Zdaniem składu orzekającego przystępujący pominął, że na moment wniesienia odwołania, w którym weryfikowane jest spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 p.z.p., odwołujący zakwestionował odrzucenie swojej oferty, co jest wystarczające do stwierdzenia, że posiada interes określony w tej normie, natomiast ocena przystępującego w zakresie zasadności podniesionych zarzutów i możliwe ich oddalenie przez Izbę w żaden sposób nie ograniczają wykonawcy prawa do wniesienia odwołania i nie mogą stanowić bariery do oceny czynności zamawiającego przez Izbę oraz uzyskania przez odwołującego merytorycznego rozstrzygnięcia o kwestiach będących przedmiotem postępowania odwoławczego.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, zważając na okoliczności podniesione w odwołaniu, dodatkowym stanowisku procesowym odwołującego, mając na uwadze stanowiska zaprezentowane przez zamawiającego i przystępującego oraz przedłożony materiał dowodowy – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie nie posiada uzasadnionych podstaw i jako takie zostało oddalone w całości.

W przedmiocie zarzutu nr 1 – naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego, w tym niewskazanie zakresu niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia, o której odwołujący powziął wiedzę z protokołu postępowania przetargowego – Izba wskazuje, co następuje.

Nie znalazła potwierdzenia w materiale procesowym argumentacja odwołującego o lakonicznej, niezawierającej wszystkich elementów określonych w art. 253 ust. 1 p.z.p. informacji o odrzuceniu jego oferty. Izba stwierdziła, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 października 2024 r. zamawiający wyczerpująco i prawidłowo wskazał uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wobec oferty odwołującego. Opisano czynności podejmowane w toku badania i oceny ofert, wynikające ze stwierdzonych w ofercie niezgodności – przytoczono treść wezwania zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2024 r. do złożenia przez odwołującego wyjaśnień wraz z uzyskaną w dniu 5 września 2024 r. odpowiedzią. Przedstawiono ocenę wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego zawierającą elementy, które zostały uznane za właściwe (pkt 2 lit. a)-e) wyjaśnień z 05.09.2024 r.) oraz zakres wyjaśnień, który uznano za skutkujący koniecznością zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (pkt 1 wyjaśnień z 05.09.2024 r.). Jak wskazał zamawiający, oferta odwołującego została odrzucona ze względu na udzieloną treść wyjaśnień dotyczących zaproponowanego modelu przełącznika Switch Cisco Catalyst 9200 C9200-24P-E z licencją DNA + dodatkowy zasilacz redundantny i moduł portów SFP model: C9200-NM-4G, które zdaniem zamawiającego zmieniają treść przedmiotowego środka dowodowego, co szeroko opisano na str. 3-4 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (tożsamo, jak w odpowiedzi na odwołanie zamawiającego str. 3-6). Natomiast odwołujący postawił zarzut tak, jakby zapoznał się wyłącznie z informacją o wyborze umieszczoną na stronie internetowej zamawiającego, skierowaną do wszystkich, a nie z rozszerzoną wersją informacji przekazaną wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zatem zarzut nr 1 z *petitum* odwołania, który nie znalazł potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, został przez Izbę oddalony. Co istotne, na rozprawie odwołujący przyznał, że jednak otrzymał także wersję informacji o wyniku postępowania zawierającą wszystkie ww. elementy, przywołaną w odpowiedzi na odwołanie.

Warto także dodać, że na rozprawie odwołujący, w oparciu o właściwą treść informacji o rozstrzygnięciu

