

WYROK

Warszawa, dnia 15 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2025 r. przez wykonawcę AB Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Galicyjskiej 1 (31 – 586 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego M.N. ul. Rynek 1 (33 – 300 Nowy Sącz)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy EXNIT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Podole 60 (30-394 Kraków)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę AB Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AB Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę AB Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 660 zł 10 gr (sześćset sześćdziesiąt złotych dziesięć groszy) poniesioną przez wykonawcę AB Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę AB Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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:.....

Uzasadnienie

M.N. (zwane dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Zakup macierzy dyskowej w ramach projektu „Cyberbezpieczny Samorząd”, numer postępowania: BZP.271.119.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 marca 2025 r. pod numerem: 2025/BZP 00156924. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawą Pzp”).

W dniu 10 czerwca 2025 r. wykonawca AB Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego. We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1.art. 226 ust. 1 lit. 2c) ustawy Pzp i § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp (dalej: rozporządzenie s) przez odrzucenie oferty Odwołującego z tej przyczyny, że nie złożył on w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, pomimo że Odwołujący złożył wszystkie wymagane dokumenty i złożona oferta jest zgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami ustawy Pzp.

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Exnit Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanej dalej: „Exnit”), pomimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

3.Art. 239 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Exnit jako najkorzystniejszej, pomimo jej oczywistej wadliwości.

Zarzut ewentualny:

4.art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji stwierdzenia nieprawidłowości w postępowaniu, powodujących, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia

wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3.powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4.odrzucenia oferty Exnit;
- 5.odnośnie do zarzutu ewentualnego: unieważnienie postępowania;
- 6.obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i gdyby nie odrzucenie oferty to zostałby oceniony na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert. Oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza jest ofertą niespełniającą wymagań opisanych w dokumentacji zamówienia i gdyby nie sprzeczne z ustawą Pzp działania i zaniechania Zamawiającego wskazane w *petitum* odwołania, zostałaaby odrzucona. Jeżeli więc Zamawiający przeprowadziłby postępowanie prawidłowo, to oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą i Odwołujący pozyskałby zamówienie. Tym samym Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie zaś w wyniku opisanych czynności Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp może ponieść szkodę polegającą na utracie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia. Pomiędzy działaniem Zamawiającego a potencjalną szkodą Odwołującego występuje oczywisty i adekwatny związek przyczynowy. W odniesieniu do zarzutu ewentualnego, w przypadku uwzględnienia odwołania w tym zarzucie i unieważnienia postępowania, zostanie wszczęte nowe postępowanie z wyeliminowaniem wszystkich obecnie występujących wad.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W dniu 16 czerwca 2025 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca EXNIT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „Przystępującym”).

W dniu 08 lipca 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 11 lipca 2025 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym również przedstawił twierdzenia dla wniosku o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy EXNIT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, jak również strony nie zgłosiły opozycji. W związku z tym, Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę, który stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, z odwołania załącznikami, z odpowiedzi na odwołanie z załącznikami oraz z pisma procesowego złożonego przez Przystępującego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup macierzy dyskowej w ramach projektu „Cyberbezpieczny Samorząd”.

W rozdziale X Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej: dalej „SWZ”) Zamawiający określił przedmiotowe środki dowodowe wskazując, że:

„Rozdział X INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH

1. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest złożyć następujące przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające, że oferowana dostawa spełnia określone przez Zamawiającego wymagania, tj.

- a) oświadczenie potwierdzające, że oferowana płytka macierzy dyskowej odpowiada wymaganiom określonym przez

Zamawiającego w szczegółowym określeniu przedmiotu zamówienia, tj. wypełniony i podpisany druk szczegółowego określenia przedmiotu zamówienia, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do specyfikacji;

b) certyfikat Specjalista - Wdrożeniowy;

c) certyfikat VMware Certyfikowany w wersji 6.5 lub nowszy.

d) Jedna osoba może posiadać obydwa certyfikaty.

e) W zakresie wsparcia i gwarancji Zamawiający wymaga przedstawienia oświadczenia producenta oferowanych komponentów rozbudowy, wskazującego, że oferowane urządzenia będą objęte serwisem producenta i/lub serwisem autoryzowanego serwisu producenta, na poziomie i w okresie obowiązywania że uszkodzone dyski w przypadku wymiany z powodu awarii w okresie obowiązywania gwarancji, pozostaną własnością Zamawiającego. Niniejsze oświadczenie ma zostać dostarczone wraz z ofertą.

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

W rozdziale XV OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY Zamawiający:

A) w ust. 4 lit b, wskazał, że:

„4. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć: (...)

b) oświadczenie i certyfikaty o których mowa w Rozdziale X pkt 1 SWZ;”

B) w ust. 14 wskazał, że:

„14. Podmiotowe środki dowodowe lub inne dokumenty, w tym dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski.”

