

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 października 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Anna Galas

Sędziowie: SO Bolesław Wadowski (spr.)
SO Bernard Litwiniec

Aneta Kowalczyk

Protokolant:

po rozpoznaniu w dniu 22 października 2013 r, w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi TRADEX SYSTEMS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Warszawie

z udziałem zamawiającego Operator Gazociągów Przemysłowych GAZ-SYSTEM spółki
akcyjnej w Warszawie

z udziałem interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego Zakładu Systemów
Komputerowych ZSK spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie

o zamówienie publiczne

na skutek skargi TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 26 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1668/13

1. oddała skargę,
2. zasądza od TRADEX SYSTEMS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w Warszawie na rzecz Operato " ' L puotc** -ni..

akcyjnej w Warszawie kwotę 1
postępowania skargowego. ,

UZASADNIENIE

Odwołujący TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na nabycie serwerów na potrzeby Centrum Przetwarzania Danych. Zamawiającemu zarzucił: 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty firmy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty firmy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. Wskazał, że błędna ocena oferty i wybór oferty niespełniającej wymagań SIWZ godzi w interes odwołującego poprzez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny oferty Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. oraz jej odrzucenie. Podniósł, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie oferty Wykonawcy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., jednocześnie dokonując wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ i zawiera rażąco niską cenę. Podniósł, że zamawiający zwrócił się w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, a wykonawca złożył lakoniczne wyjaśnienia, których treść nie potwierdziła, że cena oferty nie jest rażąco niska. Podkreślił, że zamawiający w sposób nieuprawniony ponownie wezwał firmę ZSK do udzielania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co narusza zasadę równego traktowania. Odwołujący dodał, że wykonawca ZSK wycenił prace w rażącej sprzeczności z rzeczywistą wartością oferowanych usług i produktów. W zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazał, że z dostępnych informacji firmy Dell wynika jednoznacznie, że przełączniki Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell nie spełniają w całości wymagań Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, bowiem jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Ewentualne uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia. Wykonawca wnosil o oddalenie odwołania w całości. Co do zarzutu rażąco niskiej ceny zwrócono uwagę, że rynek informatyczny charakteryzuje się znaczącym spadkiem cen, a wykonawcy przyjmują różne strategie budowania ofert i różne poziomy marży. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę potwierdzają, że oferowana cena zawiera wszelkie niezbędne czynniki zapewniające osiągnięcie zysku. Wyjaśnienia dotyczące poziomu cen, w tym z pozycji 2 tabeli, obliczającej cenę całkowitą zostały złożone Zamawiającemu i przez niego zaakceptowane. Wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w postaci uszczegółowienia wcześniejszych informacji było jedynie formalnością, nie zabrania tego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W zakresie 3 zarzutu odwołania Wykonawca wskazał, że dysponuje zapewnieniem producenta oferowanego sprzętu firmy DELL w postaci oświadczenia potwierdzającego, iż oferowane przełączniki spełniają wymagania Zamawiającego w postaci wymaganych parametrów i funkcji. Potwierdza to dodatkowo oświadczenie, które Wykonawca złożył w wyjaśnieniach, że oferowany sprzęt i zakres usług są zgodne z wymogami SIWZ,

Wyrokiem z dnia 26 lipca 2013r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. Kosztami postępowania obciążano wykonawcę TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

KIO ustaliła m.in., iż:

Wartość zamówienia ustalono na kwotę 3 000 000,00 zł netto na podstawie analizy rynku - internetowych cenników oraz średnich kosztów analogicznych usług IT, a cena całkowita brutto w ofercie wybranego wykonawcy wynosi 1 902 395,49 zł, w tym wynagrodzenie z tytułu dostawy, montażu oraz konfiguracji urządzeń zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy - załącznika nr 2 do SIWZ - 1 741 128,96 zł; wynagrodzenie z tytułu wykonania czynności, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 i 3-6 wzoru umowy - 36 030,39 zł; wynagrodzenie z tytułu wykonania prawa opcji zgodnie z § 1 ust. 3 wzoru umowy 125 236,14 zł.

W toku badania i oceny ofert, zamawiający wystosował do wykonawcy ZSK, w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, wezwanie o podanie kalkulacji ceny, tj. sposobu wyliczenia łącznej

ceny brutto z wymienieniem tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na jej wysokość.

Wykonawca ZSK złożył wyjaśnienia podnosząc, że złożona oferta jest skalkulowana poprawnie i nie zawiera błędów. Uwzględniła ona wszystkie koszty niezbędne do pełnej realizacji zamówienia. Zaoferowany sprzęt i usługi są zgodne z wymogami SIWZ.