postępowania, formułował nowe zarzuty dotyczące zaniechania wezwania przystępującego do wskazania „sposobu modyfikacji/dostosowania zaoferowanego urządzenia”, co nie znalazło się w odwołaniu, a także odnosił się do wskazanego przez siebie w wyjaśnieniach sposobu dostosowania swojego urządzenia, co przekracza granice zaskarżenia. Odwołujący sugerując zastosowanie wobec wykonawców innych standardów (pomimo, że w odwołaniu nie postawiono takiego zarzutu), formułował wniosek na bazie przedstawionego przez siebie wyjaśnienia odnoszącego się do sposobu realizacji wymagania dotyczącego przełącznika, aby także przystępujący takiego typu wyjaśnienia złożył (bez zawarcia w odwołaniu okoliczności właściwych dla takiego zarzutu). Odwołujący nie zdecydował się zaskarżyć „sposobu dostosowania” swojego urządzenia do wymagań SWZ, a następnie podnosił niekonsekwentne podejście do oceny obydwu ofert. W tym zakresie Izba wskazuje, że postawione zarzuty zostały rozpoznane wyłącznie w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, zaś brak właściwego zaskarżenia czynności i zaniechań zamawiającego w zawitym ustawowym terminie jest wyłączną odpowiedzialnością odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia - według treści protokołu postępowania przetargowego - podczas gdy oferta odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a wszelkie wątpliwości zamawiającego do treści przedmiotowych środków dowodowych zostały wyjaśnione w piśmie z 5 września 2024 r. (zarzut nr 2) ma charakter blankietowy. W odwołaniu nie zawarto żadnych okoliczności faktycznych odnoszących się do treści wyjaśnień odwołującego, ani merytorycznych aspektów złożonej przez niego oferty. Zarzut nieposiadający uzasadnienia faktycznego został przez Izbę oddalony; dopiero na rozprawie odwołujący usiłował podnosić okoliczności, które w jakiś sposób mogłyby zostać powiązane z tym zarzutem, co jest działaniem nieuprawnionym i nie zasługuje na ochronę prawną.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, podczas gdy jej treść jest w sposób oczywisty istotnie niezgodna z warunkami zamówienia – Izba wskazuje, co następuje.

Skład orzekający ustalił, że zamawiający w dniu 28 sierpnia 2024 r., działając na podstawie art. 107 ust. 4 p.z.p., wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowego środka dowodowego. W dniu 4 września 2024 r. przystępujący udzielił odpowiedzi na wezwanie, do wyjaśnień dołączono oświadczenie z dnia 5 września 2024 r. NTI Polska S.S. Sp. k. w Policach.

Odwołujący twierdził, że udzielonymi wyjaśnieniami przystępujący dokonał niedopuszczalnej zmiany treści zmiany oferty, a wskazany w złożonej razem z ofertą specyfikacji techniczno-funkcjonalnej komputer DELL Precision 7960 RACK nie spełnia wymagań technicznych zamawiającego. W ocenie strony, po wezwaniu do złożenia wyjaśnień, przystępujący zmienił treść oferty w ten sposób, że zamiast stanowiska komputerowego DELL Precision 7960 RACK, niezgodnego z warunkami zamówienia, zaoferowano zmodyfikowane stanowisko komputerowe. Nie będzie to już ten konkretny model komputera, lecz inne urządzenie, z innymi parametrami niż te, które posiada zaoferowany DELL Precision 7960 RACK, co stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty i powinno zostać uznane przez zamawiającego za podstawę odrzucenia oferty przystępującego.

Izba ustaliła dalej, że w treści złożonej przez siebie oferty odwołujący zaoferował tożsamą, jak przystępujący stację roboczą dla systemu OKO, która zdaniem odwołującego spełniała wymagania określone w załączniku nr 2b do SWZ, tj. DELL Precision 7960 RACK. W złożonych w toku badania i oceny ofert wyjaśnieniach odwołujący twierdził, że oferowany komputer DELL Precision 7960 RACK w standardzie posiada dane urządzenie/parametr (przykładowo 3xUSB (1x USB 3.0 + 2xUSB 2.0)), i aby spełnić wymagania stacji roboczej dla systemu OKO przewidział dostarczenie komputera DELL Precision 7960 RACK wraz odpowiednią modyfikacją/dostosowaniem do wymagań zamawiającego (tu np. dostarczenie z kontrolerem PCI-E USB (model LOGILINK PC0057A PCIE 4xUSB3.0), spełniając tym samym wym minimum 5 portów USB w tym minimum 3x USB 3.0.). Odwołujący w tym zakresie wyjaśniał zamawiającemu, że w wymaganych przez zamawiającego do podania danych zawartych w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej załącznik nr 9, w punkcie 9, ppk 9b oczekiwano podania procesora (producent/model); płyty głównej (producent/model); karty graficznej (producent/model); pamięci RAM; pamięci masowej; systemu operacyjnego. Zamawiający nie wymagał podawania dodatkowych danych oferowanego komputera, dlatego dostawca podał tylko wymagane dane. Składając wraz z ofertą wypełnianą specyfikację funkcjonalno-techniczną oświadczył, że oferowany komputer systemu OKO spełnia wszystkie wymagane parametry a w odpowiedzi do przesłanego zapytania uszczegółowiono poszczególne zakresy. Odwołujący także podkreślił, że w odpowiedzi na pytania zamawiającego podano dodatkowe informacje co do oferowanych rozwiązań wyjaśniające wątpliwości zamawiającego, nie zmieniając treści oferty ani oferowanych przez odwołującego rozwiązań (*vide* pkt II ppkt 1-2 wyjaśnień odwołującego z 04.09.2024 r.).