W załączniku nr 2 do SWZ, Zamawiający zawarł opis obligatoryjnych (minimalnych) parametrów technicznych dotyczących macierzy dyskowej, gdzie w pkt 3 wskazał:

„3. Obsługa nadmiarowość i ciągłość działania, pojemność surowa na parę od: Maks HA: 2 PB”.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców, w tym ofertę złożył Odwołujący i Przystępujący. Pismem z dnia 22 maja 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podst. art. 107 pkt 2 ustawy Pzp do uzupełnienia:

„przedmiotowych środków dowodowych, tj.:

a) certyfikat Specjalista - Wdrożeniowy;

b) certyfikat VMware Certyfikowany w wersji 6.5 lub nowszy

Jedna osoba może posiadać obydwa certyfikaty.

c) W zakresie wsparcia i gwarancji Zamawiający wymaga przedstawienia oświadczenia producenta oferowanych komponentów rozbudowy, wskazującego, że oferowane urządzenia będą objęte serwisem producenta i/lub serwisem autoryzowanego serwisu producenta, na poziomie i w okresie obowiązywania że uszkodzone dyski w przypadku wymiany z powodu awarii w okresie obowiązywania gwarancji, pozostaną własnością Zamawiającego. Niniejsze oświadczenie ma zostać dostarczone wraz z ofertą.”

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że:

„Zamawiający po dokonaniu czynności badania przedmiotowych środków dowodowych załączonych do oferty, stwierdza że dokumenty o których mowa w pkt 2 lit. a) i lit. b) niniejszego pisma w ogóle nie zostały załączone do oferty. Kolejne zastrzeżenia dotyczą przedmiotowych dokumentów załączonego do oferty (tj. oświadczenia producenta (NetApp)) gdyż stwierdzono, iż w/w dokument nie potwierdza spełnienia powyższych wymogów, ponieważ zgodnie z wytycznymi o których mowa w Rozdziale XV pkt 5 specyfikacji gdzie wymagano aby „oferta była podpisana (tj. elektronicznie) przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy albo przez upelnomocnionego przedstawiciela Wykonawcy”. Natomiast oświadczenie producenta (NetApp)) zostało podpisane certyfikatem niekompletnie zweryfikowanym, zatem przedmiotowy dokument został złożony w wadliwej formie i podlega uzupełnieniu.”

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przedłożył przedmiotowe środki dowodowe, w tym certyfikaty wymagane przez Zamawiającego, jednakże bez tłumaczenia na język polski.

W dniu 05 czerwca 2025 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego oraz poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu prawnym swej decyzji Zamawiający wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, zaś w uzasadnieniu faktycznym po przywołaniu postanowień Rozdziału X SWZ, Zamawiający wskazał, że:

„Zamawiający z godnie z powyższymi zapisami specyfikacji, pismem z dnia 22.05.2025 r. wezwał w/w Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych – szczegóły dotyczące brakujących dokumentów oraz wad dokumentu zostały wyartykułowane w przedmiotowym wezwaniu. Wykonawca do wyznaczonego terminu odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, jednakże przedmiotowe dokumenty, tj. certyfikaty zostały przekazane w sposób wadliwy. W Rozdziale XV - OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY, w pkt 14 zapisano: „Podmiotowe środki dowodowe inne dokumenty, w tym dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, sporządzone w języku obcym

przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski”, czego Wykonawca nie spełnił.

Zamawiający nie ma prawnej możliwości ponownego wezwania do złożenia lub uzupełnienia

przedmiotowych środków dowodowych, dlatego też jest zobowiązany odrzucić ofertę na podst. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy.”

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, składając odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Następnie mając na uwadze treść art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie Zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, powinno określać żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz powinno wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut w rozumieniu ustawy Pzp ujmuje się jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Mając to na uwadze, granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do konkretnych czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez Zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności faktyczne potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Wskazanie czynności Zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu (tak też: wyrok KIO z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2859/20).