Wykonawca zaznaczył, że podtrzymuje cenę wskazaną w ofercie i zobowiązuje się w jej ramach wykonać pełen zakres zamówienia. Szczegółowa kalkulacja, zgodnie z wymogami SIWZ, została ujęta w formularzu ofertowym, dołączonym do oferty. Kluczowy wpływ na wysokość ceny ma wieloletnia współpraca, status partnerstwa firmy u producenta - firmy DELL oraz związane z nimi dodatkowe upusty.

Zamawiający ponownie wystosował do wykonawcy ZSK wezwanie do złożenia wyjaśnień dodatkowych w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przez precyzyjne wskazanie w jaki sposób na wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę wpływa wieloletnia współpraca, status partnerstwa oraz związane z nim dodatkowe upusty oraz wskazanie jaki zysk z tytułu realizacji zamówienia przewiduje osiągnąć wykonawca.

Wykonawca złożył stosowane wyjaśnienia wraz z dwoma załącznikami i zastrzegł, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Z wyjaśnień wynika, w jakiej wysokości zysk zamierza osiągnąć wykonawca podczas realizacji przedmiotowego zamówienia, dodatkowo wskazano w jaki sposób i w jakiej wysokości została skalkulowana cena za poszczególne elementy zamówienia zgodnie z podziałem określonym i przyjętym w formularzu cenowym.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, decydując, że jest nią oferta wykonawcy ZSK, która uzyskała za cenę 70 punktów, a za kryteria jakościowe 18,90 punktów, co łącznie dało 88,90 punktów. Oferta Odwołującego sklasyfikowana została na II miejscu, za cenę uzyskała 82,07 pkt, za kryteria jakościowe natomiast maksymalną liczbę punktów, to jest 30, za cenę 52,07 pkt.

Z formularza ofertowego Przystępującego wynika, że zaoferował on przełączniki ETHERNET Delt Force 10 MXL 10/40 GbE. Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty żadnych dokumentów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

KIO uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazała m.in., iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Podniosła, że niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. KIO zauważyła, że w przedmiotowym postępowaniu sporne między stronami jest nie tyle zagadnienie, czy cenę oferty Przystępującego można uznać za rażąco niską o ile czy złożone pierwotne wyjaśnienia przez tego Wykonawcę były wystarczające do uznania, że z rażąco niską ceną nie mamy do czynienia i czy uprawnione jest ponowne wzywanie wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Odwołujący bowiem z wysokości ceny nie dowodzi jej rażąco niskiego charakteru ale że oferta ZSK została sporządzona niezgodnie z treścią SIWZ, jest niekompletna i winna być w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona, KIO stwierdziła, że wykonawca ZSK w wyjaśnieniach przedstawił jedynie ogólnikowe stwierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami, ale jednocześnie zauważyła, że równie ogólnikowe było wezwanie Zamawiającego do złożenia takich wyjaśnień. Wskazał, że trudno więc dziwić się Wykonawcy, że złożył takie a nie inne wyjaśnienia, skoro przedstawiając w formularzu cenę w rozbiciu na poszczególne wymagane składniki, jeszcze raz wzywano go do złożenia takich samych informacji. W ocenie składu orzekającego KIO wykonawca ZSK zachował się prawidłowo podkreślając, że szczegółowa kalkulacja ceny znajduje się w już ofercie. Zaznaczyła, iż w wyjaśnieniach odwołano się do indywidualnych uwarunkowań, uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny wskazując, że wpływ na wysokość ceny ma wieloletnia współpraca z producentem oferowanego sprzętu - firmą DELL i związane z nią dodatkowe upusty. Podkreśliła, iż jak zauważył na rozprawie sam Odwołujący postępowanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter wyjaśniający, nie zaś dowodowy i nawet jeżeli Wykonawca powołał się na pewne fakty, to nie musiał jakichkolwiek dokumentów na potwierdzenie istnienia tych faktów składać, KIO uznało, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp zostały przez Wykonawcę w wyznaczony terminie prawidłowo złożone.