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający stwierdził, że stanowisko odwołującego z odwołania, gdzie podnoszono, że dokonując dostosowania stacji roboczej DELL Precision 7960 RACK do wymagań zamawiającego dokonuje się nieuprawnionej modyfikacji treści ofert jest sprzeczne z jego stanowiskiem prezentowanym na etapie złożenia oferty, a także na etapie udzielenia przez odwołującego wyjaśnień przedmiotowych środków dowodowych, co

czyni twierdzenia odwołującego z odwołania pozbawionymi przymiotu wiarygodności.

Odwołujący, który zaoferował tą samą stację co przystępujący, składając ofertę przyjmował, że dokonanie jej indywidualnej modyfikacji (skonfigurowania) do wymagań zamawiającego jest możliwe i w żaden sposób nie powoduje konieczności wypełnienia oferty w inny sposób niż wskazanie w niej „DELL Precision 7960 RACK”, a także, że pomimo dostosowania tej stacji do wymagań SWZ, dalej będzie to urządzenie „DELL Precision 7960 RACK”. Wyjaśnienie przedmiotowego środka dowodowego przez odwołującego pokrywają się z wyjaśnieniami złożonymi przez przystępującego, że komputer na bazie modelu DELL Precision 7960 RACK, może zostać dostosowany do wymagań postępowania i dalej będzie to wymagało wskazania przez wykonawcę w przedmiotowym środku dowodowym oznaczenia DELL Precision 7960 RACK. Dostosowana jednostka (właściwie skonfigurowana, zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ), odmienna od modelu bazowego, nie ma osobnego oznaczenia, dalej będzie to DELL Precision 7960 RACK, a także bez przeszkód może zostać dostarczona w parametrach/wymaganiach określonych w SWZ *Ergo*, nie dochodzi do żadnej zmiany treści oferty ani zmiany przedmiotowego środka dowodowego. Spójne stanowiska prezentowane przez odwołującego i przystępującego na etapie złożenia oferty i udzielania wyjaśnień w toku badania i oceny ofert znajdują także potwierdzenie w systematyce wymaganych w postępowaniu dokumentów, gdzie zamawiający wymagał złożenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci wypełnionego załącznika nr 9 do SWZ (nr 5 do umowy), tj. specyfikacji funkcjonalno-technicznej. Co istotne, zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez odwołującego dotyczące DELL Precision 7960 RACK stwierdzając, że w tym zakresie jego oferta jest zgodna z wymaganiami OPZ.

Obarczony ciężarem dowodu odwołujący także nie udowodnił podnoszonej już na etapie postępowania odwoławczego tezy, że dostosowane do wymagań SWZ stanowisko komputerowe DELL Precision 7960 RACK będzie stanowiło inny model komputera/urządzenia z innymi parametrami niż te, które posiada zaoferowany przez przystępującego w ofercie DELL Precision 7960 RACK. Nie udowodniono również, że przystępujący zaoferował urządzenie niespełniające wymagań SWZ. Nic takiego nie wynika także z udzielonych przez przystępującego wyjaśnień, do których treści w odwołaniu nie odniesiono się w żaden inny sposób niż poprzez ich zacytowanie. Brak jest w odwołaniu okoliczności, które zdaniem odwołującego, odnosząc się do poszczególnych, konkretnych wymagań/parametrów z wyjaśnień, miałyby powodować zmianę treści oferty (tj. w zakresie portów zewnętrznych, wyposażenia multimedialnego, karty dźwiękowej i płyty głównej przystępującego); nie podważono w jakikolwiek sposób również oświadczenia NTI Polska S.S. Sp. k. w Policach przedstawionego przez przystępującego wraz z wyjaśnieniami, z którego wynika, że dostarczony przez przystępującego zestaw na bazie komputera DELL Precision 7960 RACK będzie spełniał wszystkie wymagane parametry.

