

Sygn. akt: KIO 3177/23, KIO 3182/23

WYROK

z dnia 20 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Adriana Urbanik**

Protokolant: **Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 listopada 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 23 października 2023 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **HUB4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 3177/23)**

B.w dniu 23 października 2023 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (KIO 3182/23)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A.wykonawcy **ESKOM IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3177/23,

KIO 3182/23 po stronie zamawiającego

B.wykonawcy **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszającego przystąpienie

do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3177/23 po stronie zamawiającego

C.wykonawcy **HUB4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3182/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia w części (co do zarzutu w pkt 2) odwołanie w sprawie KIO 3177/23

i uwzględnia w części (co do zarzutu w pkt V) odwołanie w sprawie KIO 3182/23

i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty ESKOM IT Sp. z o.o. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2.oddala odwołanie w sprawie KIO 3177/23 w pozostałym zakresie, a więc co do zarzutu w pkt 1 odwołania oraz odwołanie w sprawie KIO 3182/23 w pozostałym zakresie, a więc co do zarzutu w pkt V lit. a i b odwołania,

3.kosztami postępowania w sprawie KIO 3177/23 obciąża zamawiającego Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz wykonawcę HUB4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/2, i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HUB4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od zamawiającego **Centralnego Ośrodka Informatyki z siedzibą**

w Warszawie (ul. Aleje Jerozolimskie 132-136, 02-305 Warszawa) na rzecz wykonawcy **HUB4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Kleszczowa 14A, 02-485 Warszawa)** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych 00 groszy) stanowiącą 1/2 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

4.kosztami postępowania w sprawie KIO 3182/23 obciąża zamawiającego Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie w części 1/3 oraz wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w części 2/3, i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania,

4.2.zasądza od zamawiającego: **Centralnego Ośrodka Informatyki z siedzibą**

w Warszawie (ul. Aleje Jerozolimskie 132-136, 02-305 Warszawa) na rzecz wykonawcy **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów)** kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie: sześć

tysięcy dwieście złotych 00 groszy) stanowiącą 1/3 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. 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 3177/23, KIO 3182/23

Uzasadnienie

Zamawiający – **Centralny Ośrodek Informatyki** (ul. Aleje Jerozolimskie 132-136, 02-305 Warszawa) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, z późn. zm.) – dalej „ustawy Pzp”, pn. „Dostawa kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej wraz z usługami wdrożeniowymi oraz 36 miesięcznym wsparciem technicznym i gwarancją”, numer referencyjny: COI-ZAK.262.39.2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.06.2023 r., za numerem 2023/S 115-360565.

KIO 3177/23

W dniu 23.10.2023 r. odwołanie wniósł wykonawca **HUB4 Sp. z o.o.** (ul. Kleszczowa 14A, 02-485 Warszawa) – dalej „Odwołujący”. Odwołujący wniósł odwołanie wobec dokonania błędnej oceny i badania ofert w postępowaniu. Zamawiającemu zarzucił niezasadne dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę ESKOM IT Sp. z o.o. (dalej „Eskom”) pomimo, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SWZ a ponadto niezasadne uznanie, iż zastrzeżenie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa przez Eskom oraz wykonawcę Suntar Sp. z o.o. było skuteczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny oferty i załączników do nich pomimo że wykonawcy Eskom i Suntar Sp. z o.o. nie wykazali skuteczności zastrzeżenia tych informacji;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eskom pomimo, iż jej treść jest nie zgodna z warunkami zamówienia, w zakresie nie podania w tabeli nr 2 formularza oferty producenta, modelu i numeru katalogowego urządzeń i oprogramowania wchodzących w skład kompleksowego rozwiązania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Eskom i dokonanie ponownej oceny i badania ofert, przekazanie Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami złożonych przez Eskom z dnia 07.09.2023 r. oraz przez Suntar Sp. z o.o. z dnia 07.09.2023 r. i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał: Zamawiający prowadzi postępowanie w przedmiocie dostawy kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej wraz z usługami. W postępowaniu oferty złożyli: wykonawca Eskom – za cenę ponad 1,7 mln zł, wykonawca Suntar Sp. z o.o. – za cenę ponad 1,8 mln zł, Odwołujący – za cenę ponad 2,1 mln zł. Zamawiający, zgodnie z informacją z dnia 13.06.2023 r., podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 3 183 441,60 zł brutto. W dniu 13.10.2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Eskom, jak również odrzuceniu oferty wykonawcy Suntar Sp. z o.o., dalej także „Suntar”. Zamawiający na wniosek Odwołującego nie przekazał pełnej treści wyjaśnień ceny oferty wykonawców Eskom i Suntar uznając, iż są one skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa.

I. Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa: Na wezwanie Zamawiającego

w zakresie ceny oferty wykonawcy Eskom i Suntar złożyli wyjaśnienia z dnia 07.09.2023 r. które jednak zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający nie przekazał Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień, a jedynie uzasadnienia zastrzeżenia informacji,

z czym Odwołujący się nie zgadza. Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przy tym, zgodnie z regulacją ust. 3 tego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), jeżeli wykonawca, wraz z

przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Jedną

z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp), więc ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie

w przypadkach określonych ustawą, np. na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie

z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert

lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy Eskom i Suntar nie wykazali czy informacje zawarte

w wyjaśnieniach i załącznikach spełniają przesłanki ustawowe tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego zachowanie wykonawców jest wyłącznie działaniem celowym, utrudniającym skuteczne wniesienie środków odwoławczych wykonawcom konkurencyjnym, czego Zamawiający nie powinien był uznać. W ocenie Odwołującego ułomność zastrzeżenia informacji przez wykonawców wynika przede wszystkim z niewykazania, iż informacje zastrzegane posiadają wartość gospodarczą i że w wyniku ich ujawnienia wykonawca poniesie szkodę. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca wycenić informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów, co jednak musi zostać wykazane. Uzasadnienia powinny pozwalać

na weryfikację czy wykonawca wyjaśnił, na czym polega i w jaki sposób wymierny na finanse przekłada się wartość zastrzeżonej informacji. Wykonawca powinien był wykazać,

że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą a nie jedynie w kilku zdaniach,

o ogólnym charakterze odwołać się do wskazanego pojęcia. Poglądy o konieczności realnego wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wyrażała Izba m.in. w wyrokach KIO 1091/19, KIO 59/21, KIO 720/21. W ocenie Odwołującego, wykonawca chcąc skutecznie zastrzec informacje powinien był wskazać albo na konkretną wartość finansową albo na możliwość poniesienia szkody tj. wykazać ją, a ponadto powinien był przedstawić dowody, że:

- informacje zastrzeżone dotyczą wynegocjowanych warunków, właściwych tylko wykonawcy obrazujące posiadane możliwości, które wykonawca mógłby utracić na skutek ujawnienia tych danych i dlatego,
- informacje pozwolą na ocenę sytuacji finansowej wykonawcy a tym samym zachwieją przewagę rynkową wykonawcy,
- ujawnienie informacji wpłynie na pogorszenie pozycji wykonawcy i w jaki sposób,
- odtajnienie danych wpłynęłoby na negatywną ocenę wiarygodności wykonawcy na rynku, na którym działa i w jaki sposób, etc...

Tymczasem informacje składane przez wykonawców są ogólne. Wykonawca Eskom stwierdza jedynie, że: „Zachowanie poufności wpływa na przewagę konkurencyjną Wykonawcy, dane

o partnerach handlowych oraz warunki zawieranych z nimi umów posiadają wysoką wartość gospodarczą. Ujawnienie informacji może wpłynąć na poziom konkurencyjności prezentowany przez Wykonawcę. Zastrzeżone informacje wskazują także sposób kalkulowania ceny przez Wykonawcę. Są to informacje kluczowe dla prowadzonej działalności i pozyskanie ich przez podmioty konkurencyjne może spowodować negatywne konsekwencje dla Wykonawcy.”.

Z kolei wykonawca Suntar wskazuje, że: „Fakt pozostawiania przez podmioty prywatne

w relacjach handlowych i informacje ujawniające istotne elementy tych stosunków mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje

te w sposób jednoznaczny wpływają również na sposób budowania ceny ofertowej.”. Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z orzecnictwem, nie jest wystarczające powołanie się na ogólne stwierdzenia o tym, że informacja jest tajemnicą czy pozycja rynkowa wykonawcy uległaby pogorszeniu w wyniku ujawnienia informacji, lecz należy wyjaśnić na

czyż owe pogorszenie miałyby polegać w realiach tego konkretnego przypadku i jakie konkretnie negatywne konsekwencje czy szkodę poniósłby wykonawca w wyniku ujawnienia informacji. Wykonawcy ww. aspektów nawet nie wyjaśnili, nie mówiąc o ich wykazaniu. Jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią a wykonawca podjął działania celem zachowania tych danych w poufności. Ważne jest przy tym, że Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania tajemnicy spoczywa na wykonawcy, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. W ocenie Odwołującego wykonawca nie wykazał, że podjął wystarczające działania celem zachowania danych w poufności. Zgodnie z ugruntowanym obecnie orzecnictwem, aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla osiągnięcia tego celu nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. "Wykazanie", o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem "wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Powyższy obowiązek jest w sposób szczególnie ważny dla wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, gdyż działania takie przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.). Powyższe stanowisko wynika z wielu bieżących wyroków Izby potwierdzonych wyrokami Sądu Zamówień Publicznych (np. wyrok SO w Warszawie z dnia 24.11.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 87/21). Sąd uznaje, że koniecznym warunkiem skutecznego zastrzeżenia informacji jest udowodnienie, że wykonawca określone działania podjął. Wykonawcy natomiast, nie dochowali staranności w postaci wykazania, tj. udowodnienia, iż podjęli stosowne działania celem zachowania danych w poufności. Wykonawca Eskom wskazał jedynie, że: „ESKOM nie może zatem udostępniać ww. informacji do wiadomości publicznej i jest zobowiązana chronić je przed dostępem do nich osób trzecich, w szczególności podmiotów konkurencyjnych, jakimi są choćby inni Wykonawcy, który złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.”. Wykonawca Suntar powołał się na treść zobowiązania do oddania zasobów, z którego wynika obowiązek objęcia danych tajemnicą przedsiębiorstwa, które to zobowiązanie w ogóle nie zostało w niniejszym postępowaniu złożone oraz podał jedynie, że: „W ramach prowadzonej działalności Wykonawca stosuje politykę bezpieczeństwa informacji, której wyciąg stanowi załącznik nr 2 do niniejszych wyjaśnień. Każdy z pracowników i współpracowników mający dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podlega opisanym w niej zasadom. Należy również podkreślić, iż wobec woli kontrahentów Wykonawcy, aby informacje dotyczące współpracy podmiotu i jej zakresu zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Wykonawca jest zobowiązany do dołożenia wszelkich starań, aby informacje te nie zostały ujawnione.”. Wykonawcy powołali się więc na podejmowane środki, których jednak nie wykazali. Przede wszystkim, skoro owe wyceny i oferty, do których referują wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pochodzą od poddostawców to Zamawiający powinien się upewnić czy wykonawcy posiadają zawarte z tymi podmiotami umowy o poufności, które również powinny zostać załączone do wyjaśnień. Są to dokumenty świadczące o tym, że informacja poufna nie zostanie dystrybuowana przez poddostawców. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa musi być zabezpieczona z każdej strony – a więc nie tylko w porządku wewnętrznym przedsiębiorstwa ale również w kontakcie z podmiotami zewnętrznymi. W konsekwencji, nie będzie wystarczające ustalenie, że wykonawca w swojej organizacji stosuje konkretne procesy czy normy jak ISO 27001:2013 czy polityki bezpieczeństwa informacji, gdyż one jedynie zabezpieczają wewnętrzny przepływ informacji. Ani wykonawca Eskom ani wykonawca Suntar nie złożył żadnych dowodów poza swoimi twierdzeniami na potwierdzenie, że został zobowiązany przez poddostawców do ochrony informacji o uzyskanych wycenach, a co za tym idzie podmioty te nie wykazały, iż dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podsumowując, w ocenie Odwołującego zasadnicze uchybienie w złożonych uzasadnieniach stanowi brak wykazania charakteru gospodarczego zastrzeganych informacji jak i brak wykazania szkody w ujawnieniu zastrzeganych informacji, jak również brak udowodnienia, że wykonawcy podjęli działania celem zachowania tych informacji w poufności. Z przyczyn wskazanych

