

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Członkowie: Mateusz Paczkowski

B.P.

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 lipca 2025 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 czerwca 2025 roku przez Odwołujących:

- Tameshi Investment sp. z o.o. (ul. Henryka Sienkiewicza 59, 90-009 Łódź),

- Apex.IT sp. z o.o. (ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Ministerstwo Rozwoju i Technologii (Plac Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa)

przy udziale Wykonawcy Apex.IT sp. z o.o. (ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2193/25 po stronie Odwołującego,

przy udziale Wykonawcy Tameshi Investment sp. z o.o. (ul. Henryka Sienkiewicza 59, 90-009 Łódź) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2236/25 po stronie Odwołującego

przy udziale Wykonawcy Polcom ITS sp. z o.o. I Wspólnicy sp.k. (ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina) zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2193/25 i 2236/25 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących:

- Tameshi Investment sp. z o.o. (ul. Henryka Sienkiewicza 59, 90-009 Łódź) w sprawie o sygn. akt KIO 2193/25,

- Apex.IT sp. z o.o. (ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa) w sprawie o sygn. akt KIO 2236/25 i

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Tameshi Investment sp. z o.o. (ul. Henryka Sienkiewicza 59, 90-009 Łódź) tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 2193/25,

- kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Apex.IT sp. z o.o. (ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 2236/25,

- kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2193/25,

- kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2236/25,

3.1. zasądza od Odwołującego Tameshi Investment sp. z o.o. (ul. Henryka Sienkiewicza 59, 90-009 Łódź) na rzecz Zamawiającego Ministerstwo Rozwoju i Technologii (Plac Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2193/25,

3.2. zasądza od Odwołującego Apex.IT sp. z o.o. (ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa) na rzecz Zamawiającego Ministerstwo Rozwoju i Technologii (Plac Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2236/25.

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

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....

przedmiotem pn. „Usługa chmury obliczeniowej na potrzeby systemu teleinformatycznego CEIDG, Hurtowni danych w modelu PaaS oraz na potrzeby systemu w modelu IaaS”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 10 stycznia 2025 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S: 7/2025 pod numerem: 18067-2025.

Odwołujący TAMESHI INYESTMENT sp. z o.o. wniósł odwołanie od:

1) czynności wyboru oferty POLCOM ITS Spółka z o.o. i wspólnicy - sp. k. jako najkorzystniejszej;
2) zaniechania czynności odrzucenia oferty POLCOM ITS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, jako niezgodnej z warunkami zamówienia pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty POLCOM ITS jako niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ), pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy POLCOM ITS, jako najkorzystniejszej; odrzucenia oferty POLCOM ITS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ); powtórzenie czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty POLCOM ITS.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niesłusznie nie odrzucił oferty POLCOM ITS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, jako niezgodnej z warunkami zamówienia pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest wprost i jednoznacznie sprzeczna z wymaganiami określonymi w SWZ.

Zamawiający w treści OPZ stanowiącej Załącznik nr 3 do SWZ określił w stosunku do Wymagań w zakresie warstw przechowywania danych (WWD) następujące wymaganie:

WWD-9 Zamawiający wymaga, aby dostarczona usługa chmurowa była natywnie obsługiwana przez posiadane przez Zamawiającego oprogramowania do kopii zapasowych Comnwall Backup & Recovery. Oprogramowanie jest zainstalowane w Lokalizacji Zamawiającego i jest zarządzane przez administratorów Zamawiającego.

Na potwierdzenie zaoferowania usługi zgodnie z warunkami zamówienia Zamawiający wymagał w 2.7.2 SWZ, aby oferta zawierała Formularz Ofertowy (FO) wraz z załącznikiem tj. „Formularzem Technicznym” - dokumenty składane w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną, o której mowa w pkt 1.4.2) SWZ wraz z wymaganymi załącznikami, sporządzone i wypełnione według wzoru.

Wykonawca POLCOM ITS wypełnił wymagane dokumenty.