Odwołujący przedłożył specyfikację techniczną DELL Precision 7960 RACK (wydruk ze strony internetowej DELL) wraz z własnym wyciągiem z tej dokumentacji, w części obejmującej porty USB, z których zdaniem odwołującego wynika, że DELL Precision 7960 RACK posiada 3 porty USB, w tym 1 USB 3.0. Izba stwierdziła, że dokumenty te wskazują, że producent DELL oferuje na rynku komputer o konfiguracji wskazanej w tej specyfikacji technicznej. Dowód ten nie wykazuje, że skoro przedmiotowy sprzęt jest oferowany w danej konfiguracji nie może być oferowany w innej konfiguracji. Odwołujący nie dowiódł tym dowodem także, aby nie można było zaoferować urządzenia DELL Precision 7960 RACK z wymaganą w dokumentacji zamówienia liczbą portów USB (min. 5xUSB w tym 3xUSB 3.0), co sari potwierdził w złożonych w postępowaniu wyjaśnieniach własnego przedmiotowego środka dowodowego. Jak już wcześniej zaznaczono, na etapie złożenia oferty i w toku badania i oceny ofert stanowisko odwołującego było inne – twierdził, że można zaoferować rozwiązanie DELL Precision 7960 RACK posiadające 5 portów USB w tym minimum 3x USB 3.0 i nie będzie to żadna zmiana oferowanego rozwiązania, ani treści oferty (tak str. 2 pkt II ppkt 1 wyjaśnień odwołującego z 04.09.2024 r.). Ponadto, dowodu tego w żaden sposób nie powiązano z ofertą przystępującego, a założenie odwołującego, że dokument odnosi się do treści oferty jego konkurencji pozostało gołosłowne i niewykazane.

Dalej odwołujący podnosił, że dostrzegł inne niezgodności treści oferty przystępującego niż wskazane w piśmie zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2024 r. Po pierwsze, należy wskazać, że nieprawdą jest, że zamawiający dostrzegł jakąkolwiek niezgodność oferty przystępującego w stosunku do treści OPZ. Brzmienie wezwania do złożenia wyjaśnień przedmiotowego środka dowodowego wprost przeczy supozycji odwołującego. Po drugie, odwołujący nie udowodnił konieczności zastosowania wobec oferty przystępującego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., co wymaga wskazania z jakimi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna, a następnie wykazania takich niezgodności. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty i brzmieniem dokumentacji postępowania, a takiej treści nie udowodniono. Z powodu braku sprostania ciężarowi dowodowemu przez odwołującego, skład orzekający stwierdził, że nie ma podstaw, aby uwzględnić stanowisko o nieprawidłowej ocenie oferty przystępującego przez zamawiającego. Przy tym Izba wskazuje, że przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede

wszystkim w jej własnym interesie. To interes strony, jakim jest wygranie procesu, nakazuje jej podjąć wszelkie możliwe czynności procesowe w celu udowodnienia przedstawionych twierdzeń o faktach. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2011 r., sygn. akt: II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt: IV CSK 71/09). Zatem strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne musi liczyć się z negatywnym skutkiem braku podolania powinności dowodowej, co w tym wypadku powoduje oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania.

Według odwołującego zaoferowane przez przystępującego urządzenie UPS EATON 93E40KMBSBI, 93E 40kVA 4x9Ah (poz. 8 wypełnionego załącznika nr 9 do SWZ, specyfikacji funkcjonalno-technicznej, parametr zasilanie) nie posiada wymaganego przez zamawiającego modułu SNMP, czego potwierdzeniem jest specyfikacja tego produktu zamieszczona na stronie internetowej producenta. Izba stwierdziła, że dowód, który miał potwierdzić postawiony zarzut został przedstawiony w języku angielskim, kiedy art. 506 ust. 1 p.z.p. wprowadza zasadę prowadzenia postępowania odwoławczego w języku polskim, zgodnie zaś z art. 506 ust. 2 p.z.p. wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie. Dowód odwołującego, który został złożony bez tłumaczenia na język polski, jest więc wadliwy formalnie i nie tylko nie ma możliwości oparcia na takim materiale procesowym ustaleń Izby, ale jego wada powoduje, że został on przez skład orzekający pominięty przy wyrokowaniu. Izba na marginesie wskazuje, że ustawodawca nie dopuścił postulowanej przez odwołującego możliwości dokonania tłumaczenia wycinka tego dokumentu w formie ustnej do protokołu. Przystępujący przedłożył natomiast kartę katalogową urządzenia wraz z tłumaczeniem (załączniki nr 2-3 do stanowiska procesowego przystępującego z 24.10.2024 r.), której skład orzekający nie miał z czym skonfrontować, zatem dowód ten byłby może przydatny dla ustalenia okoliczności istotnych dla sporu, gdyby wpraw odwołujący wykazał się właściwą inicjatywą dowodową, czego zaniechano.