powyżej Odwołujący wniósł o dokonanie ponownej oceny i badania ofert, i odstąpienie zastrzeżonych przez wykonawców informacji.

II. Zarzut dotyczący niezgodności oferty Eskom z treścią SWZ: Odwołujący nie zgadza się z wyborem oferty Eskom, gdyż w jego ocenie z przyczyn oczywistych podlega ona odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z treścią SWZ, w szczególności z wymaganiami

co do opisu przedmiotu oferty określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający ustanowił w Rozdziale IV SWZ wzór formularza oferty, w którym w pkt 5 należało podać

w tabeli cenowej nr 1 cenę dla 2 szt. kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej wraz z 36 miesięczną gwarancją w poz. 1 oraz cenę dla wsparcia technicznego w poz. 2.

Z kolei w tabeli nr 2 nazwanej: Wykaz oferowanych Urządzeń oraz Oprogramowania¹² składających się na jedno kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej należało podać: Nazwy, producenta i model, numery katalogowe/PN¹³ i liczbę sztuk oferowanych urządzeń i oprogramowania. Stosownie do opisu znajdującego się pod tabelą: 12 Pojęcie Urządzenia oraz Oprogramowania należy rozumieć zgodnie z definicjami określonymi w OPZ, 13 Należy wpisać numer katalogowy (PN) urządzenia zgodnie z przyjętą notacją producenta. Jeżeli taki numer nie istnieje należy wpisać „n/a”. W złożonym przez wykonawcę Eskom formularzu oferty podano w tabeli nr 2 następujące dane: Nazwa: ECS EX500 NEW SOLUTION Producent i model: Dell ECS EX500 NEW SOLUTION Numer kat. produktu/PN PSM-SW-I-002 Liczba szt.: 2. W Rozdziale II stanowiącym OPZ w pkt 3 Zamawiający przewidział, że: Kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej/ Kompleksowe rozwiązanie oznacza: rozwiązanie, na które składają się Urządzenia wraz

z Oprogramowaniem tworzące wspólną całość, po jednym w każdej z dwóch Lokalizacji; Oprogramowanie oznacza: Oprogramowanie zapewniające zgodność Urządzeń z wymogami OPZ, obejmujące możliwość zainstalowania wszystkich bieżących i nowych wersji Aktualizacji Oprogramowania udostępnianych przez producenta oraz wszystkie elementy, w tym licencje przewidziane przez producenta dla prawidłowego korzystania z tego Oprogramowania; Urządzenie oznacza: macierz dyskowa lub inny komponent systemu pamięci masowej

do przechowywania danych obiektowych. Jednocześnie, oprócz formularza oferty Wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą załącznik nr 5 do formularza oferty stanowiący wzór wykazu parametrów oferowanych lub opisu sposobu spełniania wymagań zawartych w OPZ. W ustanowionym przez Zamawiającego wzorze należało podać opis oferowanych parametrów lub spełniania wymagania oraz w ostatniej kolumnie należało wskazać miejsce w dokumentacji urządzenia/oprogramowania w którym znajduje się potwierdzenie spełniania danego wymagania i źródło tej dokumentacji, ewentualnie określić inne przedmiotowe środki dowodowe. Wykonawca w poz. 7.1.1 (załącznika numer 5) wskazał opis spełniania wymagań poprzez podanie informacji o tym jakie urządzenia wchodziły w zakres oferty: „Rozwiązanie ma wysokość 14U: - 5 węzłów storage po 2U każdy - 2 przełączniki front-end po 1U każdy

- 2 przełączniki back-end po 1U każdy”. W poz. 7.1.2 wykonawca podał,

iż rozwiązanie składa się z 5 węzłów. W poz. 7.1.11, gdzie wymagane było: „Jeśli

do działania dostarczonego Kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej jest wymagane użycie dodatkowych elementów infrastruktury (np. przełączniki sieciowe, wkładki sieciowe, itp.) to należy je zapewnić wraz z Urządzeniem” Wykonawca podał: „Zapewniono właściwe elementy infrastruktury w ramach rozwiązania”. Dla poz.

7.2.5.1, gdzie wymagane było: „Kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej musi posiadać switche do wewnętrznej komunikacji jeśli jest w architekturze kłasta skalującego się horyzontalnie.” Wykonawca podał: „Rozwiązanie wyposażone w switche S5248F jako „back-end private switches””. Dla poz. 7.2.5.3 gdzie wymagane było:

„Jeśli korzystanie

z któregoś z wyżej wymienionych portów wymaga zastosowania wkładek (np. SFP28), Zamawiający wymaga ich dostarczenia wraz z Kompleksowym rozwiązaniem obiektowej pamięci masowej . Dostarczone wkładki muszą być przystosowane do obsługi maksymalnej prędkości przesyłania oferowanej przez port.” Wykonawca podał: „MQ 6004454381 jest

8 portów (4 „kity” po 2 szt - ES6-25GB-SR Module 25GB SR)”. Dla poz. 7.2.7.7 gdzie wymagane było: „Z Urządzeniem Zamawiający wymaga dostarczenia Oprogramowania które pozwala na:

7.2.7.7.1 monitorowaniu operacji wykonywanych na obiektach,

7.2.7.7.2 monitoring wykorzystania przestrzeni na Urządzeniu,

7.2.7.7.3 monitoring bucket'ów,

7.2.7.7.4 monitoring wykonywanych backupów/replikacji danych między Urządzeniami,

7.2.7.7.5 monitoring wydajności Urządzeń,

7.2.7.7.6 analizę i diagnozę wydajności.” Wykonawca podał: „Rozwiązanie wyposażone

w oprogramowanie do monitorowania spełniające wymagania”. Z powyższego zestawienia wynika, że wykonawca oferuje rozwiązanie kompleksowe macierzy obiektowej Dell ECS EX500, składające się co najmniej z następujących

komponentów systemu pamięci masowej do przechowywania danych obiektowych:

- 5 węzłów,
- 2 przełączników front-end po 1U każdy,
- 2 przełączników back-end po 1U każdy,
- switche S5248F jako back-end private switches,
- oprogramowanie do monitorowania.

Wykonawca zadeklarował, iż oferuje w ramach kompleksowego rozwiązania wskazane w tym załączniku urządzenia tj. w szczególności 5 węzłów i 2 przełączniki frontend oraz 2 przełączniki backend oraz oprogramowanie. Wykonawca nie podał jednak jakie konkretnie modele urządzeń oferuje.

W ocenie Odwołującego wszystkie urządzenia i oprogramowanie składające się na kompleksowe rozwiązanie, w szczególności te ujawnione w załączniku nr 5 należało wyspecyfikować w tabeli nr 2 formularza oferty czego wykonawca nie wykonał.

Stosownie bowiem do opisów kolumn w tabeli nr 2 należało podać wykaz urządzeń i oprogramowania składających się na owe kompleksowe rozwiązanie podając ich producenta, model i numer katalogowy oraz liczbę sztuk.

Wypełnienie tego załącznika było uwarunkowane tym jakie rozwiązanie, w jakiej konfiguracji oferuje wykonawca, dlatego Zamawiający opracował tabelę, którą powinien był wypełnić wykonawca samodzielnie w zależności od tego jakie komponenty jednego kompleksowego rozwiązania przewiduje.

W ocenie Odwołującego, w tabeli powinny się więc znaleźć oprócz węzłów również opisy i dane umożliwiające identyfikację przełączników sieciowych i oprogramowania wchodzących w skład oferowanego rozwiązania, jak również inne, niezbędne elementy jak np. wkładki SFP+/SFP28/etc. (moduły komunikacyjne). W tabeli nr 2 formularza ofertowego Eskom brakuje więc co najmniej nazwy, producenta i modelu oraz numerów katalogowych dla przełączników, oprogramowania i wkładek oraz ilości sztuk tych elementów.

Z tego powodu, w ocenie Odwołującego oferta Eskom jest niezgodna z treścią SWZ,

a konkretnie tabela nr 2 z formularza oferty nie spełnia wymagań ustanowionych we wzorze tego formularza przez Zamawiającego, co do podania i opisu wszystkich urządzeń i oprogramowania wchodzących w skład oferowanego rozwiązania.

W konsekwencji błędnego sporządzenia tabeli nr 2 przez Eskom Zamawiający nie ma wiedzy z jakich elementów składa się oferowane rozwiązanie. Zamawiający nie może więc ustalić jakie konkretnie przełączniki czy oprogramowanie przewiduje wykonawca, a co za tym idzie nie jest w stanie ustalić czy spełniają one wymagania OPZ.

W zakresie punktu 7.1.11 załącznika nr 5 podano, iż zapewniono właściwe elementy infrastruktury w ramach rozwiązania, co potwierdza producent oświadczeniem z dnia 07.09.2023 r., załączonym wraz z ofertą Eskom. Skoro więc zarówno wykonawca, jak

i producent potwierdzają w szczególności w ww. punkcie załącznika 5, iż niezbędne są właściwe elementy infrastruktury to należało je ujawnić i opisać w tabeli nr 2 formularza oferty.

Odstąpienie od weryfikacji oferty w tym zakresie, wobec jednoznacznych dyrektyw Zamawiającego w SWZ stanowi rażące naruszenie zasad równego traktowania wykonawców. Skoro bowiem taki wymóg pojawił się na etapie składania ofert to obowiązywał on wszystkich wykonawców. Wykonawca Eskom zaś w tabeli nr 2 podał jedynie ogólne oznaczenie oferowanego rozwiązania - macierzy obiektowej.