Odwołujący wskazał, że: „O ile zatem Zamawiający wymagał: „Oprogramowanie jest zainstalowane w Lokalizacji Zamawiającego i jest zarządzane przez administratorów Zamawiającego” to POLCOM ITS wprost zaoferował rozwiązanie: „Bazy danych udostępnione Zamawiającemu zarówno te komercyjne (MS SQL) jak i opensource (np. MariaDB) będą zarządzane przez zespół Wykonawcy czyli zgodnie z modelem PaaS”.

Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający wymagał, aby oprogramowanie było zarządzane przez administratorów Zamawiającego, a POLCOM ITS zaoferował usługę, w której zarządza nim zespół POLCOM ITS, to treść oferty POLCOM ITS jest wprost i jednoznacznie sprzeczna z warunkami zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Wykonawca POLCOM ITS wpisał w Formularzu Technicznym: „Wykonawca będzie przekazywał pełną kopię zapasową wykonywaną w ramach usługi na nośnik udostępniony przez Zamawiającego wraz z procedurą odtworzenia zawartych na nim danych.” Jak podniósł Odwołujący, Zamawiający wymagał jednak, by usługa backup tj. kopii zapasowej danych była wykonywana w ramach środowiska informatycznego dla rozwiązań oferowanych przez Comnwall Backup & Recovery. Tymczasem oferowana przez POLCOM ITS usługa nie umożliwia powiązanie oprogramowania Comnwall Backup & Recovery z oprogramowaniem IBM Spectrum Protect, ponieważ usługa i rozwiązania oferowane przez POLCOM ITS mają całkowicie nieprzystosowane rozwiązania informatyczne i zastosowane oprogramowanie. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w konsekwencji nie będzie mógł tworzyć i odzyskiwać danych w sposób zautomatyzowany przy wykorzystaniu oprogramowania Comnwall Backup & Recovery. W tym celu będzie Zamawiający zmuszony do korzystania osobnego nośnika danych, co jest niezgodne z SWZ.

W ocenie Odwołującego, oferta POLCOM ITS podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący Apex.IT sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów tj.:

- art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne jego niezastosowanie oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez POLCOM ITS, gdy tymczasem oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, co wynika wprost z treści Formularza Technicznego złożonego przez tego wykonawcę, z którego wynika, że POLCOM ITS przewidział rozwiązania w zakresie dotyczącym realizacji usługi związanej z przechowywaniem danych w sposób wprost niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia sporządzonego przez

Zamawiającego;

- art. 224 ust. 1 i 2 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLCOM ITS z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że: POLCOM ITS w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (nie obalił więc domniemania rażąco niskiej ceny); cena ofertowa POLCOM ITS nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego;

- art. 239 ust. 1 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne uznanie, że oferta złożona przez POLCOM ITS jest zgodna z warunkami zamówienia w konsekwencji, dokonanie wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę (co potwierdziła treść Formularza Technicznego oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny udzielone przez rzeczonoego wykonawcę);

a w konsekwencji powyższego:

- art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie niniejszego Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; - uznania, że oferta złożona przez POLCOM ITS jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę;

- odrzucenia oferty POLCOMITS;

- podjęcia dalszych czynności w Postępowaniu, w tym dokonania ponownego badania i oceny ofert, z pominięciem oferty złożonej przez POLCOMITS.

Zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy POLCOMITS jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z wymaganiem WWD9, Zamawiający wymagał, aby dostarczona usługa chmurowa była natywnie obsługiwana przez posiadane przez Zamawiającego oprogramowania do kopii zapasowych Commvault Backup & Recovery. Oprogramowanie jest zainstalowane w Lokalizacji Zamawiającego i jest zarządzane przez administratorów Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, z treści opisu znajdującego się w formularzu Wykonawcy Polcom ITS, że zaproponowane rozwiązanie IBM Spectrum Protect będzie zarządzane przez zespół Wykonawcy - zgodnie z modelem Paas. W oświadczeniu POLCOM ITS co do sposobu wykonania zadania pojawia się jednoznaczna oraz niebudząca wątpliwości niezgodność z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w treści OPZ. Odwołujący dokonał porównania – Wskazał, że Zamawiający wymagał, aby dostarczona usługa chmurowa była natywnie obsługiwana przez posiadane przez Zamawiającego oprogramowania do kopii zapasowych Commvault Backup & Recovery. Oprogramowanie jest zainstalowane w Lokalizacji Zamawiającego i jest zarządzane przez administratorów Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że z treści formularza Wykonawcy wynika, że usługa backup będzie oparta o IBM Spectrum Protect oraz będzie zarządzana przez zespół Wykonawcy czyli zgodnie z modelem PaaS.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca POLCOM ITS wprost oświadczył, że zamierza zarządzać usługą Backup As A Service w modelu PaaS korzystając z oprogramowania IBM Spectrum Protect, które nie daje możliwości natywnej obsługi za pomocą oprogramowania Commvault Backup & Recovery, odbierając tym samym Zamawiającemu uprawnieni a w tym zakresie.

W dalszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że rozwiązanie zaproponowane przez POLCOM ITS w treści punkt 1C Formularza Technicznego nie zapewni natywnej obsługi z rozwiązaniami informatycznymi (oprogramowaniem) Zamawiającego. Zgodnie z informacjami otrzymanymi przez Odwołującego od Commvault Systems (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przyjęte przez POLCOM ITS rozwiązania techniczne i technologiczne nie umożliwiają powiązania oprogramowania Commvault Backup & Recovery z oprogramowaniem IBM Spectrum Protect zarówno obecnie jak i w przyszłości, m.in. z uwagi na brak integracji na poziomie systemowych oraz aplikacyjnym, brak natywnych konektorów ani oficjalnie wspieranych interfejsów, a także brak wspólnego katalogu backupów oraz jednolitej polityki odzyskiwania danych, brak centralnego mechanizmu sterowania backupami i odzyskiwania danych. Zdaniem Odwołującego, oznacza to, że użytkownik (a więc w tym wypadku Zamawiający) nie będzie mógł tworzyć i odzyskiwać danych w sposób zautomatyzowany - natywny (za pośrednictwem oprogramowania Commvault Backup & Recovery), bez konieczności korzystania z odrębnych nośników danych (tj. bez konieczności tworzenia backupu danych na odrębnym dysku wymiennym lub innym nośniku danych, który musi zostać utworzony przez użytkownika IBM Spectrum Protect w sposób manualny - w tym stanie faktycznym przez PROCOMITS).

Zdaniem Odwołującego, niezgodność z warunkami zamówienia potwierdza zaś oświadczenie złożone przez POLCOM

ITS w treści Formularza Technicznego, z którego wynika, że „Wykonawca będzie przekazywał pełną kopię zapasową wykonywaną w ramach usługi na nośnik udostępniony przez Zamawiającego wraz z procedurą odtworzenia zawartych na nim danych.”, gdy tymczasem Zamawiający wymagał, aby usługa tworzenia backupu (tj. kopii ratunkowej danych) odbywała się w warunkach właściwych środowisku informatycznemu dla rozwiązań oferowanych przez Commvault Backup & Recovery. W ocenie Odwołującego, Wykonawca POLCOM ITS oświadczył, że w zakresie przechowywania danych będzie stosował rozwiązania odmienne od tych przyjętych i pożądanym przez Zamawiającego.

Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika, że oferta złożona przez Wykonawcę POLCOM ITS jest niezgodna z warunkami zamówienia sypizowanymi przez Zamawiającego i jako taka winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego wycena zakresu zamówienia, które ma zostać zrealizowane przez Wykonawcę POLCOM ITS na rzecz Zamawiającego, została przygotowana w sposób, który nie pozwala na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny. Cena za realizację przyszłego świadczenia ma charakter rażąco niski.