Odwołujący podnosił, że przystępujący zaoferował kartę graficzną Nvidia RTX A4500, która ma wydajność FP16 (half) 23.65 TFLOPS (1:1), podczas gdy zamawiający wymaga TFLOPS (2:1) (poz. 9 wypełnionego załącznika nr 9 do SWZ, specyfikacji funkcjonalno-technicznej, parametr komputerowy system urządzenia RTG). W dokumentacji postępowania, w załączniku nr 2b do SWZ, poz. 7 cecha/parametr karta graficzna zamawiający wymagał: „- wydajność: FP16: min. 23 TFLOPS (2:1); FP32: min. 11,5 TFLOPS”. Przystępujący zaoferował kartę o wydajności FP16 (half): 23.6 TFLOPS (1:1); FP32 (float): 23.65 FLOPS (tak wydruk ze strony internetowej dot. ww. karty graficznej wraz z tłumaczeniem, załączniki nr 4-5 do stanowiska procesowego przystępującego z 24.10.2024 r.). W ocenie Izby zamawiający trafnie stwierdził, że wydajność karty Nvidia RTX A4500 wynosząca 23.65 TFLOPS szarówno w FP16, jak i FP32 jest większa od wymaganego w SWZ minimum, co powoduje, że nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Natomiast parametry w nawiasach, tj. 2:1 i 1:1 nie są wskaźnikami wydajności, a odwołują się do relacji pomiędzy wyspecyfikowanymi parametrami (czyli mniejsza różnica w proporcjach, tym większa wydajność w bardziej skomplikowanych obliczeniach). Karta oferowana przez przystępującego ma w obu obszarach wyższą wydajność nie wymaganego minimum, zaś obciążony ciężarem dowodu odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Odwołujący również twierdził, że w ofercie przystępującego zaoferowano wadliwe monitory, tj. monitor Samsung LU32J590UQPXEN oraz monitor DELL U3223QE (poz. 9 wypełnionego załącznika nr 9 do SWZ, specyfikacji funkcjonalno-technicznej, parametr komputerowy system urządzenia RTG), które mają przekątne 31.5 cala, podczas gdy zamawiający wymaga posiadania przez monitory min. 32 cale. Izba ustaliła, że w dokumentacji postępowania zamawiający postawił wymóg „15. Wykonawca dostarczy minimum: a) 2 monitory płaskie LCD (min. 32 cale) do interpretacji obrazu; b) 5 monitorów płaskich LCD, pivot (min. 32 cali)”, zatem nie sprecyzowano w SWZ czy 32 cale to klasa przekątnej, przekątna monitoru czy przekątna matrycy. Jak zasadnie podnosili zamawiający i przystępujący przekątna ekranu (klasa) obydwu monitorów to 32”, co w ocenie Izby spełnia powyższe wymagania SWZ. Parametr 31,5” będący przekątną ekranu, który rynkowo traktuje się jako klasę 32” – tak specyfikacja techniczna monitora Samsung, złożona przez odwołującego, gdzie producent wskazuje „przekątna ekranu (cale) 31,5, przekątna ekranu (klasa) 32”, „2023 Monitor UJ59 32” (...)” – spełnia wymagania SWZ, a różnica wynika z faktycznej wielkości matrycy do wielkości użytecznej. Zaoferowanie tej klasy monitorów nie powoduje niezgodności z treścią omawianego wymogu, więc nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego. Powyższego nie zmieniają specyfikacje techniczne przedłożone przez odwołującego, niezależnie bowiem od oznaczeń producenta, aby odrzucić ofertę przystępującego za niezgodność z treścią SWZ, najpierw brzmienie SWZ musiałoby być inne.