Jak wynikało z definicji powołanych w OPZ przez kompleksowe rozwiązanie Zamawiający rozumiał, co nie nasuwało żadnych wątpliwości, rozwiązanie, na które składają się urządzenia wraz z oprogramowaniem tworzące całość – po jednym w każdej z dwóch lokalizacji. Z kolei urządzeniem była określana macierz lub inny komponent systemu pamięci masowej. Z punktu widzenia tej definicji, zarówno przełączniki, jak i wkładki wymagane przez postanowienia załącznika 5, których dostarczenie deklarował wykonawca Eskom stanowią urządzenia.

Są to bowiem komponenty systemu pamięci masowej. Również oprogramowanie deklarowane przez wykonawcę spełnia definicję zawartą w pkt 3 OPZ, a co za tym idzie jego rodzaj i oznaczenie oraz ilość powinny zostać podane przez wykonawcę.

Wynika to z ustanowionego wzoru formularza oferty, gdzie Zamawiający określił tabelę

nr 2 jako wykaz oferowanych Urządzeń oraz Oprogramowania składających się na jedno kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej oraz wyraźnych dyspozycji zawartych w odesłaniu nr 12 i 13.

Zamawiający ustalił więc rozumienie pojęcia urządzenia i oprogramowanie wedle powołanych wyżej definicji, jak również nakazał podać ich numery katalogowe zgodnie z przyjętą notacją producenta.

Wykonawca Eskom tych wytycznych nie wypełnił i w tabeli nr 2 opisał jedynie zasadniczy element kompleksowego rozwiązania tj. macierz Dell ECS EX500.

Co więcej, również w tym zakresie Wykonawca Eskom postąpił niezgodnie z wymaganiami, gdyż podał błędny numer katalogowy - M-PSM-SW-I-002 i błędą ilość sztuk. Wskazany numer jest oznaczeniem wsparcia serwisowego nie zaś sprzętu czy oprogramowania które należało wyszczególnić w tabeli 2.

Wykonawca ponadto podał, że oferuje to urządzenie w ilości 2 szt., co Zamawiający poprawił samodzielnie jako tzw. inną omyłkę, nie polegającą na istotnej niezgodności

z treścią SWZ. W ocenie Odwołującego, wobec zasadniczego uchybienia Wykonawcy Eskom, jakim jest nie podanie w tabeli nr 2 wszystkich oznaczeń oferowanych urządzeń błąd w ilości stanowi problem wtórny, choć też wskazuje on na niezgodność treści oferty

z SWZ. Zamawiający w piśmie z dnia 30.08.2023 r. dokonał poprawy omyłki w ostatniej kolumnie tabeli 2 zmieniając ilość 2 szt. na 1 szt. Jako podstawę poprawy Zamawiający wskazał analizę rozwiązania na stronach internetowych producenta, która w jego ocenie pozwalała na ustalenie, że oferowane rozwiązanie DELL ECS EX 500 stanowi jedno kompleksowe rozwiązanie. W ocenie Odwołującego ilość sztuk oferowana w formularzu oferty stanowi oświadczenie woli wykonawcy, co do tego w jakim wymiarze oferuje dane świadczenie. Skoro więc Wykonawca złożył deklarację co do 2 sztuk tego rozwiązania,

to poprawa tego oświadczenia przez Zamawiającego stanowiła niedozwoloną ingerencję Zamawiającego w oświadczenie woli wykonawcy. W konsekwencji poprawa omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie była uprawniona.

Dodatkowo, nawiązując do wcześniejszych rozważań, dotyczących błędnego wypełnienia tabeli nr 2 przez wykonawcę Eskom Odwołujący pragnie podkreślić, że uzasadnienie poprawy omyłki z dnia 30.08.2023 r. potwierdza logikę tych rozważań. Twierdzenie Odwołującego opiera się na tym, iż wykonawca Eskom podał jedynie nazwę rozwiązania jakim jest macierz zaś nie podał nazw i opisów składowych tego kompleksowego rozwiązania tj. urządzeń

i oprogramowania. Zamawiający zdaje się potwierdzać to twierdzenie wskazując w ww. piśmie, że: „wskazane przez Państwa w Tabeli nr 2 rozwiązanie ECS EX500 NEW SOLUTION, stanowi jedno kompleksowe rozwiązanie obiektów pamięci masowej spełniające wymogi OPZ”.

Z powyższego wynika, że wykonawca podał w tabeli 2 wyłącznie nazwę oferowanego kompleksowego rozwiązania opierającą się na nazwie urządzenia głównego – macierzy,

a skoro tak, to nie można uznać, że wypełnił wytyczne co do podania urządzeń

i oprogramowania składających się na to rozwiązanie.

Gdyby intencją Zamawiającego było uzyskanie jedynie nazwy i modelu kompleksowego rozwiązania to nie używałby jednocześnie sformułowania o podaniu opisów urządzeń

i oprogramowania, składających się na owe rozwiązanie. Na dzień składania ofert oczywiste było więc, że w tabeli nr 2 należy podać wszystkie oznaczenia dla wszystkich elementów całego rozwiązania. Na powyższe wskazuje fakt, iż zarówno Odwołujący jak

i wykonawca Suntar, którego oferta została odrzucona z uwagi na nie złożenie właściwych przedmiotowych środków dowodowych właśnie w ten sposób zrozumieli postanowienia SWZ i wypełnili tabelę nr 2 zgodnie z postawionymi wytycznymi. Nie jest wobec tego zrozumiałe dlaczego Zamawiający zaakceptował formularz wypełniony odmiennie od jego wymagań

w przypadku wykonawcy Eskom.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez wykonawcę Eskom doszło do niezgodności z SWZ w postaci wymagań, co do zakresu podawanych przez wykonawców informacji o urządzeniach i oprogramowaniu wchodzących w skład kompleksowego rozwiązania. Podanie samej nazwy owego rozwiązania nie było więc wystarczające w świetle wymagań SWZ.

Wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji jak również złożenia oferty Zamawiający określa w SIWZ. Niezmiennie obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej

z postanowieniami SIWZ (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania. Zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ukształtowanych przez siebie wymagań i dokonywania jakichkolwiek zmian na etapie badania i oceny ofert. Takie odstąpienie od określonych zasad nie może być uznane

za działanie prawidłowe, a sam fakt jego dokonania powoduje naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych opisanych

w ustawie, w tym równego traktowania wykonawców.

Jak wskazuje się jednoznacznie w orzecznictwie „Niezgodność treści oferty z SWZ w tym wypadku stanowi brak podania informacji dotyczących oferowanego przedmiotu - jedynie bowiem podanie producenta, modelu, wersji pozwala na zidentyfikowanie oferowanego sprzętu, jego kontrolę. W przypadku braku podania takich danych, tj. podania informacji co do oznaczenia takiego produktu dane techniczne stanowi jedynie informacje o jakiś danych do niezidentyfikowanego urządzenia” (np. wyrok KIO 1519/21 z 5.07.2021).

Adekwatna i właściwa wydaje się w niniejszym stanie faktycznym konstatacja Krajowej Izby Odwoławczej wyrażona w wyroku z dnia 16.06.2023 o sygn. akt KIO 1544/23:

„W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi

na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany

od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą

dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (accidentalia negotii).”.

Skoro więc Zamawiający oczekiwał wskazania oznaczeń identyfikujących urządzenia

i oprogramowanie wchodzące w skład kompletnego rozwiązania to podanie jedynie ogólnej nazwy tego rozwiązania nie spełnia skonkretyzowanych wytycznych i jednocześnie nie określa elementów podmiotowo istotnych oferty. Wobec tego wskazane uchybienie

w ofercie Eskom nie ma jedynie charakteru formalnego, lecz stanowi o niezgodności oferty z treścią SWZ.

W dniu 08.11.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości i dopuszczenie dowodów wymienionych w odpowiedzi na odwołanie na okoliczności w niej wskazane.

KIO 3182/23

W dniu 23.10.2023 r. odwołanie wniósł wykonawca **SUNTAR Sp. z o.o.**

(ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów) – dalej „Odwołujący”. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty ESKOM IT Sp. z o.o. (dalej jako: „ESKOM”) jako najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz odrzucenia oferty Odwołującego w części 1 postępowania. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej wraz z usługami wdrożeniowymi oraz 36 miesięcznym wsparciem technicznym i gwarancją. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia. Czynnościom

i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący postawił w pkt V odwołania następujące zarzuty: zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ESKOM, mimo że treść oferty ESKOM jest niezgodna

z warunkami zamówienia; a) zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 poprzez brak podania szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, ewentualnie (...) b) zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp

w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) dokonania ponownego badania i oceny oferty, wraz z ofertą Odwołującego oraz odrzucenia oferty ESKOM.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał w szczególności:

I. Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ESKOM, mimo że treść oferty ESKOM jest niezgodna

z warunkami zamówienia: Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W wyroku z dnia 8 maja

2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów ustawy Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2011 r., KIO 2345/11). Jednocześnie o niezgodności oferty z warunkami zamówienia można, tak jak w tym przypadku, mówić w sytuacji gdy wykonawca nie wypełnia wymagań Zamawiającego w zakresie doprecyzowania istotnych elementów składanej oferty. Zgodnie

z wymaganiami w SWZ Zamawiający wymagał uzupełnienia wykazu oferowanych urządzeń oraz oprogramowania składających się na jedno kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej. Wskazany zapis nie pozostawia wątpliwości, iż nie można było wskazać zbiorczo jedynie całego kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej,

ale należało wyszczególnić wszystkie składające się na to rozwiązanie urządzenia

oraz oprogramowanie. Definicje urządzeń i oprogramowania należało odczytywać zgodnie

z definicjami wynikających z Opisu Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca ESKOM w sposób bezprawny – nie zastosował się do wymagania Zamawiającego. Pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu w sposób prawidłowy dokonali wskazania wszystkich urządzeń

i oprogramowania składających się na oferowane kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej. Brak wyszczególnienia wszystkich elementów składających się

na rozwiązanie ESKOM świadczy o niezgodności złożonej oferty z warunkami zamówienia.

II. Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak podania szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego: Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający zobligowany jest w informacji

o odrzuceniu do podania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący podstaw odrzucenia oferty jakiegokolwiek wykonawcy.

Tylko taki zakres jaki opisany jest przez Zamawiającego (podstawa prawna i faktyczna) może stanowić podstawę odrzucenia oferty. Uwzględniając powyższe zarzut podniesiony przez Odwołującego może dotyczyć tylko konkretnych podstaw faktycznych opisanych przez Zamawiającego, które nie mogą być domniemywane.