W ocenie KIO od woli samego Zamawiającego należało działanie polegające na skierowaniu do wykonawcy drugiego wezwania, jeżeli chciał on uzyskać wyjaśnienie w jaki sposób na cenę oferty przekłada się współpraca wykonawcy z producentem sprzętu, i czy w

ramach realizacji zamówienia wykonawca osiągnie zysk. Zauważyła, że na uszczegółowione wezwanie, Wykonawca zareagował w inny sposób i złożył szczegółowe wyjaśnienia wraz z dodatkowymi dokumentami. Skład orzekający KIO uznał, że nie ma podstaw, aby nie dać wiary złożonym wyjaśnieniom lub podważać wiarygodność złożonych dokumentów. Ponadto wskazano, że odwołujący w żaden sposób nie wskazał, w których elementach oferta ZSK jest niezgodna z treścią SIWZ, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że Wykonawca ZSK zaoferował niepełny przedmiot zamówienia, realizowany w sposób odmienny niż wymagany przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Izby faktów tych nie może dowodzić jedynie wysokość ceny oferty, ponieważ cena nie była jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu, a w przypadku oceny parametrów technicznych to Odwołujący uzyskał maksymalną punktację. Wskazano, że w takich okolicznościach nie może dziwić niższa cena oferty Przystępującego, jeżeli zaproponował on sprzęt zgodny z opisem przedmiotu zamówienia ale w pewnych przypadkach odbiegający od maksymalnej wartości parametrów określonych w SIWZ, ale jednocześnie spełniający wymogi minimalne.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaoferowania przełączników ETHETNET niespełniających wymagań opisu przedmiotu zamówienia, KIO zauważyła, iż odwołujący przywołał jeden punkt z opisu przedmiotu zamówienia i lakonicznie stwierdził, że w wymienionych przez niego podpunktach oferta Przystępującego nie spełnia wymogów SIWZ, a potwierdza to dokumentacja techniczna zaoferowanego przełącznika firmy DELL. W ocenie składu orzekającego Izby, takiego sformułowania, nie można uznać za zarzut, gdyż są to nie poparte żadnymi dowodami bliżej nie sprecyzowane przemyślenia własne Odwołującego. Podniosła, że nie wskazano jakiego rodzaju dokumentacja techniczna to potwierdza, a co znamienne, w postępowaniu Zamawiający nie żądał dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia, nie wymagano od wykonawców dokumentów potwierdzających zgodność - wskazanych przez nich rozwiązań - z opisem przedmiotu zamówienia. Wskazała, że wystarczającym było złożenie oświadczenia, a dodatkowo Wykonawca ZSK składając wyjaśnienia, potwierdził, że realizacja przedmiotu zamówienia odbywała się będzie zgodnie z zapisami SIWZ.

KIO odnosząc się do złożonych przez odwołującego dowodów stwierdziła, że informacja ze stron internetowych producenta oraz ulotka nie są na tyle wiarygodne, aby wobec złożonego przez Zamawiającego uzyskanego od producenta oświadczenia, na ich podstawie uznać, że oferta nie odpowiada treści SIWZ. Podniosła, że nie wykazano, iż strona internetowa zawiera komplet wszystkich informacji technicznych (z folderu wynika wręcz, że są to „główne” informacje), czy odnosi się do podstawowych parametrów i charakterystyki przełączników. Zauważyła, że uaktualnienie informacji datowane jest na czerwiec 2012 roku. Względem przedłożonej w sprawie prywatnej opinii KIO stwierdziła, że opracowanie nie wyjaśnia, czy przywołane w punkcie 3 opracowania materiały źródłowe są wszystkimi dostępnymi, czy wyczerpują materiał dowodowy, na podstawie którego można wnioskować o zgodności proponowanego przez Przystępującego sprzętu z opisem przedmiotu zamówienia. Podniosła, że dokonując oceny zgodności poszczególnych parametrów, ekspert ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że właściwości wymaganej SIWZ nie posiada przełącznik zaoferowany w ofercie, a nie wyjaśnia w jaki sposób doszedł do takiego przekonania. Podkreśliła, że złożona opinia, dokument o charakterze prywatnym, nie mogła być podstawą uwzględnienia zarzutu, i to w dodatku zarzutu bliżej nieokreślonego. KIO oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jako złożony w celu przewlekłości postępowania odwoławczego. Wskazała, iż nieprawidłowo sformułowany zarzut, brak dokumentacji do przekazania biegłemu, a także zgłoszenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w oparciu o okoliczność składania na użytek innych postępowań odwoławczych przez producenta DELL oświadczeń o dowolnej treści spowodowały, że wniosek nie mógł zostać uwzględniony z powodu nieprawidłowo sformułowanej tezy dowodowej i nieprzydatności opinii o wnioskowanym zakresie do rozstrzygnięcia sporu. Dodała, że okoliczności postępowania producenta sprzętu w innych postępowaniach nie wymagają wiadomości specjalnych i wiedzy biegłego, nie mogą też być podstawą do sporządzenia opinii w zakresie zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Skargę od wyroku wniósł TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie, zaskarżając wyrok KIO w zakresie rozstrzygnięcia o zarzutach:

- naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty firmy Zakład Systemów Komputerowych ZSK, pomimo że ZSK albo nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny albo dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty ZSK, pomimo że zaoferowane przełączniki Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell nie spełniają wszystkich wymagań określonych w poz. III, pkt. 1 ppkt. 5 lit. a-n Załącznika nr 1 do SIWZ.