W konsekwencji powyższego, nie było podstaw do uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 3 z *petitum* odwołania, a także zarzutu naruszenia art. 107 ust. 4 p.z.p. poprzez zaniechanie zamawiającego żądania od przystępującego wyjaśnień co do wszystkich niezgodności treści oferty, w tym przedmiotowych środków dowodowych i ograniczenia wezwania do złożenia wyjaśnień jedynie do części występujących niezgodności (zarzut nr 5), bowiem nie udowodniono żadnych niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SWZ, co powoduje, że nie wykazano uzasadnionych

podstaw do wystosowania do przystępującego wezwania w przedmiotowym zakresie.

Izba oddaliła również nieudowodniony przez odwołującego zarzut nr 4 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, podczas gdy jej przyjęcie narusza bezpieczeństwo publiczne oraz istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa i interesu nie można zagwarantować w inny sposób.

Skład orzekający zaliczył na poczet materiału dowodowego przedstawione przez odwołującego wraz z odwołaniem wydruki artykułów internetowych dotyczących podmiotu Nucotech. Wbrew stanowisku odwołującego nie są to fakty powszechnie znane. Doniesienia prasowe nie stanowią dowodu na prawdziwość tez, które zostały w nich zawarte; w oparciu o takie doniesienia odwołujący powinien przeprowadzić odpowiednie postępowanie weryfikacyjne i potwierdzić przedmiotowe doniesienia. Nie jest natomiast wystarczające powołanie się na fakt, że o podmiocie być może kapitałowo czy osobowo (w tym zakresie odwołujący zaniechał podjęcia właściwej inicjatywy dowodowej) powiązany z przystępującym, opublikowano jakiegoś rodzaju budzące wątpliwości treści. W postępowaniu wywołanym odwołaniem, Krajowa Izba Odwoławcza orzeka na podstawie dowodów, tj. bezpośrednich źródeł dostarczonych przez strony, zgodnie z obciążającym je ciężarem dowodu, powiązanych z konkretnym przetargiem, konkretnym przedmiotem oferty i występujących w przetargu podmiotami. Zarzuty tego rodzaju, oparte na hipotezach, doniesieniach medialnych, wątpliwościach wyrażonych w stosunku do jakiś innych postępowań i innych podmiotów, nie są wystarczające, aby przyjąć ich moc dowodową w jakimkolwiek zakresie i wymagają od odwołującego większej inicjatywy w zakresie zweryfikowania źródeł, a także powiązania ich z danym wykonawcą oraz z ryzykiem dla danej oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie może przerzucać na organ orzekający obowiązku weryfikacji doniesień medialnych i poprzestać na formułowaniu ogólnych hipotez, niepowiązanych z żadnym rzeczywistym materiałem dowodowym, który nie odnosi się do danego przetargu, ani do danego wykonawcy. Izba jest organem powołanym do rozpoznawania odwołań, a nie weryfikacji wątpliwości zgłaszanych przez wykonawców w stosunku do ich konkurencji, a taki charakter ma omawiany zarzut. Jeżeli odwołujący posiada rzeczywiste podstawy do formułowania tego typu tez, to powinien powołując się na ten fakt przedstawić je jako dowody. Tymczasem odwołujący nie sprostął temu wymogowi i oczekiwał orzeczenia opartego na obawie przed ważkością zarzutów, a nie na prawidłowo ocenionym materiale dowodowym.