Przechodząc do merytorycznej oceny odwołania wniesionego przez Odwołującego, w odniesieniu do zarzutu 1) w pierwszej kolejności należy dostrzec, że Odwołujący uzasadniając zarzut wskazywał, że złożył wraz z ofertą datowaną na 1 kwietnia 2025 r. oświadczenie producenta NetApp potwierdzające wymagania zawarte w rozdziale X pkt 1e) SWZ wraz z tłumaczeniem. Oświadczenie zostało przekazane Zamawiającemu zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Śke, tj. wraz z ofertą zostało przekazane oświadczenie w formie i postaci wystawionej przez upoważniony podmiot (tu: producenta NetApp), czyli jako dokument elektroniczny opatrzone elektronicznym podpisem producenta. Odwołujący wskazał, że do oferty nie dołączył certyfikatów wymaganych w rozdziale X pkt 1 a – b) SWZ, co jak Izba ustalił, pomiędzy stronami była okoliczność bezsporna. Następnie Odwołujący argumentował, że w dniu 22 maja 2025 r. Zamawiający w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wskazując na brak certyfikatów, które Odwołujący w określonym terminie uzupełnił i jak Odwołujący stwierdził nie są one przedmiotem sporu. Uzasadniając dalej swój zarzut Odwołujący podnosił, że w określonym terminie przesłał raz jeszcze oświadczenie producenta, tym razem podpisane kwalifikowanym podpisem przez Odwołującego, jednakże pismem z dnia 5 czerwca 2025 r. Odwołujący został powiadomiony o odrzuceniu jego oferty, a podstawą prawną odrzucenia oferty wskazaną przez Zamawiającego był brak złożenia przedmiotowego środka dowodowego, gdyż zdaniem Zamawiającego przesłane na wezwanie do złożenia oświadczenie producenta opatrzone podpisem Odwołującego zostało złożone bez wymaganego tłumaczenia na język polski. Odwołujący końcowo podniósł, że: *„oświadczenie jest identyczne jak to pierwotnie przekazane Zamawiającemu, różnicą jest jedynie dodatkowy podpis Odwołującego na oświadczeniu. Odwołujący nie przekazywał raz jeszcze tłumaczenia oświadczenia, gdyż to zostało złożone pierwotnie wraz z ofertą.”*

Mając na uwadze argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu, dostrzec należy że Odwołujący uzasadniając zarzut stał na stanowisku, że Zamawiający odrzucił jego ofertę z powodu nie przekazania tłumaczenia oświadczenia, bo jak wskazał Odwołujący *„nie przekazywał raz jeszcze tłumaczenia oświadczenia, gdyż to zostało złożone pierwotnie wraz z ofertą.* Izba w oparciu o zebrany materiał dowodowy, doszła do przekonania, iż argumentacja Odwołującego w tym zakresie nie zasługiwała na uwzględnienie. Odwołujący błędnie zinterpretował podstawę odrzucenia jego ofert wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 05 czerwca 2025. (gdzie Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, że Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie, jednakże przedmiotowe dokumenty, tj. certyfikaty zostały przekazane w sposób wadliwy), a tym samym argumentacja zbudowana w odwołaniu w oparciu o błędnie wyciągnięte wnioski przez Odwołującego, nie mogła spotkać się z aprobatą ze strony składu orzekającego. Zamawiający mając na uwadze postanowienia rozdziału XV SWZ pkt. 14, z których wynikało, że podmiotowe środki dowodowe lub inne dokumenty, w tym dokumenty potwierdzające umocowanie

do reprezentowania, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski wskazał, że Odwołujący zobowiązany był certyfikaty dostarczyć wraz z tłumaczeniem, a czego Wykonawca nie spełnił. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego próżno szukać argumentacji wskazującej na to, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu nie przekazania przez niego tłumaczenia oświadczenia.

Dlatego też uwzględniając, że zarzut to substrat okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania, Izba doszła do przekonania, iż podnoszona na rozprawie argumentacja wskazująca na nowe okoliczności dotyczące certyfikatów i braku konieczności, zdaniem Odwołującego dostarczenia tych certyfikatów wraz z tłumaczeniem na język polski, należało uznać za nowe okoliczności faktyczne, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym, nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami, jeżeli więc Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę, nawet jeżeli Odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu.

Zupełnie na marginesie Izba chciała się odnieść od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 marca 2025 r. o sygn. akt XXIII Zs 17/25, na który to wyrok powoływał się Odwołujący argumentując zasadność nowych zarzutów ponoszonych na rozprawie. Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w nieco odmiennym stanie faktycznym. Dostrzec należy, że Sąd wskazał, m. in. że istniała możliwość oceny złożonego dokumentu w zakresie uprawnień osoby na podstawie nie tylko samego certyfikatu, ale także na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w wykazie osób.