Jak wskazał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty, Odwołujący w dniu 05.09.2023 r. uzupełnił wykaz, wskazując w części pozycji tego wykazu jako potwierdzenie spełniania wymagań OPZ, zrzuty konfiguracji, adresy stron www oraz ponownie wskazując oświadczenie producenta dotyczące pozycji, w których wskazanie miejsca w ogólnodostępnej dokumentacji oraz zrobienie zrzutu z konfiguracji było niemożliwe lub niewystarczające. Ponadto wskazano, że Zamawiający oceniając uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe uznał, iż przedłożone przez Odwołującego zrzuty konfiguracji, adresy stron www zawierają informacje potwierdzające sposób spełnienia wymagań wynikających z OPZ przez oferowane przez Odwołującego rozwiązanie. Zamawiający uznał przy tym, iż oświadczenie producenta nie potwierdza spełniania wymogów i parametrów wynikających z OPZ przez rozwiązanie wskazane w ofercie wykonawcy, wskazując, że z treści ponownie przedłożonego oświadczenia wynika wyłącznie potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę rozwiązanie spełnia wymagania OPZ, które zostały przekopiowane do treści oświadczenia, zamiast wskazania konkretnego sposobu ich spełniania poprzez podanie odpowiednich parametrów. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia nie wskazał w jaki inny sposób Odwołujący miałby wskazać sposób spełniania wymagań, jeśli producent potwierdził jednoznacznie spełnianie każdego z wymagań z osobna w sposób skonkretyzowany. Brak odniesienia się do każdego z parametrów, które Zamawiający uznaje za niepotwierdzone wraz z informacją co do każdego z parametrów jak winien on zostać rzekomo prawidłowo opisany świadczy o nieprawidłowym przygotowaniu uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

III. Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia: Ponownie wskazać należy, że Zamawiający zobligowany jest w informacji

o odrzuceniu do podania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący podstaw odrzucenia oferty jakiegokolwiek wykonawcy.

Tylko taki zakres jaki opisany jest przez Zamawiającego (podstawa prawna i faktyczna) może stanowić podstawę odrzucenia oferty. Uwzględniając powyższe zarzut podniesiony przez Odwołującego może dotyczyć tylko konkretnych podstaw faktycznych opisanych przez Zamawiającego, które nie mogą być domniemywane. Zamawiający nie będzie uprawniony tym samym na etapie postępowania odwoławczego

do formułowania dodatkowych zarzutów czy też uzupełniania podstawy faktycznej ponad elementy opisane w informacji

o odrzuceniu. Jako uzupełnienie podstawy faktycznej należy również przyjąć jej konkretyzowanie poprzez wskazywanie bardziej szczegółowych informacji niż znajdujące się w informacji o odrzuceniu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów ustawy Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa

w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2011 r., KIO 2345/11). Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty wskazał, że Odwołujący w dniu 05.09.2023 r. uzupełnił Wykaz, wskazując w części pozycji tego wykazu jako potwierdzenie spełniania wymagań OPZ, zrzuty konfiguracji, adresy stron www oraz ponownie wskazując oświadczenie producenta dotyczące pozycji, w których wskazanie miejsca w ogólnodostępnej dokumentacji oraz zrobienie zrzutu z konfiguracji było niemożliwe lub niewystarczające. Ponadto wskazano, że Zamawiający oceniając uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe uznał, iż przedłożone przez Odwołującego zrzuty konfiguracji, adresy stron www zawierają informacje potwierdzające sposób spełnienia wymagań wynikających z OPZ przez oferowane przez Odwołującego rozwiązanie. Zamawiający uznał przy tym, iż oświadczenie producenta nie potwierdza spełniania wymogów i parametrów wynikających z OPZ przez rozwiązanie wskazane w ofercie wykonawcy, wskazując, że z treści ponownie przedłożonego oświadczenia wynika wyłącznie potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę rozwiązanie spełnia wymagania OPZ, które zostały przekopiowane do treści oświadczenia, zamiast wskazania konkretnego sposobu ich spełnienia poprzez podanie odpowiednich parametrów. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia nie wskazał w jaki inny sposób Odwołujący miałby wskazać sposób spełniania wymagań, jeśli producent potwierdził jednoznacznie spełnianie każdego z wymagań z osobna w sposób skonkretyzowany. Brak odniesienia się do każdego z parametrów, które Zamawiający uznaje za niepotwierdzone wraz z informacją co do każdego z parametrów jak winien on zostać rzekomo prawidłowo opisany świadczy o nieprawidłowym przygotowaniu uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Wskazać należy,

że treść oferty Odwołującego jest zgodna z wymaganiami, jakie Zamawiający postawił,

w szczególności uzupełnione na wezwanie dokumenty, w tym oświadczenie producenta jednoznacznie potwierdzają spełnienia wszystkich skonkretyzowanych wymagań Zamawiającego. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że oświadczenie producenta nie spełnia ustanowionych wymagań dla przedmiotowych środków dowodowych. W ocenie Odwołującego uznać również należy, że konkretne oświadczenie producenta posiada dużo większą moc dowodową niż ocenione pozytywnie zrzuty z konfiguracji czy stron www. Zauważyć należy, że Zamawiający nie wskazał choćby jednego parametru technicznego,

co do którego mógłby mieć jakiekolwiek wątpliwości w zakresie zgodności z Opisem Przedmiotu Zamówienia. W ocenie Odwołującego uznanie, iż oświadczenie producenta nie zawiera sposobu spełniania danego wymagania, mimo że taki sposób zawiera, bowiem jest skonkretyzowane tak jak oczekiwał tego Zamawiający, stanowi o wadliwości decyzji Zamawiającego. Działanie Zamawiającego stanowi wyraz skrajnego formalizmu postępowania, bowiem: Zamawiający otrzymał rozwiązanie spełniające wszystkie wymagania OPZ, w informacji o odrzuceniu Zamawiający nie wskazuje choćby jednego parametru,

co do którego posiadałby wątpliwości, przedłożone oświadczenia producenta posiada większą moc dowodową niż zrzuty ze stron www, zaś Zamawiający zrzuty uznał za prawidłowe,

a przedłożone oświadczenie odrzucił. Działanie Zamawiającego uznać należy

za niedopuszczalne, zaś złożona przez Odwołującego oferta jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia.

W dniu 13.11.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której

w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości i dopuszczenie dowodów wymienionych w odpowiedzi na odwołanie na okoliczności w niej wskazane.

W dniu 14.11.2023 r. odpowiednio na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania i rozprawie:

1) Eskom IT Sp. z o.o. złożył pismo procesowe, w którym w szczególności wniósł

o oddalenie obu odwołań w połączonych sprawach KIO 3177/23 i 3182/23 i złożył dowód – oświadczenie Dell Sp. z o.o. z dnia 07.11.2023 r. na wykazanie twierdzeń zawartych w tym piśmie;

2) HUB4 Sp. z o.o.:

a) złożył dowód: tabele dot. systemu ECS EX500 jako przykładową konfigurację tego co zaoferował Eskom

IT Sp. z o.o., w celu wykazania,

że wykonawca nie podał w tabeli nr 2 w formularzu ofertowym wszystkich urządzeń i oprogramowania, składających się na oferowane rozwiązanie,

b)wniósł o przeprowadzenie dowodu, że nr katalogowy M-PSM-SW-I-002 jest numerem wsparcia technicznego do oprogramowania, a nie numerem katalogowym do kompleksowego rozwiązania EX500,

c)wniósł o weryfikację przez Izbę jaki jest opis pozycji N-PSM-SW-I-002

w kalkulacji Della załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego będzie tam konkretny opis prosupport, mc softwear support, a nie opis kompleksowego rozwiązania EX 500,

d)wniósł o interpretację przez Izbę rozdziału II pkt 3 SWZ - tam gdzie znajdują się definicje urządzeń - przy interpretacji urządzeń tabeli nr 2 w formularzu ofertowym;

3)Zamawiający złożył dowód - wykaz parametrów technicznych i oświadczenie

z 09.03.2022 r. w innym postępowaniu na okoliczność tego, że Suntar Sp. z o.o. wie w jaki sposób należało składać prawidłowo przedmiotowe środki dowodowe, ponieważ już takie składał wielokrotnie.

W dniu 14.11.2023 r. Odwołujący Suntar Sp. z o.o. przed zamknięciem rozprawy

o g. 11:48 złożył drogą elektroniczną w szczególności na adres: – kartę produktu M-PSM-SW-I-002 wraz z tłumaczeniem na okoliczność wykazania, że wskazany przez Eskom IT Sp. z o.o. numer katalogowy dotyczy jedynie wsparcia technicznego. Złożył także w tym samym dniu drogą elektroniczną jak wyżej fakturę VAT z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na kwotę 3.600,00 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z przedstawionymi w toku postępowania odwoławczego dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołania czynią zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, to jest odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki, określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołań.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, to jest posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie, zgłosił skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego:

- 1)ESKOM IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie KIO 3177/23 i KIO 3182/23;
- 2)Suntar Sp. z o.o. w sprawie KIO 3177/23;
- 3)HUB4 Sp. z o.o. w sprawie KIO 3182/23.

Izba, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp, dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, jak również dowody zawnioskowane w odwołaniach, odpowiedziach na odwołanie, a także przedstawione odpowiednio przez strony i uczestników postępowania odwoławczego drogą elektroniczną i na posiedzeniu, rozprawie w dniu 14.11.2023 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołań, odpowiedzi na odwołania, oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego, złożone drogą elektroniczną i ustnie do protokołu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem postępowania zgodnie z pkt. 4.1. Rozdziału I SWZ jest dostawa kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej wraz z usługami wdrożeniowymi oraz 36 miesięcznym wsparciem technicznym i gwarancją. Zamawiający celowo określił tak przedmiot zamówienia, aby dopuścić do udziału w postępowaniu nie tylko wykonawców oferujących standardowe macierze dyskowe, ale również oferujących innego rodzaju rozwiązania funkcjonujące na rynku, posiadające takie same właściwości jak standardowe macierze dyskowe, co nie było sporne. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w nadanej przez Zamawiającego w pkt 3 Rozdziału II SWZ – Opis przedmiotu

zamówienia, definicji pojęcia „Kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej”: „rozwiązanie, na które składają się Urządzenia wraz z Oprogramowaniem tworzące wspólną całość, po jednym w każdej z dwóch Lokalizacji;”. Zamawiający na potrzeby postępowania określił również definicję „Urządzenie”: „macierz dyskowa lub inny komponent systemu pamięci masowej do przechowywania danych obiektowych;” i „Oprogramowanie”: „Oprogramowanie zapewniające zgodność Urządzeń

z wymogami OPZ, obejmujące możliwość zainstalowania wszystkich bieżących i nowych wersji Aktualizacji Oprogramowania udostępnianych przez producenta oraz wszystkie elementy, w tym licencje przewidziane przez producenta dla prawidłowego korzystania z tego Oprogramowania;”.

Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 07.08.2023 r. W powyższym terminie oferty złożyli wykonawcy – HUB4 Sp. Z o.o., Eskom IT Sp. z o.o. oraz Suntar Sp. z o.o.

W toku badania ofert Zamawiający w dniu 30.08.2023 r. wezwał w szczególności Eskom IT Sp. z o.o., na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Wykonawca złożył bowiem przedmiotowe środki dowodowe w postaci linków do dokumentów, mające stanowić potwierdzenie spełnienia wymogów wynikających

z Opisu przedmiotu zamówienia, które wymagały zalogowania w celu uzyskania dostępu

do informacji. Zgodnie zaś z pkt. 6.1.3 Rozdziału I SWZ, opublikowanym w przedmiotowym postępowaniu, wykonawca składając przedmiotowe środki dowodowe w postaci linków

do dokumentów, winien był wskazać adres strony WWW, pod którym dokument jest opublikowany, a także jest publicznie i powszechnie dostępny bez konieczności logowania. Eskom IT Sp. z o.o. złożył Zamawiającemu uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe

w dniu 05.09.2023 r. Zamawiający zawiadomił także Eskom IT Sp. z o.o., na podstawie

art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp o poprawie w treści jego oferty innej omyłki polegającej

na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający uznał bowiem, że zgodnie z informacją uzyskaną na stronach internetowych Dell (będącego producentem oferowanego przez Eskom IT Sp. z o.o. rozwiązania) wynikających z Załącznika nr 5 do oferty, wskazane przez Eskom IT Sp. z o.o.

w Tabeli nr 2 jego oferty, rozwiązanie ECS EX500 NEW SOLUTION, stanowi jedno kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej spełniające wymogi OPZ, a nie dwie sztuki urządzeń lub oprogramowania składających się na jedno kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej. Natomiast Eskom IT Sp. z o.o. w Tabeli nr 2 wskazał, iż na jedno kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej składają się dwie sztuki ECS EX500 NEW SOLUTION c wyklucza się z Tabelą nr 1, zgodnie z którą przedmiotem zamówienia są dwa kompleksowe rozwiązania obiektowej pamięci masowej (wraz z 36 miesięczną gwarancją). W związku z powyższym, Zamawiający dokonał poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w taki sposób, że w kolumnie nr 5 Tabeli nr 2 w ofercie Eskom IT Sp. z o.o. liczbę 2 zamienił na liczbę 1. Powyższa korekta, zgodnie z brzmieniem art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie wpłynęła istotnie na treść złożonej przez w/w wykonawcę oferty. Eskom IT Sp. z o.o. w dniu 05.09.2023 r. złożył pismo, w którym wyraził zgodę na poprawę innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W toku badania ofert Zamawiający także w dniu 01.09.2023 r. wezwał wszystkich wykonawców do złożenia, na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia cen wskazanych w ofertach wykonawców, w celu ustalenia, czy zaoferowane przez wykonawców ceny nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyznaczył wykonawcom termin złożenia wyjaśnień na 07.09.2023 r. Wszyscy wykonawcy w terminie wskazanym powyżej, złożyli stosowne wyjaśnienia, jednocześnie zastrzegając je jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „uznk”. Zamawiający w dniu 13.10.2023 r. zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, iż jako najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę Eskom IT Sp. z o.o. oraz, że odrzucił ofertę Suntar Sp. z o.o.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu, złożyli

wraz z ofertami - na podstawie art. 106 Ustawy Pzp - dwa rodzaje przedmiotowych środków dowodowych, tj. (a) przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające zgodność oferowanych przez wykonawców dostaw z parametrami i wymaganiami określonymi w Opisie przedmiotu zamówienia (zwanego dalej: „OPZ”); (b) przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające zgodność oferowanych przez wykonawców dostaw z kryteriami określonymi w pkt 19.3. Rozdziału I SWZ.

Zamawiający w pkt. 6 Rozdziału I SWZ określił szczegółowo katalog przedmiotowych środków dowodowych:

„6.1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w Rozdziale II SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia oraz

kryteriami oceny ofert określonymi w opisie kryteriów oceny ofert w pkt. 19 niniejszego Rozdziału I SWZ tj.:

6.1.1. Wykaz parametrów oferowanych lub opis sposobu spełniania wymagań zawartych w OPZ – składany wraz z ofertą w celu potwierdzenia parametrów wymaganych w OPZ – według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do Formularza oferty;

6.1.2. Wykaz parametrów oferowanych lub opis sposobu spełniania wymagań zawartych w OPZ – składany wraz z ofertą w celu potwierdzenia zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert – stanowiący załącznik nr 7 do Formularza oferty;

6.1.3. Wskazanie - odpowiednio w załączniku nr 5 i 7 do Formularza oferty - miejsca w dokumentacji1 urządzenia/oprogramowania, w którym znajduje się potwierdzenie spełnienia danego wymagania (nazwa dokumentu, numer strony dokumentu, pkt, etc. oraz adres strony WWW pod którym dokument jest opublikowany, a także publicznie i powszechnie dostępny bez konieczności logowania). W przypadku jeśli wskazanie opisanego wyżej miejsca nie jest możliwe lub nie jest wystarczające, Wykonawca powinien opisać sposób spełnienia danego wymagania dołączając inne przedmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia danego wymagania (np. zrzut ekranu konfiguracji/testu, karta katalogowa, specyfikacja techniczna, dokumentacja licencyjna, dokumentacja oprogramowania) lub przedstawić oświadczenie producenta urządzenia/oprogramowania, z którego wynika sposób spełnienia danego wymagania.

6.2. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

6.3. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

6.4. Postanowienia pkt 6.3 powyżej nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub gdy pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

6.5. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.”.

Zamawiający w dniu 30.08.2023 r. wezwał Odwołującego Suntar Sp. zo.o., w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, złożonych na potwierdzenie spełniania przez przedmiot dostawy wymagań wynikających z OPZ, powołując się na pkt. 6.1.3 Rozdziału I SWZ. Suntar Sp. z o.o., wraz z ofertą, złożył załącznik nr 5 do Formularza oferty, w którym we wszystkich pozycjach przywołał „Załącznik do oferty – Oświadczenie producenta”, mające stanowić potwierdzenie spełnienia wymogów wynikających z OPZ przez zaoferowane Kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej. Oświadczenie potwierdza, że oferowane Kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej spełnia wymagania OPZ, natomiast nie określa, wymaganego przez Zamawiającego w pkt. 6.1.3. Rozdziału I SWZ, sposobu spełniania wymagań wynikających z OPZ przez to konkretne rozwiązanie oferowane przez Wykonawcę. Odwołujący w dniu 05.09.2023 r. złożył uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe w taki sposób, że w załączniku nr 5 do Formularza oferty w części pozycji jako potwierdzenie spełniania wymagań OPZ, zamieścił zrzuty konfiguracji, adresy stron www dotyczących oferowanego przez niego kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej. Natomiast, w części pozycji tego uzupełnionego załącznika, w których wskazanie miejsca w ogólnodostępnej dokumentacji oraz zrobienie zrzutu z konfiguracji było niemożliwe lub niewystarczające, Odwołujący ponownie wskazał oświadczenie producenta HUAWEI POLSKA sp. z o.o. Odwołujący składając uzupełniony załącznik nr 5 do Formularza oferty, samodzielnie, bez wezwania Zamawiającego, złożył uzupełniony załącznik nr 7 do Formularza oferty, mający potwierdzać, że zaoferowane przez Odwołującego kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej posiada dodatkowe funkcjonalności wskazane w OPZ (stanowiące zarazem pozacenowe kryteria oceny ofert) lub określać opis sposobu potwierdzającego posiadanie przez w/w przedmiot dostawy tych dodatkowych funkcjonalności wskazanych w OPZ. Zamawiający nie dokonał w toku badania ofert oceny tego uzupełnionego załącznika nr 7 do Formularza oferty, gdyż zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, nie podlega on uzupełnieniu. Zamawiający oceniając uzupełniony załącznik nr 5 do Formularza oferty uznał, iż przedłożone przez Wykonawcę zrzuty konfiguracji, adresy stron www zawierają informacje potwierdzające sposób spełnienia wskazanych w tych pozycjach, do których zostały złożone w/w dane, wymagań wynikających z OPZ przez oferowane przez wykonawcę rozwiązanie. Zamawiający, odnosząc się natomiast do zaktualizowanego oświadczenia producenta HUAWEI POLSKA sp. z o.o., uznał, iż nadal to oświadczenie nie potwierdzało spełniania wymogów i parametrów wynikających z OPZ przez rozwiązanie wskazane w ofercie wykonawcy.

Odwołujący HUB4 Sp. z o.o. w dniu 14.10.2023 r. złożył do Zamawiającego wniosek

o udostępnienie protokołu postępowania według stanu aktualnego na dzień udostępnienia wraz z następującymi załącznikami: ofertami wykonawców biorących udział w postępowaniu wraz z kompletem dokumentów złożonych z daną ofertą, korespondencją pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, a także wraz z pismami, informacjami i wszelkimi innymi materiałami przedłożonymi przez wykonawców w toku postępowania. Zamawiający w dniu 17.10.2023 r. przekazał Odwołującemu HUB4 Sp. z o.o. żądane przez niego dokumenty, jednocześnie wskazując, iż nie przekazuje części dokumentów złożonych przez ESKOM IT Sp. z o.o. oraz przez Suntar Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa powyżej, które to dokumenty zostały zastrzeżone przez w/w wykonawców jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu 11 ust. 2 uznk, a Zamawiający uznał w toku badania ofert w postępowaniu, po analizie uzasadnień złożonych przez w/w wykonawców, iż potwierdzili oni łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, jak również każdy z nich wypełnił dyspozycję art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do dowodów:

- 1) oświadczenia Dell Sp. z o.o. z dnia 07.11.2023 r. – w ocenie Izby dowód ten wskazuje na treść oświadczenia producenta, to jest przyporządkowanie numeru katalogowego: M-PSM-SW-I-002 rozwiązaniu: DELL ECS EX500 oraz to, że poszczególne komponenty urządzenia nie posiadają odrębnych numerów katalogowych;
- 2) tabele dot. systemu ECS EX500 jako przykładowa konfiguracja tego co zaoferował Eskom IT Sp. z o.o. – w ocenie Izby dowód ten stanowi stanowisko Odwołującego HUB4 Sp. z o.o., nie zaprzecza twierdzeniu Zamawiającego i Przystępującego Eskom IT Sp. z o.o., że przyporządkowano numer katalogowy: M-PSM-SW-I-002 rozwiązaniu: DELL ECS EX500, a potwierdza, że są różne numery komponentów urządzenia, ale nie przesądza jakiego rodzaju są to numery. Nie ma w tabeli wprost wskazania na numer katalogowy, a jedynie są przywołane różne numery, w tym M-PSM-SW-I-002; dowód potwierdza w ocenie Izby, że wymienione w nim komponenty wchodziły w skład systemu ECS EX500, ponieważ tak zatytułowano tabele. Dowód wykazuje, że wykonawca nie podał w tabeli nr 2 w formularzu ofertowym wszystkich urządzeń i oprogramowania, składających się na oferowane rozwiązanie;
- 3) wniosek o przeprowadzenie dowodu, że nr katalogowy M-PSM-SW-I-002 jest numerem wsparcia technicznego do oprogramowania, a nie numerem katalogowym do kompleksowego rozwiązania EX500 – w ocenie Izby to Odwołujący winien wykazać twierdzenie co do charakteru numeru M-PSM-SW-I-002, niemniej Izba zauważa, że choćby numer odnosił się do wsparcia technicznego do oprogramowania, to jednak Odwołujący nie wykazał jaki jest właściwy w jego ocenie numer katalogowy i że numer M-PSM-SW-I-002 nie jest numerem katalogowym kompleksowego rozwiązania EX500;
- 4) wniosek o przeprowadzenie dowodu, że opis pozycji N-PSM-SW-I-002 w kalkulacji Della załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawiera konkretny opis prosupport, mc software support, a nie opis kompleksowego rozwiązania EX 500 – w ocenie Izby dowód jest nieistotny, gdyż choćby numer odnosił się do wsparcia technicznego do oprogramowania, to jednak Odwołujący nie wykazał jaki jest właściwy w jego ocenie numer katalogowy i że numer M-PSM-SW-I-002 nie jest numerem katalogowym kompleksowego rozwiązania EX500;
- 5) wykaz parametrów technicznych i oświadczenie z 09.03.2022 r. w innym postępowaniu na okoliczność tego, że Suntar Sp. z o.o. wie w jaki sposób należało składać prawidłowo przedmiotowe środki dowodowe, ponieważ już takie składał wielokrotnie – w ocenie Izby dowód jest nieistotny, gdyż stanowi potwierdzenie stanów faktycznych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;
- 6) karta produktu M-PSM-SW-I-002 wraz z tłumaczeniem na okoliczność wykazania, że wskazany przez Eskom IT Sp. z o.o. numer katalogowy dotyczy jedynie wsparcia technicznego – w ocenie Izby dowód jest nieistotny, gdyż choćby numer odnosił się do wsparcia technicznego do oprogramowania, to jednak Odwołujący Suntar Sp. z o.o. nie wykazał jaki jest właściwy w jego ocenie numer katalogowy i że numer M-PSM-SW-I-002 nie jest numerem katalogowym kompleksowego rozwiązania EX500.

KIO 3177/23

Zarzut: 1. naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny oferty i załączników do nich pomimo

że wykonawcy Eskom IT Sp. z o.o. i Suntar Sp. z o.o. nie wykazali skuteczności zastrzeżenia tych informacji

- w ocenie Izby wykonawcy Eskom IT Sp. z o.o. i Suntar Sp. z o.o. skutecznie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastrzegali informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane już w orzecznictwie Izby,

w szczególności w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 09.05.2022 r., sygn. akt KIO 991/22 – „Wypracowane przez Odwołującego w ramach prowadzonej działalności relacje handlowe - stanowiące efekt współpracy i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych, a także istniejącej pomiędzy nimi relacji biznesowej, stanowią o wymiernej wartości gospodarczej takich informacji. Utrzymywanie w tajemnicy informacji o współpracy

z danym podmiotem czy też o przedmiocie takiej współpracy, może mieć wpływ na budowaną pozycję rynkową danego wykonawcy. Informacje na temat kontrahentów spoza sektora publicznego, uzyskane w ramach współpracy wynagrodzenia, czy przedmiotu tej współpracy mogą stanowić źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji.”, „Trudno oczekiwać od wykonawcy, by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej - czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji.”; z dnia 15.02.2022 r., sygn. akt KIO 322/20 - „Informacje o kontrahentach, dostawcach, stosowanych przez nich rabatach mogą stanowić tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa i są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą.”). W ocenie Izby zarówno wysokość upustu, jak i osoba kontrahenta,

to informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa o ile zostaną zastrzeżone przez wykonawcę. Odwołujący HUB4 Sp. z o.o. zarzucał niewykazanie wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także niezłożenie dowodów utajnienia danych informacji także przez poddostawców.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie,

że Zamawiający nie odtajniąc części wyjaśnień przedstawionych przez ESKOM IT Sp. z o.o. oraz przez Suntar Sp. z o.o., nie naruszył art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający udostępnił bowiem większość żądanych przez Odwołującego HUB4 Sp. z o.o. dokumentów, które zostały przekazane przez pozostałych wykonawców w postępowaniu, w tym jawne części wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty. Odwołujący HUB4 Sp. z o.o. otrzymał zatem dokumenty,

w oparciu o które mógł uzyskać określonego rodzaju informacje o tym, w jaki sposób pozostali wykonawcy i przy uwzględnieniu jakich czynników cenotwórczych określili cenę kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej zaoferowanego w ich ofercie. Zamawiający jedynie, uwzględniając brzmienie literalne art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, ograniczył dostęp do ściśle określonych dokumentów, przedłożonych w toku postępowania. Zamawiający dokonał tego kierując się tym, iż zasada jawności nie ma charakteru bezwzględnej. Ograniczenie przez Zamawiającego dostępu do informacji związanych

z postępowaniem o udzielenie zamówienia może bowiem nastąpić w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Eskom IT Sp. z o.o. oraz Suntar Sp. z o.o. potwierdzili łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa,

o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, z późn. zm.), dalej „uznk”, jak również każdy z nich wypełnił dyspozycję art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W obowiązującym prawodawstwie brak jest legalnej definicji pojęcia „wartość gospodarcza”. Niekiedy nie ma możliwości określenia kwotowo wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, wówczas wykonawca powinien przedstawić realne znaczenie gospodarcze tych zastrzeżonych informacji dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w danym postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje. Eskom IT Sp. z o.o. oraz Suntar Sp. z o.o. wykazali, że informacje wskazane przez nich

w wyjaśnieniach złożonych na podstawie art. 224 ustawy Pzp, mają charakter informacji handlowych posiadających dla tych wykonawców wartość gospodarczą. Eskom IT Sp. z o.o. zastrzegł część dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

tj.: (a) Fragment pisma – wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (kalkulacja), (b) Oferta dostawcy oraz (c) Dowody przywołane w treści niniejszego uzasadnienia – dokumenty wewnętrzne ESKOM IT Sp. z o.o., wskazując w szczególności, iż: „Opis sposobu kalkulacji ceny (w tym na podstawie oferty dostawcy), wskazuje na przyjętą przez wykonawcę metodologię jej wyliczenia, co stanowi o konkurencyjności wykonawcy na rynku usług IT, informacje i wyliczenia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień są znacznie bardziej szczegółowe aniżeli wymagał tego Zamawiający na etapie składania ofert (formularz ofertowy zawierał dwie pozycje zbiorcze). W związku z tym mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową, gdyż Wykonawca ponosi ryzyko ujawnienia informacji, które w innych okolicznościach nie zostałyby przekazane innemu podmiotowi (zarówno Zamawiającemu, jak również konkurencji), ich ujawnienie mogłoby zachwiać pozycją Wykonawcy na rynku usług IT

tj. doprowadzić do utraty kontaktów biznesowych. Warunki współpracy pomiędzy Wykonawcą a dostawcą, w szczególności wysokość upustu, zostały ustalone przez strony w drodze indywidualnych negocjacji w oparciu o

specyficzne uwarunkowania biznesowe oraz

o założenia polityki cenowej Wykonawcy.”. Również Suntar Sp. z o.o., zastrzegając część swoich wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, tj. (a) kalkulację ceny, (b) oświadczenie dystrybutora producenta urządzeń oraz (c) dokumenty funkcjonujące w strukturze organizacyjnej, wskazał w szczególności, iż: „Nie powinno budzić wątpliwości, iż sposób budowania ceny ofertowej oraz fakt pozostawania w relacjach handlowych przez kontrahentów (z których żaden nie jest podmiotem publicznym) może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a takimi właśnie relacjami są relacje łączące Wykonawcę z podmiotem oferującym sprzedaż sprzętu na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Informacja mogąca doprowadzić

do ujawnienia sposobu budowania ceny ofertowej, danych kontrahenta, posiadającego specjalistyczną wiedzę i doświadczenie lub warunków współpracy posiada istotną wartość gospodarczą. Fakt pozostawania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych

i informacje ujawniające istotne elementy tych stosunków mają charakter handlowy

i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje te w sposób jednoznaczny wpływają również na sposób budowania ceny ofertowej.” i dalej: „Ochronie jako tajemnica handlowa i organizacyjna przedsiębiorstwa podlega zarówno sam fakt korzystania przez Wykonawcę ze specjalnych warunków handlowych, jak również informacja o tym,

z jakim podmiotem Wykonawca współpracuje. Ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa podlega bowiem sam fakt współpracy dwóch podmiotów prywatnych oraz elementy zakresu tej współpracy oraz ich wpływ na budowanie ceny ofertowej. Co więcej zobowiązania do zachowania w poufności wskazanych informacji wynika wprost z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów. Już tylko z tego powodu informacja taka musi być objęta ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa.”.

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia złożone przez tych wykonawców na podstawie art. 224 ustawy Pzp oraz złożone przez nich uzasadnienia objęcia części tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa prawidłowo w ocenie Izby ocenił, iż informacje zawarte w tych wyjaśnieniach mają charakter informacji handlowych posiadających dla tych wykonawców wartość gospodarczą. Wykonawcy, dzięki uzyskanym upustom od przedstawicieli producentów urządzeń (wysokość upustu w obydwu przypadkach wynika z dokumentów załączonych przez wykonawców do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty; dokumenty te zostały przez Zamawiającego przekazane do Krajowej Izby Odwoławczej w folderze „Tajemnica przedsiębiorstwa”) osiągnęli przewagę cenową wobec Odwołującego. Warunkiem utrzymania przewagi konkurencyjnej przez tych dwóch wykonawców w stosunku do pozostałych wykonawców jest to, aby informacje o uzyskanych korzystniejszych warunkach handlowych pozostały dostępne tylko tym wykonawcom.

Uzyskanie upustu przez wykonawców

na określonym poziomie ma bowiem szczególne znaczenie, gdyż powoduje obniżenie ceny oferty. Obydwaj wykonawcy w zastrzeżonej części wyjaśnień wskazali również na ustalony

na potrzeby przedmiotu zamówienia sposób jego realizacji, który to sposób, przyjęte metody działania oraz koszty zarządzania sposobem realizacji przedmiotu zamówienia miały wpływ na wysokość zaoferowanych cen w ofertach.

Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 uznk, przesłanką tajemnicy przedsiębiorstwa jest nie tylko to by informacje wskazane w powołanym przepisie posiadały wartość gospodarczą, ale również by jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie były łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony

do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Eskom IT Sp. z o.o. w swoim uzasadnieniu objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa wskazał, iż informacje zawarte w treści zastrzeżonych przez wykonawcę dokumentów nie są upubliczniane,

czy to jako całość czy w szczególnym, przygotowanym na potrzeby przedmiotowego postępowania zestawieniu, a dostęp do nich mają wyłącznie pracownicy wykonawcy przygotowujący ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Dodatkowo podkreślił, że w jego organizacji informacje ważne dla przedsiębiorstwa są chronione w szczególności w taki sposób, że zostały wdrożone wymagania Systemu Zarządzania Jakością ISO 9001:2015 oraz Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji ISO 27001:2013. Wykonawca na potrzeby wykazania podjęcia działań zmierzających do utrzymania istotnych dla przedsiębiorstwa informacji w tajemnicy, odwołał się również do faktu wdrożenia w swojej siedzibie Systemu Kontroli Dostępu zabezpieczającego przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich

do przetwarzanych w organizacji informacji. Wykonawca wskazał także na obowiązujące

u niego Politykę Bezpieczeństwa Informacji oraz Księgę Bezpieczeństwa Informacji (dołączając je do uzasadnienia i obejmując je również tajemnicą przedsiębiorstwa),

na potrzeby wykazania, iż u tego Wykonawcy obowiązuje określony sposób ochrony istotnych dla przedsiębiorstwa

informacji, tj. że wykonawca podjął kroki organizacyjne, prawne i techniczne, które w danych okolicznościach są niezbędne dla zachowania informacji w tajemnicy. Wykonawca dołączył również przykładowe umowy zawierane z pracownikami oraz z kontrahentami (wykonawca objął je tajemnicą przedsiębiorstwa), w których zostały przewidziane stosowne klauzule poufności, zobowiązujące pracowników i kontrahentów do zachowania w tajemnicy informacji i dokumentów w zakresie istotnych aspektów działalności przedsiębiorstwa Eskom IT Sp. z o.o. Sutar Sp. z o.o. natomiast podkreślił, iż przedstawione w wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny oferty informacje nigdy nie były i nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi; są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zgodnie z procedurą obowiązującą u wykonawcy informacje takie, jak informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim. Na potrzeby potwierdzenia podjęcia działań do zachowania w poufności informacji dotyczących przedsiębiorstwa, wykonawca dołączył wyciąg z Polityki bezpieczeństwa informacji. Dodatkowo, Sutar Sp. z o.o. do sporządzonej na potrzeby złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty, dołączył oświadczenie przedstawiciela producenta zaoferowanych urządzeń (które również zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). W przedmiotowym oświadczeniu, przedstawiciel producenta potwierdził, iż cena urządzeń została skalkulowana na specjalnych warunkach we współpracy z tym przedstawicielem, jak również wskazał, iż informacje o współpracy między Sutar Sp. z o.o., a tym przedstawicielem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tegoż przedstawiciela i nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim, bez jego zgody. Tym samym, obydwaj wykonawcy w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwrócili uwagę na indywidualne uwarunkowania dostępne tylko dla nich, zatem nie były one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, co wypełniło przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa określoną w art. 11 ust. 2 uznk.

Zatem Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny i oddaliła odwołanie w części dotyczącej powyższego zarzutu.

KIO 3177/23

Zarzut: 2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eskom IT Sp. z o.o. pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie nie podania w tabeli nr 2 formularza oferty producenta, modelu i numeru katalogowego urządzeń i oprogramowania wchodzących w skład kompleksowego rozwiązania

i

KIO 3182/23

Zarzut: W pkt V. naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Eskom IT Sp. z o.o., mimo że treść oferty Eskom IT Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia

- w ocenie Izby kluczowe znaczenie w kontekście rozstrzygnięcia co do zasadności powyższych zarzutów ma treść SWZ, w której Zamawiający wymagał, aby w Formularzu oferty wykonawcy wskazali nie tylko cenę za 2 sztuki kompleksowych rozwiązań obiektowej pamięci masowej, ale aby również złożyli wykaz Urządzeń i Oprogramowania (rozumianego jako Oprogramowanie zapewniające zgodność Urządzeń z wymogami OPZ, obejmujące możliwość zainstalowania wszystkich bieżących i nowych wersji Aktualizacji Oprogramowania udostępnianych przez producenta oraz wszystkie elementy, w tym licencje przewidziane przez producenta dla prawidłowego korzystania z tego Oprogramowania), składających się na każde pojedyncze kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, iż wykaz ten miał charakter informacyjny i służył Zamawiającemu do podsumowania elementów, w tym przynależności dodatkowych, wymaganych dla zapewnienia funkcjonalności kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej, wynikających ze złożonych przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych, bowiem na podstawie art. 107 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych

na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w Rozdziale II SWZ – Opisie przedmiotu zamówienia. Nie mogą wykonawcy domyślać się intencji Zamawiającego, że nie chodziło mu to, aby wykonawcy w Formularzu oferty wpisywali wszystkie elementy składające się na kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej, ale wyłącznie te, które stanowią główne elementy rozwiązania i jakie to są główne elementy rozwiązania. Nie mało znaczenia w ocenie Izby, czy dokonana przez Zamawiającego analiza oferty złożonej przez Eskom IT Sp. z o.o. oraz dołączonych do niej przedmiotowych środków dowodowych, w szczególności pkt 7.1.1. oraz pkt 7.1.8. załącznika nr 5 do Formularza oferty, a także dokumentu pod nazwą „h13117-emc-ecs-appliance-ss” oraz dokumentów znajdujących się pod linkiem <https://infohub.delltechnologies.com//ecs-overview-and-architecture/appliance-networking->

3/ oraz pod linkiem <https://infohub.delltechnologies.com/l/dell-ecs-highavailability-design/ecs-node-failure-2>, wskazywała, iż Eskom IT Sp. z o.o. zaoferował dostawę Kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej (występującego pod nazwą ECS EX500 NEW SOLUTION), którego architektura (w odróżnieniu od klasycznej macierzy dyskowej) składa się z wielu następujących węzłów dostarczanych wraz z urządzeniami sieciowymi:

1) 5 węzłów (nodów, model EX500) storage;

2) 2 przełączników (switchy, model S5248F) front-end;

3) 2 przełączników (switchy, model S5248F) back-end, bowiem dokumenty te nie pozwalały przyjąć, iż wykonawca w tabeli nr 2 Formularza oferty nie był zobowiązany wskazać

na urządzenia i oprogramowania. Zamawiający wskazywał w toku postępowania odwoławczego, że w przypadku oferty najkorzystniejszej komponent systemu pamięci masowej ma wbudowane, nierozdzielnie zintegrowane z w/w podkomponentami oprogramowanie, które jest dedykowane tego rodzaju komponentowi i nie może być wykorzystywane w innych urządzeniach czy rozwiązaniach (brak jest bowiem możliwości jego wyodrębnienia dla innego sprzętu). Nie ma znaczenia w ocenie Izby czy zaoferowany przez wykonawcę komponent systemu pamięci masowej występujący pod nazwą ECS EX500 NEW SOLUTION stanowi zintegrowane rozwiązanie „pod klucz”, które łączy w sobie oprogramowanie i wymienione wyżej części składowe. W ocenie Izby wskazane powyżej dokumenty czytane łącznie nie pozwalają na dokładne określenie, jakie części składowe mieszczą się w ramach kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej.

Z dokumentów tych nie wynika bowiem nazwa producenta oprogramowania w ramach dostarczanego kompleksowego rozwiązania obiektowej pamięci masowej. Tym samym, Zamawiający, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego HUB4 Sp. z o.o., nie uzyskał wiedzy

z jakich elementów składa się zaoferowane przez Eskom IT Sp. z o.o. kompleksowe rozwiązanie obiektowej pamięci masowej i czy te elementy spełniają wymagania Zamawiającego ustalone dla przedmiotu zamówienia w Rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący HUB4 Sp. z o.o. nie postawił na stronie 2 odwołania w zarzutach odwołania zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawę innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a jedynie na stronie 10 odwołania (w uzasadnieniu) podniósł jako „problem wtórny” wobec zasadniczego uchybienia wykonawcy, a zatem w tym zakresie Izba nie orzekła, będąc związana zakresem zarzutów odwołania zgodnie z art. 555 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający naruszył zarzucane mu przepisy postępowania, gdyż dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, której treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia, wynikającymi wprost z SWZ – rozdziału IV SWZ w związku z rozdziałem II pkt 3 OPZ – w formularzu oferty w tabeli nr 2 wykonawca Eskom IT Sp. z o.o. podał w szczególności nazwę oferowanego rozwiązania „ECS EX500 New Solution”, producenta i model: „Dell ECS EX500 New Solution”, numer katalogowy produktu: „M-PSM-SW-I-002”; nie podał danych oprogramowania, które powinien był podać, a zatem z oferty wykonawcy nie wynika jakie oprogramowanie oferuje. Nie było sporne, że zgodnie z SWZ wykonawca mógł zaproponować kompleksowe rozwiązanie jako przedmiot zamówienia, jednak co także nie ulega wątpliwości wobec literalnego brzmienia SWZ, wykonawca miał obowiązek wyspecyfikowania poszczególnych urządzeń i oprogramowania, wchodzących w skład zaproponowanego rozwiązania. SWZ nie zawierała bowiem wyłączenia obowiązku wyspecyfikowania urządzeń

i oprogramowania w przypadku proponowania kompleksowego rozwiązania. Nie może Zamawiający także domniemywać, że przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone

w SWZ. Izba zauważa, że skoro w tabeli nr 2 w formularzu oferty należało wykazać oferowane urządzenia oraz oprogramowania (w szczególności nazwę, producenta i model), to w braku wykazania, nie może Zamawiający jednoznacznie stwierdzić spełnienia wymagania przez siebie postawionego w SWZ (Izba zauważa także, że jak wynika z dokumentacji zamówienia, przekazanej przez Zamawiającego, a w szczególności pkt 7.1.8 Rozdział II SWZ: „Urządzenia jak i ich Oprogramowanie, fabrycznie muszą stanowić jedną całość i nie mogą składać się

z technologii dwóch różnych producentów.” w zw. z pkt 6 Rozdziału I SWZ). Na rozprawie Zamawiający przyznał, iż wiedzę na temat oprogramowania powziął z wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zaś z załącznika nr 5 do formularza oferty nie wynika jakie zaoferowano oprogramowanie. Izba podziela stanowisko Odwołującego HUB4 Sp. z o.o., iż to w ofercie wykonawcy wykazuje, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SWZ, przy czym zauważa, że załączniki do oferty również stanowią część oferty. Tymczasem nie wynika ani z oferty ani z załączników do oferty (załącznika nr 5) jakie oprogramowanie zostało zaoferowane Zamawiającemu. W ocenie Izby nawet z wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny nie wynika jakiego producenta oprogramowanie zostało zaproponowane Zamawiającemu. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny natomiast nie stanowią części oferty, a służą ocenie oferty. Nadto należy wziąć pod uwagę, że wykonawca nie może swoimi czynnościami po upływie terminu składania ofert w okresie związania

ofertą zmieniać (uzupełniać) treści oferty, z tych względów nie można uznać, że jakkolwiek informacja o oprogramowaniu w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny może uzupełnić brak w tym zakresie w ofercie. Zatem Izba uznała powyższe zarzuty za zasadne i uwzględniła odwołania w części dotyczącej powyższych zarzutów. Nakazała dokonanie czynności Zamawiającemu w związku z powyższym odpowiednio jak w sentencji.