Różnica pomiędzy ceną oferty POLCOM ITS, a średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu wynosi 55,85 procent. Cena ofertowa zaproponowana przez POLCOM ITS jest więc o ponad połowę niższa niż reszty stawki, która ubiega się o uzyskanie zamówienia.

W treści Wyjaśnień RNC wskazano, że: „Usługi objęte przedmiotem niniejszego postępowania świadczone będą w oparciu o infrastrukturę opartą na klastrze serwerów, w celu zapewnienia stosownej wielkości mocy obliczeniowej oraz macierzy, zapewniającej odpowiednie zasoby pamięci dyskowej, wykorzystywanej na zasadzie współdzielenia zasobów. W odniesieniu do fizycznej infrastruktury, której posiadanie jest niezbędne do świadczenia usług. Wykonawca posiada dwa wysokiej klasy centra przetwarzania danych, w których zbudował klastry niezawodnościowe serwerów współdzielonych oraz pozostałą infrastrukturę Należy tu wskazać na specyficzne dla Wykonawcy czynniki ograniczające koszty, wynikające z podejmowanych przez niego działań i uzyskanego dofinansowania”

Wykonawca wskazał także, że realizował lub realizuje projekty dofinansowane ze środków Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka oraz Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego, których przedmiotem jest wdrożenie innowacyjnej infrastruktury i zwiększenie efektywności jej działania.

Odwołujący wskazał, że powyższa infrastruktura miała zostać pozyskana przez POLCOM ITS w ramach projektów (w tym tych dofinansowanych ze środków wspólnotowych) realizowanych w latach 2007-2013. Powoływanie się na potencjał sprzętowy z ubiegłej dekady nie może w żadnym wypadku zostać ocenione przez Zamawiającego w pozytywny sposób.

Jak wyjaśnił Odwołujący, serwery zaproponowane przez POLCOM ITS musiałyby zostać zakupione po grudniu 2023 roku. Firma POLCOM ITS (z oczywistych względów) nie mogła nabyć serwerów wymaganych przez Zamawiającego w latach 2007-2013. Oznacza to, że okoliczność uzyskania i skorzystania ze wsparcia w ramach programów pomocowych nie jest czynnikiem pozwalającym na obniżenie ceny ofertowej - w tym zakresie Wyjaśnienia RNC udzielone przez POLCOM ITS są nierzetelne, nielogiczne i niespójne.

Odwołujący wskazał, że beneficjentem projektów współfinansowanych, o których mowa na wstępie Wyjaśnień RNC był Polcom Sp. z o.o. lub (ewentualnie) Polcom S.A. - a więc inne podmioty niż te wymienione w treści wyjaśnień. Wskazał także, że Wykonawca POLCOM ITS nie wykazał w treści Wyjaśnień RNC dysponowania potencjałem pozwalającym na aż tak znaczne obniżenie ceny oferty - w szczególności nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. W znaczącym stopniu podważa to wiarygodność tego wykonawcy, który mimo ciężących na nim obowiązków oparł swoje wyjaśnienia na gołosłownych twierdzeniach i zapewnieniach.

Odwołujący zwrócił uwagę na szereg kosztów, które składają się na infrastrukturę. W pierwszej kolejności, przedstawiając uzasadnienie wysokości cen zawartych w ofercie wskazał, że usługi objęte ofertą świadczone będą przez Polcom w oparciu o składniki materialne i niematerialne, składające się na infrastrukturę Polcom, którymi Wykonawca w dużej części już dysponuje, a zatem jedynie w pozostałej części będzie potrzebne dokonanie zakupów inwestycyjnych Ich zakres i wartość zostaną szczegółowo przedstawione w dalszej części niniejszych wyjaśnień oraz poparte stosownymi dowodami. Co za tym idzie, Polcom nie musi ponosić całościowych kosztów inwestycyjnych, związanych z zakupem wszystkich urządzeń dla uruchomienia usług wyspecyfikowanych w SWZ.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Wykonawca POLCOM ITS w żadnej mierze nie wykazał w jaki sposób stał się dysponentem ww. infrastruktury, jakie koszty ponosi w związku z jej eksploatacją oraz jakie są warunki jej eksploatacji.