W odniesieniu do zarzutu 2 *petitum* odwołania, na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 5) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ramach rozważań ogólnych podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z przywołanego przepisu, musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ są postanowienia w nich zawarte. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów, jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Podkreślić należy, że Zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie wskazanego przepisu, jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści złożonej oferty oraz warunków zamówienia określonych przez zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wskazując, iż Zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ podał opis obligacyjnych (minimalnych) parametrów technicznych dotyczących macierzy dyskowej, gdzie w pkt 3 wskazał: „Obsługa nadmiarowość i ciągłość działania, pojemność surowa na parę od: Maks HA: 2 PB”. Jak dalej argumentował Odwołujący, Przystępujący zaoferował macierz NetApp AFF-A150, która obsługuje maksymalną pojemność surową na parę (ang. Max RAW Capacity HA Pair) 0,5 PB (512TB). Zdaniem Odwołującego oczywistym jest więc, że zaoferowana macierz nie spełnia wymagań warunków zamówienia, zaś odmienna interpretacja zapisów na tym etapie jest de facto próbą zmiany dokumentów zamówienia po terminie składania ofert. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że przeanalizował wymagania opisu przedmiotu zamówienia i jego zdaniem, macierz „z półki niżej” tj. NetApp AFF-A150 zaoferowana przez Przystępującego nie spełni wymagań postawionych w dokumentach zamówienia, ponieważ pojemność surowa na parę wynosi 0,5 PB. Twierdzenie przeciwne nie jest kwestią interpretacji zapisów, ale wynika wprost z dokumentów technicznych oferowanej macierzy.

Dostrzec należy, że Odwołujący swoją argumentację zbudował w oparciu o dokonaną interpretację, że z brzmienia wymogu obsługa nadmiarowość i ciągłość działania, pojemność surowa na parę od: Maks HA: 2 PB, wynika że opis od: Maks HA: 2 PB wskazuje, iż Zamawiający tak to regulując wymagał nie parametru maksymalnego Maks HA: 2 PB tylko w ten sposób wskazał parametr minimalny. W tym miejscu należy podkreślić, że postanowienia SWZ są wiążące dla Zamawiającego jak również dla wykonawców i nie mogą być one zmieniane po terminie składania ofert. Jeśli istnieją jakiegokolwiek wątpliwości co do sposobu rozumienia zawartych w SWZ postanowień, powinny być one wyjaśniane przed terminem składania ofert. W przypadku braku precyzji sformułowań SWZ powodujących możliwość różnych jej interpretacji, wykonawcy nie mogą być obciążani ich negatywnymi skutkami. Zdaniem Izby, dokonując wykładni literalnej wymogu określonego przez Zamawiającego, nie można z niego wywieść że parametr określony przez Zamawiającego jest parametrem minimalnym, a nie maksymalnym. Argumentację Odwołującego podnoszona na rozprawie, że niezasadne jest wymaganie przez Zamawiającego maksymalnego parametru na poziomie HA 2 PB, należało uznać za chybioną. Zamawiający jako gospodarz postępowania, najlepiej zna swoje potrzeby czy możliwości techniczne i mając to na uwadze w dokumentacji postępowania określa stosowne wymagania w taki sposób, aby otrzymać produkt, który w pełni spełnia jego oczekiwania. Co istotne, nawet gdyby uznać, że zapisy SWZ w wyżej wymienionym zakresie są niejednoznaczne i dopuszczalna byłaby jednak interpretacja prezentowana przez Odwołującego to należy pamiętać, co już Izba podkreślała powyżej, że wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez Zamawiającego należy rozstrzygać na korzyść wykonawców, ponieważ to Zamawiający tak uregulował postanowienia, z których można wywieść kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań i ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez Zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu. Dlatego też zarzut drugi podlegał oddaleniu.

Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, iż wskazany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp również był niezasadny. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego, ponieważ ta była w wyniku dokonanej przez niego oceny ofert, najkorzystniejsza i spełniała warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji stwierdzenia nieprawidłowości w postępowaniu, powodujących, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazanego przez Odwołującego jako zarzut ewentualny podkreślić należy, że zarzut ten tak naprawdę opierał się na tożsamej podstawie faktycznej, jak w części zarzut 2) wskazany w *petitum* odwołania. Odwołujący upatrywał zasadności zarzutu w tym, że skoro Zamawiający wskazał, że zapisy w załączniku nr 2 do SWZ mogły budzić problemy interpretacyjne, zostały sformułowane w sposób nieprecyzyjny oraz zawierały błędy stylistyczne i interpunkcyjne, co utrudniało zrozumienie ostatecznych wymagań Zamawiającego, przykładowo, określenie „Maks HA” mogło być rozumiane jako maksymalna pojemność, jaką ma obsługiwać macierz dwukontrolerowa, to tym samym postępowanie powinno podlegać unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dodatkowych twierdzeń ani dowodów. Uzasadnienie tego zarzutu tak prawdę sprowadzało się do przywołania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp i wyroku KIO. W związku z tym w odniesieniu do tego zarzutów aktualne pozostaje stanowisko Izby odnoszące się do zarzutu 2), a odwołanie również w tym zakresie należało uznać za niezasadne.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600,00 złotych. Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi Odwołujący. Izba nie zasądziła kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Zamawiającego, z uwagi na brak przedłożenia spisu kosztów potwierdzającego ich poniesienie.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....