Skarżący zarzucił orzeczeniu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że oferta ZSK nie podlega odrzuceniu, ponieważ wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a ocena wyjaśnień nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 180 ust. 3 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że odwołanie nie zawiera przedstawienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty ZSK, pomimo że zaoferowane przełączniki Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell nie spełniają wszystkich wymagań określonych w poz. III, pkt. 1 ppkt. 5 lit. a-n Załącznika nr 1 do SIWZ;
- 3) art. 190 ust. 7 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i:
 - a) uznanie jako wiarygodnego dowodu oświadczenia firmy Dell, że przełączniki Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell spełniają wymagania Zamawiającego,
 - b) odmowę wiarygodności dowodom:
 - Dell Force 10 MXL 10/40 GbE Switch - Specyfikacja techniczna przełącznika Dell Force 10 MXL 10/40 GbE,
 - Dell Force 10 MXL 10/40 GbE Switch IO Module Getting Started Guide -Dokumentacja techniczna zawierająca opis budowy, elementów składowych i funkcjonalności przełącznika,
 - opiniom Oddziału Elektroniki, Informatyki, Telekomunikacji Stowarzyszenia Elektryków Polskich z dnia 19.07.2013 r. oraz z 22.07.2013 r. sporządzonym przez dr. inż. Andrzeja Skorupskiego;
- 4) art. 190 ust. 6 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odmowę przeprowadzenia wnioskowanego dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy przełączniki Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell spełniają wymagania Zamawiającego określone w poz. III, pkt. 1 ppkt. 5 Załącznika nr 1 do SIWZ, jako powołanego jedynie dla zwłoki;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty ZSK, pomimo że zaoferowane przełączniki Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell nie spełniają wszystkich wymagań określonych w poz. III, pkt. 1 ppkt. 5 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Skarżący wniósł o:

- 1) uznanie skargi za zasadną;
- 2) zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnej czynności oceny oferty i odrzucenie oferty ZSK;
- 3) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 ustawy i zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania skargowego przed Sądem, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z rachunkiem.

Skarżący wniósł o przeprowadzenie dowodów:

1. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 382 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 pzp wnosimy o wydanie orzeczenia na podstawie materiału zebranego w postępowaniu przed KIO, na okoliczność przebiegu postępowania, wymagań określonych w SIWZ oraz treści oświadczeń składanych w toku postępowania, a w szczególności:

a. oferty złożonej przez ZSK - w aktach sprawy ewentualnie ze względu na to, iż oryginał

dokumentu znajduje się w wyłącznej dyspozycji Zamawiającego, Skarżący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do złożenie Sądowi tego dokumentu,

- b. obowiązującej w postępowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)

wraz z załącznikami - w aktach sprawy ewentualnie ze względu na to, iż oryginał dokumentu znajduje się w wyłącznej dyspozycji Zamawiającego, Skarżący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do złożenia Sądowi tego dokumentu,

c. protokołu postępowania o zamówienie publiczne wraz ze wszystkimi załącznikami -oryginał tego dokumentu znajduje się w wyłącznej dyspozycji Zamawiającego, Skarżący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do złożenia Sądowi tego dokumentu.

d. opinii Oddziału Elektroniki, Informatyki, Telekomunikacji Stowarzyszenia Elektryków Polskich z dnia 19.07.2013 r. i 22.07.2013 r., specyfikacji technicznych i dokumentacji technicznych dotyczących przełącznika Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell składanych jako dowody w postępowaniu przed KIO;

2. Z protokołu posiedzenia i rozprawy przed KIO na okoliczność przebiegu czynności dokonywanych przez KIO, Skarżącego i ZSK.

3. Z opinii biegłego na okoliczność oceny spełnienia przez przełącznik Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell wymagań SIWZ określonych w poz. III pkt. 1 ppkt. 5 lit. f) i j) (tiret 2), k) (tiret 3) im).