Odwołujący zwrócił uwagę na łączny koszt stworzenia oraz utrzymania infrastruktury technicznej oraz informatycznej, o której mowa w części ogólnej wyjaśnień POLCOM ITS. Wartość zbudowania takiej infrastruktury można ocenić na przykładzie spółki Polcom Sp. z o.o., która w swoim sprawozdaniu rocznym za 2023 przedstawiła bilans zamknięcia na poziomie 165 mln złotych. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Wykonawca POLCOM ITS nie wykazał osiągnięcia znacznych oszczędności związanych z realizacją zamówienia, które miały rzekomo pozwolić mu na zaoferowanie tak korzystnej ceny ofertowej. Jak wskazał, wśród dowodów złożonych przez POLCOM ITS próżno bowiem szukać

choćby wzmianki o relacjach z innymi podmiotami (w tym członkami grupy kapitałowej), z której wynikałyby preferencyjne warunki związane z dysponowaniem potencjałem technicznym i sprzętowym.

Izba zważyła co następuje:

Odwolania nie zasługują na uwzględnienie.

Za bezzasadny został uznany zarzut podnoszony przez obu Odwołujących, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Polcom ITS jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo tego, że treść oferty tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak wskazali obaj Wykonawcy, Zamawiający oczekiwał przedstawienia informacji w zakresie oferowanego produktu. Wykonawca mógł w dowolny sposób opisać oferowane świadczenie.

Odniesienie się przez Wykonawcę Polcom ITS do różnych wymagań Zamawiającego w jednym punkcie formularza technicznego nie może oznaczać automatycznie niezgodności z treścią SWZ.

Odwolujący wskazali na trzy różne usługi, jednak ich zakres należało traktować oddzielnie - osobną usługę stanowiło wymaganie WWO 21, osobną WWD 9, a osobną WDR 2. Każde z tych wymagań zostało opisane przez Zamawiającego w innej części Formularza Technicznego.

Zgodnie z wymaganiem WWD 9: „Zamawiający wymaga, aby dostarczona usługa chmurowa była natywnie obsługiwana przez posiadane przez Zamawiającego oprogramowania do kopii zapasowych Commvault Backup & Recovery. Oprogramowanie jest zainstalowane w Lokalizacji Zamawiającego i jest zarządzane przez administratorów Zamawiającego”.

Z dokumentacji postępowania wynika, że oprogramowanie Commvault Backup & Recovery jest oprogramowaniem wykorzystywanym przez Zamawiającego i zainstalowanym u Zamawiającego. Oznacza to, że Wykonawca nie jest zobowiązany do instalowania tego oprogramowania, zarządzania nim.

Natomiast inne wymaganie Zamawiającego WDR 2 brzmiało: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przekazywał pełną kopię zapasową wykonywaną w ramach usług na nośnik udostępniony przez Zamawiającego wraz z procedurą odtworzenia zawartych na nim danych. Format przekazanych musi być zostać uzgodniony z Zamawiającym. Przekazane dane wraz z procedurą muszą umożliwić odtworzenie danych z użyciem technologii VMware ESXi w wersji 7 lub wyższej oraz oprogramowania Commvault Backup & Recovery”.

W treści formularza Technicznego Wykonawca Polcom ITS wskazał na zaoferowanie tej usługi (na co także zwrócił uwagę Odwołujący Thameshi Investment sp. z o.o. – str. 6 ostatni akapit odwołania).

Wymaganie Zamawiającego odnosiło się do tego, że wykonawca ma wykonywać dodatkową kopię i przekazać ją Zamawiającemu. Kopia ta ma być tak zapisana, by można ją było odtworzyć za pomocą posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania Commvault. Odwołujący nie wykazali, aby nie było możliwe spełnienie tego wymagania.