Ponadto, treść przedłożonego dokumentu Rezolucji Parlamentu Europejskiego z 1 czerwca 2023 r. w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacji (202/2075(INI)), nie wykazuje, że przyjęcie oferty złożonej przez przystępującego narusza bezpieczeństwo publiczne oraz istotny interes bezpieczeństwa państwa (a tego bezpieczeństwa i interesu nie można zagwarantować w inny sposób). Dokument ten jest nieprzydatny dla ustalenia okoliczności relewantnych dla rozstrzygnięcia. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że należałoby podzielić argumentację przystępującego, że przedmiotowy dokument nie spowodował, aby instytucja ta podjęła kroki w stosunku do wskazanego w nim podmiotu Nucotech, które pozwalałyby na formułowanie na poziomie unijnym tezy o podstawach prawnych i faktycznych do odrzucenia oferty przystępującego, a tym bardziej do uznania przez zamawiającego, że przyjęcie oferty przystępującego miałoby zagrażać unijnemu bezpieczeństwu, z drugiej strony z treści dokumentu wynika, że sprzęt Nucotech jest obecny w 26 z 27 państw członkowskich UE (pkt 109) i jest wykorzystywany również w ramach krytycznej infrastruktury europejskiej (pkt 63). Można także dodać, że jak wynika z odpowiedzi udzielonej przez Komisję Europejską na pytanie skierowane do niej przez posłankę Parlamentu Europejskiego w kontekście bezpieczeństwa sprzętu Nucotech w związku z przetargami organizowanymi w ramach instrumentu *Customs Control Equipment Instrument* (CCEI), więc takiego jak w postępowaniu objętym sporem, Komisja wskazała, że do dnia udzielenia odpowiedzi (25.01.2024 r.), nie otrzymała konkretnych dowodów dotyczących technicznych usterek sprzętu wykorzystywanego do kontroli celnych zagrażających bezpieczeństwu Unii Europejskiej (tak załączniki nr 8-9 wraz z tłumaczeniem do stanowiska procesowego przystępującego z 24.10.2024 r.).

W związku z powyższym Izba wskazuje, że nie może zastąpić polskiego ustawodawcy w zakresie wprowadzania generalnych i abstrakcyjnych ograniczeń w dostępie określonych wykonawców do rynku zamówień publicznych na terytorium Polski. Tego typu ograniczenia wymagają interwencji legislacyjnej na poziomie krajowym (przykładowo Ustawa z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. 2022 poz. 835)). Na dzień wyrokowania takie rozwiązania nie zostały podjęte, zatem nie jest możliwe, aby w indywidualnej sprawie zostały one wprowadzone przez orzeczniczy organ krajowy, czego *de facto* żądał odwołujący.

W zakresie hasłowo podnoszonej przez odwołującego kontroli wykonywanej przez Komisję Europejską, Izba wskazuje, że podstawą kontroli były normy Rozporządzenia 2022/2560/UE dotyczącego subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz. U. UE z 2022 r., seria L 330, str. 1), które nie dotyczą kwestii bezpieczeństwa, więc jej przywoływanie w kontekście stawianego przez odwołującego zarzutu jest bezpodstawne. Odwołujący w żaden sposób nie powiązał wskazywanej przez siebie kontroli z przesłankami art. 226 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Dodatkowo można

zaznaczyć, że obowiązek poddania się kontroli na podstawie art. 14 ust. 3 ww. rozporządzenia został także zaskarżony – skarga ws. T-284/24 wniesiona w dniu 29 maja 2024 r. (por. załącznik nr 10 do stanowiska procesowego przystępującego z 24.10.2024 r.).

Należy także zauważyć, że pomimo podnoszenia przez odwołującego, że „Nuctech Warsaw składa oferty z cenami znacznie niższymi od pozostałych wykonawców – często poniżej realnych kosztów realizacji danego zamówienia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku”, „Organy UE podejrzewają, że Nuctech może stosować dumping dzięki dotacjom z Chin, żeby dostarczać strategiczną infrastrukturę”, w odwołaniu nie postawiono takich zarzutów. Odwołujący nie podnosił żadnych okoliczności odnoszących się do wysokości zaoferowanej przez przystępującego ceny czy mogących zostać poddanych subsumpcji w ramach zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący i przystępujący złożyli oferty ze zbliżonymi cenami; zamawiający nie miał nawet podstaw do zastosowania w postępowaniu, do którejkolwiek oferty, instytucji wezwania do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny (art. 224 ust. 1-2 p.z.p.)

W konsekwencji powyższego, Izba stwierdziła, że odwołujący nie udźwignął nałożonego na niego przez ustawodawcę ciężaru dowodowego, zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 16 p.z.p. w stosunku do oferty złożonej przez przystępującego nie mógł zostać uwzględniony.

Z powodu oddalenia zarzutów nr 1-5 z *petitum* odwołania, Izba oddaliła również niepotwierdzony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 6), ponieważ wybór oferty przystępującego został dokonany prawidłowo. Nie ma także podstaw do uwzględnienia zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 2 p.z.p. (zarzut nr 7), bowiem w postępowaniu złożono i wybrano jako najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu, którą złożył przystępujący.

Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt w zw. z § 5 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania (15.000,00 zł).

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....