KIO 3182/23

Zarzuty: W pkt V:

a) zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 poprzez brak podania szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego ewentualnie

i b) zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia.

- w ocenie Izby Zamawiający przedstawił w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13.10.2023 r. szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający, zgodnie z pkt 6.1. Rozdziału I SWZ, żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w Rozdziale II SWZ – Opisie Przedmiotu Zamówienia w stosunku do kompleksowego rozwiązania masowej pamięci obiektowej, zwanego dalej „Rozwiązaniem”. Zamawiający zgodnie z ppkt 6.1.1. oraz ppkt 6.1.3. Rozdziału I SWZ, na potwierdzenie powyższego, wymagał złożenia Wykazu parametrów oferowanych lub opisu spełniania wymagań zawartych w OPZ (według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do Formularza oferty), zwanego dalej „Wykazem” oraz wskazania w tym Wykazie miejsca

w dokumentacji (publicznie i powszechnie dostępnej na stronach WWW producenta) urządzenia/oprogramowania, w którym znajduje się potwierdzenie spełnienia danego wymagania (nazwa dokumentu, numer strony dokumentu, pkt, etc. oraz adres strony WWW pod którym dokument jest opublikowany, a także publicznie i powszechnie dostępny bez konieczności logowania). W przypadku jeśli wskazanie opisanego wyżej miejsca nie byłoby możliwe lub nie byłoby wystarczające, Wykonawca wówczas powinien opisać sposób spełnienia danego wymagania odnoszącego się do Rozwiązania, dołączając inne przedmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia danego wymagania (np. zrzut ekranu konfiguracji/testu, karta katalogowa, specyfikacja techniczna, dokumentacja licencyjna, dokumentacja oprogramowania) lub przedstawić oświadczenie producenta urządzenia/oprogramowania, z którego wynika sposób spełnienia danego wymagania. Wykonawca wraz z ofertą złożył Wykaz, w którym we wszystkich pozycjach przywołał „Załącznik do oferty – Oświadczenie producenta”, mające stanowić potwierdzenie spełnienia tych wymogów w stosunku do Rozwiązania wskazanego w ofercie Wykonawcy. Analiza treści powyższego oświadczenia złożonego przez producenta HUAWEI POLSKA sp. z o.o. wykazała, iż oświadczenie jedynie potwierdza, że oferowane Rozwiązanie spełnia wymagania OPZ, natomiast nie wskazuje, wymaganego przez Zamawiającego w pkt. 6.1.3. Rozdziału I SWZ, sposobu spełniania wymagań wynikających z OPZ przez to konkretne Rozwiązanie oferowane przez Wykonawcę. Tak złożone przez Wykonawcę oświadczenie producenta nie pozwalało Zamawiającemu na dokonanie oceny czy parametry zaoferowanego Rozwiązania spełniają wymagania OPZ. Zamawiający w dniu 30.08.2023 r. wezwał Wykonawcę, w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, powołując się na pkt. 6.1.3 Rozdziału I SWZ, z literalnego brzmienia którego to punktu wynikało,

iż oświadczenie producenta może zostać złożone wraz z ofertą wyłącznie w przypadku,

gdy nie jest możliwe lub nie jest wystarczające wskazanie miejsca w dokumentacji urządzenia/oprogramowania, w którym znajduje się potwierdzenie spełnienia danego wymagania (nazwa dokumentu, numer strony dokumentu, pkt, etc. oraz adres strony WWW pod którym dokument jest opublikowany, a także publicznie i powszechnie dostępny bez konieczności logowania). Zamawiający w wezwaniu podkreślił ponadto, że z oświadczenia producenta musi wynikać sposób spełnienia danego wymagania, a nie wyłącznie potwierdzenie jego spełnienia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca

w dniu 05.09.2023 r. uzupełnił Wykaz, wskazując w części pozycji tego Wykazu jako potwierdzenie spełniania wymagań OPZ, zrzuty konfiguracji, adresy stron www oraz ponownie wskazując oświadczenie producenta dotyczące pozycji, w których wskazanie miejsca

w ogólnodostępnej dokumentacji oraz zrobienie zrzutu z konfiguracji było niemożliwe lub niewystarczające – jak zaznaczył Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający oceniając uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe uznał, iż przedłożone przez Wykonawcę zrzuty konfiguracji, adresy stron www zawierają informacje potwierdzające sposób spełnienia wymagań wynikających z OPZ przez oferowane przez Wykonawcę Rozwiązanie. Odnosząc się natomiast do załączonego do Wykazu zaktualizowanego oświadczenie producenta HUAWEI POLSKA sp. z o.o., Zamawiający uznaje, iż nadal

to oświadczenie nie potwierdza spełniania wymogów i parametrów wynikających z OPZ przez Rozwiązanie wskazane w ofercie Wykonawcy. Z treści ponownie przedłożonego oświadczenia wynika wyłącznie potwierdzenie, że oferowane przez Wykonawcę Rozwiązanie spełnia wymagania OPZ, które zostały przekopiowane do treści oświadczenia, zamiast wskazania konkretnego sposobu ich spełniania poprzez podanie odpowiednich parametrów. Wykonawca co prawda podał parametry Rozwiązania w Wykazie, natomiast nie spełnia to wymagań zawartych w pkt. 6.1.3. Rozdziału I SWZ, z którego jasno wynika, iż parametry podane przez Wykonawcę w Wykazie wymagają potwierdzenia w dokumentacji urządzenia/oprogramowania lub alternatywnie, w przypadku gdy uzyskanie takiej dokumentacji nie jest możliwe lub jest ona niewystarczająca, w oświadczeniu producenta, przy czym w przypadku złożenia oświadczenia producenta, powinno ono nie tylko potwierdzać spełnianie przez Rozwiązanie, parametrów wskazanych w OPZ, ale również powinno ono określać sposób spełnienia tych wymagań. Katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym pod warunkiem spełnienia przez nie roli określonej w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp. To od Zamawiającego zależy jaki przedmiotowy środek dowodowy przewodzi

i określi w postępowaniu w celu oceny zgodności przedmiotu zamówienia z jego wymaganiami. Zgodnie bowiem z przepisem art. 106 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 ustawy Pzp, przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający

w postępowaniu, jak już wyżej wskazano, określił rodzaje przedmiotowych środków dowodowych w pkt 6 Rozdziału I SWZ. Zgodnie z literalną wykładnią postanowień z pkt 6.1. Rozdziału I SWZ, Wykonawca był uprawniony do przedłożenia, jako przedmiotowego środka dowodowego, oświadczenia producenta wyłącznie, w sytuacji gdy niemożliwym było złożenie innych przedmiotowych środków dowodowych stanowiących dokumentację Rozwiązania.

Z tych względów, tj. złożenia oświadczenia producenta HUAWEI POLSKA sp. z o.o. w sposób niezgodny z Rozdziałem SWZ i ustanowionymi przez Zamawiającego wymaganiami wobec przedmiotowych środków dowodowych, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jako ofertę niezgodną z warunkami zamówienia należy kwalifikować ofertę, która nie odpowiada ustanowionym przez Zamawiającego warunkom w dokumentach zamówienia. Dostrzeżenia wymaga, że przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z definicji warunków zamówienia, a także obligatoryjnych elementów SWZ wynika, że oprócz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i jego realizacji (merytorycznych), określone są również wymagania proceduralne (formalne), dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia.

Jak już wyżej wskazano, Zamawiający w dokumentach zamówienia, tj. w Rozdziale I SWZ określił wymagania proceduralne w stosunku do przedmiotowych środków dowodowych. Wykonawca w sposób nieuprawniony dokonał interpretacji wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca, co oznacza, że Zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego

w SWZ i po otwarciu ofert Zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić.

Złożenie przez Wykonawcę wraz z ofertą, przedmiotowych środków dowodowych a następnie ich uzupełnienie, w sposób niezgodny z wymogami formalnymi Zamawiającego, stanowi okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty Wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia.”.

Oferta wykonawcy podlegała zatem odrzuceniu z uwagi na niewykazanie sposobu spełnienia wymagań przez wykonawcę. Samo przekopiowanie wymagań OPZ do treści oświadczenia producenta bez wskazania konkretnych parametrów bądź sposobu ich spełniania nie było wystarczające do spełnienia wymogów SWZ. Tak złożone przez wykonawcę oświadczenie producenta nie pozwalało Zamawiającemu na dokonanie oceny czy parametry zaoferowanego rozwiązania spełniają wymagania OPZ. W ocenie Izby wymogi SWZ w przedmiotowym zakresie (wskazane w powyższej informacji) były jasne, Odwołujący wiedział jakie dokumenty powinien złożyć w postępowaniu, a gdyby to nie było dla niego jasne mógł na odpowiednim etapie postępowania wnosić o wyjaśnienie SWZ, a zatem nie może obecnie Odwołujący przenosić skutku braku należytej staranności w przygotowaniu oferty na Zamawiającego.

Zatem Izba uznała powyższe zarzuty za niezasadne i oddaliła odwołanie w części dotyczącej powyższych zarzutów.

Mając powyższe na względzie, Izba nakazała powyższe w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3177/23 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2

lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 18.600,00 zł). Do rozpoznania Izba skierowała 2 zarzuty, a więc koszty każdej ze Stron wobec uwzględnienia jednego z dwóch zarzutów i oddalenia jednego z dwóch zarzutów wynosiły po 9.300,00 zł. Zarzut z pkt 2 odwołania został uwzględniony, dlatego też Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9.300,00 zł stanowiącą 1/2 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (18.600,00 zł x 1/2), na podstawie faktury VAT przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3182/23 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 18.600,00 zł). Do rozpoznania Izba skierowała 3 zarzuty, uwzględniła jeden z trzech zarzutów i oddaliła dwa z trzech zarzutów. Zarzut z pkt V odwołania został uwzględniony, dlatego też Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6.200,00 zł stanowiącą 1/3 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (18.600,00 zł x 1/3), na podstawie faktury VAT przedłożonej przez Odwołującego drogą elektroniczną.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....