W treści formularza Technicznego Wykonawca Polcom ITS wpisał, że: „Bazy danych udostępnione Zamawiającemu zarówno te komercyjne (MS SQL) jak i opensource (np. MariaDB) będą zarządzane przez zespół Wykonawcy czyli zgodnie z modelem PaaS”. Jak wyjaśnił, opis ten odnosi się do wymagania Zamawiającego opisanego w punkcie WWO 17 i nie można uznać, że intencją Wykonawcy było odwołanie się w tym zakresie do wymagania opisanego w ramach punktu WWD 9.

W ocenie Izby, odniesienie się przez Wykonawcę Polcom ITS do różnych wymagań Zamawiającego w jednym punkcie formularza technicznego nie może stanowić podstawy do stwierdzenia niezgodności z treścią SWZ - Odwołujący nie wykazali w sposób nie budzący wątpliwości, że ww. opis referuje do wymagania WWD 9, a argumentacja przedstawiona przez Wykonawcę Polcom ITS jest spójna i racjonalna. Wobec braku jasnego określenia zarówno w ofercie, jak i wobec braku sprecyzowania wymagań Zamawiającego w tym zakresie co do zawartości opisu w pkt 10 oferty (do jakich wymagań opis powinien referować), nie sposób przypisać niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, która byłaby oczywista i nie budziła wątpliwości.

Odwolujący nie wykazali, aby nie było możliwe zrealizowanie wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności przez oferowaną przez Wykonawcę Polcom ITS usługę. Wykonawca Polcom ITS przedstawił informację, że oferowane przez niego rozwiązanie zakłada wykonanie kopii danych z wykorzystaniem jego oprogramowania – tj. IBM Spectrum Protect, a następnie import tych danych do oprogramowania Zamawiającego Commvault Backup & Recovery. Wykonawca Polcom ITS przedstawił w treści pisma procesowego wyciąg z dokumentacji Commvault umieszczonej na stronie internetowej, z której wynika, że: „Za pomocą aplikacji Data Import możesz importować zadania kopii zapasowej systemu plików i VMware do Commvault. Zadania kopii zapasowej są przywracane jako pliki z klienta IBM Spectrum Protect i umieszczane na węźle dostępu do danych (klient przejściowy) w celu inicjowania kopii zapasowych w pamięci masowej Commvault. Aplikacja używa poleceń IBM Spectrum Protect do pobierania klientów, zasad i zadań tworzenia kopii zapasowych z IBM Spectrum Protect i wypełnia bazę danych konfiguracji. Następnie z Command Center możesz wybrać zadania, które chcesz zaimportować do pamięci masowej Commvault. Aplikacja odzyskuje wybrane zadania tworzenia kopii

zapasowych na podstawie parametrów, takich jak zadania równoległe i węzły dostępu do danych. Odzyskane dane są następnie kopiowane zapasowo do pamięci masowej Commvault przy użyciu skonfigurowanych planów tworzenia kopii zapasowych i węzłów dostępu do danych. Całkowita wydajność operacji importu danych zależy od wielu czynników środowiskowych, takich jak przepustowość przywracania z IBM Spectrum Protect, wydajność tworzenia kopii zapasowych, podłączona pamięć masowa i zasoby. Po zakończeniu zadania tworzenia kopii zapasowej obszar przejściowy jest czyszczony, aby można było ponownie wykonać lub zaimportować to samo zadanie IBM Spectrum Protect, jeśli wcześniejsze zadanie tworzenia kopii zapasowej nie zostało pomyślnie ukończone.”

Oznacza to, że nie można uznać, aby oferowana przez Wykonawcę Polcom ITS usługa nie umożliwiała powiązania oprogramowania Commvault Backup & Recovery z oprogramowaniem IBM Spectrum Protect. Dokumentacja przedstawiona przez Wykonawcę Polcom ITS zaprzecza tezie Odwoływających. Wskazuje natomiast, że Zamawiający będzie mógł tworzyć i odzyskiwać dane przy wykorzystaniu oprogramowania Commvault Backup & Recovery.

Odwoływający powoływali się na notę, którą także zamieścił w piśmie procesowym Wykonawca Polcom ITS. Nota została sformułowana w języku angielskim i żaden z Odwoływających nie przedstawił jej pisemnego tłumaczenia na język polski. Żaden z Odwoływających nie wykazał, aby nota w języku angielskim jednoznacznie wskazywała na brak możliwości uzyskania wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności (opisanej powyżej).

Odwoływający Apex.IT sp. z o.o. złożył jako dowód pismo zatytułowane: „Oświadczenie producenta”. Pismo zostało podpisane przez Panią.D. – Channel Manager Poland. Treść tego pisma wskazuje na okoliczność, że oprogramowanie Commvault Backup & Recovery nie oferuje wsparcia dla natywnej integracji z oprogramowaniem IBM Spectrum Protect.

W ocenie Izby nie sposób przypisać wskazanej informacji pisemnej waloru dowodowego. Przede wszystkim oświadczenie zostało złożone przez Panią.D., – nie pochodzi zatem od producenta oprogramowania, a od osoby, która nie reprezentuje producenta. Podmiot, który został uwidoczniiony w treści pisma, nie jest producentem, wbrew tytułowi znajdującemu się w przedmiotowym piśmie: „oświadczenie producenta” i z tego powodu jest to oświadczenie wątpliwe.

Odwoływający nie wykazali, aby Pani D.W. była uprawniona do złożenia oświadczenia w imieniu producenta. Należy podkreślić, że poważne oświadczenia w istotnej sprawie, w ramach zarzutów skutkujących sankcją odrzucenia oferty Wykonawcy w postępowaniu – powinny być składane w sposób nie budzący wątpliwości – przez wiarygodne podmioty i odpowiednio umocowane osoby, nie zaś przez osobę, co do której nie jest wiadomo, kogo i co reprezentuje. Nie zostało wyjaśnione, jakie stanowisko piastuje Pani D.W. – a ściślej - jaki jest jego zakres. Co za tym idzie, nie zostało wykazane, czy wskazana osoba ma wystarczającą wiedzę w zakresie, w jakim złożyła oświadczenie. Stąd powyższy dowód został uznany za niewiarygodny i w konsekwencji nieprzydatny w niniejszej sprawie.

W konsekwencji zarzut podlegał oddaleniu.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.224 ust. 1 i 2 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Polcom ITS z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego, że Wykonawca Polcom ITS w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia.

Odwoływający nie wykazał, aby złożone przez Wykonawcę Polcom ITS wyjaśnienia potwierdzały, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest rażąco niska.

Wykonawca Polcom ITS na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Złożone wyjaśnienia były obszernie, liczyły 73 strony. Wykonawca Polcom ITS odniósł się szczegółowo do zadanych przez Zamawiającego pytań oraz do wszelkich czynników cenotwórczych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (również tych wskazanych w pkt 54 oraz 55 odwołania). Wykonawca przedstawił również dowody na ich poparcie.

Okoliczność, że zdaniem Odwoływającego wyjaśnienia nie są wystarczające, nie oznacza automatycznie, że zaoferowana cena Wykonawcy Polcom ITS jest rażąco niska.

Zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny jest przepisem sankcyjnym. Dlatego w sytuacji podniesienia takiego zarzutu w odwołaniu, niezbędne jest jednoznaczne wykazanie - czy to rażąco niskiej ceny, czy złożenia wyjaśnień, które jednoznacznie wskazują, że cena jest nierealna, rażąco niska.

W niniejszej sprawie Odwoływający nie wykazał żadnej z powyższych okoliczności.

Odwoływający nie zapoznał się z całością złożonych wyjaśnień, jak również nie odniósł do całości tych wyjaśnień. Wskazał jedynie na wybiórczy ich fragment i ocenił (w trakcie rozprawy z udziałem stron), że wyjaśnienia są dla Wykonawcy Polcom ITS „kompromitujące”. Jak wskazano powyżej, ocena przez Odwoływającego złożonych przez Wykonawcę Polcom ITS wyjaśnień (nawet tak przykra), nie oznacza automatycznie, że wyjaśnienia złożone przez Polcom ITS wskazują na rażąco niską cenę. Odwoływający pominął, że wyjaśnienia zawierają kilkadziesiąt stron oraz odniesienie do czynników cenotwórczych. Odwoływający nie wykazał, aby Wykonawca Polcom ITS nie uwzględnił wszelkich okoliczności, do wyjaśnienia których zobowiązany był treścią wezwania. Treść złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień jest determinowana przez pytania Zamawiającego. W takim zakresie Zamawiający dokonuje oceny wyjaśnień.

Odwołujący wskazywał na koszty posiadania i utrzymania infrastruktury dwóch Data Center, które powinny zostać wykazane w toku udzielanych wyjaśnień. Odwołujący twierdził, że przedstawione przez niego w treści odwołania koszty nie zostały ujęte w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy Polcom ITS oraz że Wykonawca ten nie wykazał, jakie koszty ponosi w związku z eksploatacją infrastruktury, ani jakie są warunki korzystania z tej infrastruktury. Okoliczność, że Odwołujący nie zapoznał się z częścią wyjaśnień, w której treści wskazane wyżej informacje zostały zawarte, a która to część została zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa i którego to zastrzeżenia Odwołujący nie zakwestionował, nie oznacza, że kalkulacje te nie zostały przedstawione. Wykonawca, który powołuje się na zarzut rażąco niskiej ceny powinien taką okoliczność jednoznacznie wykazać, w oparciu o całość złożonych wyjaśnień. Fragmentaryczne powoływanie części ogólnej wyjaśnień nie jest wystarczające dla uznania zarzutu odwołania.

Odwołujący pomijał także obiektywne okoliczności, jak chociażby fakt, że Wykonawca Polcom ITS przedstawił Zamawiającemu inne rozwiązanie niż pozostali Wykonawcy, którzy korzystają z oprogramowania innej firmy, co w ich przypadku znacząco może wpływać na cenę całej usługi. Odwołujący pominął ten fakt, nie odniósł się do niego, nie złożył w tym zakresie żadnych twierdzeń, wycień.

Odwołujący nie wykazał, aby cena całkowita oferty Odwołującego była niedoszacowana. Nie wykazał także, aby poszczególne ujęte koszty były nieprawidłowo przyjęte, czy niewystarczające. Odwołujący w ogóle nie kwestionował ujętych kosztów. Odwołujący postawił zarzut w zakresie oszczędności metody wykonania, co do której Zamawiający nie kierował zapytania, a podniesiona argumentacja była jedynie dodatkowa. Brak odniesienia się przez Odwołującego co do całości złożonych przez Wykonawcę Polcom ITS wyjaśnień, w szczególności co do kosztów, oznacza brak wykazania, że złożone przez Wykonawcę Polcom ITS wyjaśnienia wskazują na cenę rażąco niską. Odwołujący nie wykazał także, że zaoferowana przez Wykonawcę Polcom ITS cena jest nierealna, rażąco niska. Odwołujący nie wykazał zatem zasadności stawianego zarzutu.

W konsekwencji za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Prawo zamówień publicznych. Odwołujący ApexIT sp. z o.o. nie wykazał, aby oferta złożona przez Wykonawcę Polcom ITS była niezgodna z warunkami zamówienia oraz aby Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy, jak również nie wykazał, aby oferta zawierała rażąco niską cenę. Odwołujący nie wykazał również, aby Zamawiający naruszył art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....