W uzasadnieniu skarżący podniósł m.in., że oferta ZSK nie zawierała szczegółowych kalkulacji w zakresie wynagrodzenia z tytułu wykonywanych czynności, nie wskazywała ona wyceny poszczególnych czynności, ani elementów, które miały istotny wpływ na wycenę. Podkreślił, że złożone przez ZSK wyjaśnienia zawierały jedynie enigmatyczne i ogólnikowe stwierdzenie o posiadanych upustach u producenta oferowanego sprzętu firmy Dell. Podkreślił, że w odwołaniu wyraźnie sprecyzowano element treści oferty (zaoferowane przełączniki firmy Dell), który nie odpowiada treści specyfikacji. Skarżący podniósł, że nie może być powodem odmowy rozpatrzenia tego zarzutu brak przedstawienia w odwołaniu dowodów na poparcie twierdzeń Odwołującego, albowiem zgodnie z art. 190 ust.1 zd. 2 ustawy dowody na poparcie swoich twierdzeń można przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Dodał, że oświadczenie firmy Dell o spełnianiu wymagań SWIZ było ogólnikowe i nie zawierało żadnego uzasadnienia dla zawartego w nim twierdzenia. Wskazał, że Izba niezasadnie nie dała wiary złożonej do sprawy prywatnej opinii, a także odmówiła wiarygodności dowodom do specyfikacji technicznej przełączników z powodu, że jest to informacja ze strony internetowej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy uznał, że Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowe, a zarzuty skargi są bezzasadne. Sąd Okręgowy podzielił ustalenia i rozważania Krajowej Izby Odwoławczej i przyjął je za własne.

Odnosząc się do zawartego w skardze zarzutu naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, należy wskazać, że Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w zaskarżonym wyroku. Wyjaśnienia wykonawcy ZSK złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w istocie były ogólnikowe jednak, jak słusznie zauważyła Izba, treść tych wyjaśnień była w pełni adekwatna do treści wezwania zamawiającego. Skoro zamawiający nie wyartykułował wprost jakie elementy mające wpływ na wysokość ceny winny zostać objęte wyjaśnieniem, wykonawca ZSK nie mógł z tego powodu ponosić negatywnych konsekwencji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można podzielić zarzutu skargi, iż wezwanie zamawiającego z dnia 12 czerwca 2013 r., do złożenia wyjaśnień dodatkowych w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w istocie było ponownym, niedozwolonym wezwaniem do złożenia wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, uznać bowiem należy, że pismo zamawiającego z dnia 12 czerwca 2013 r. miało charakter wtórny i uzupełniający w stosunku do wezwania z dnia 31 maja 2013 r. Przede wszystkim należy zauważyć, iż dopiero po uzyskaniu informacji od wykonawcy ZSK o kluczowym wpływie wieloletniej współpracy, statusie partnerstwa wykonawcy ZSK u producenta - firmy DELL oraz związanych z tymi okolicznościami dodatkowymi upustami, zamawiający był w stanie doprecyzować treść pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień. Dopiero wezwanie zamawiającego o treści z dnia 12 czerwca 2013 r. w istocie zmierzało do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w tym kształcie czyniło zadość celowi regulacji wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc pozwalało wykonawcy na złożenie szczególnych wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dowodów na ich potwierdzenie. W tym miejscu podzielić należy stanowisko Izby oraz orzecznictwa Europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za

rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, sir 01839). Zarówno wyjaśnienia wykonawcy ZSK, jak i złożone wraz z wyjaśnieniami dowody, nie dają podstaw do uznania, że cena oferty tego wykonawcy jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia, jak również cen ofert konkurencyjnych. Zarzut naruszenia przez Izbę art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może zostać uwzględniony również z tego względu, że okoliczności przedmiotowej sprawy wskazują, iż wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona w oparciu o maksymalne parametry urządzeń, co potwierdza także fakt, iż wszystkie złożone w prowadzonym postępowaniu oferty zawierały ceny znacząco niższe od przyjętego przez zamawiającego szacunku. Zdaniem Sądu Okręgowego, nie można odmówić zamawiającemu dążenia do uzyskania w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego urządzeń w najwyższym stopniu odpowiadających jego jakościowym potrzebom, co znajduje przełożenie m.in. w wartości szacunkowej zamówienia, jednak z tego uprawnienia nie można wywodzić ograniczeń dla wykonawców w zakresie kształtowania oferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Dodać w tym kontekście należy, iż dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie obejmuje wszystkich stanów faktycznych, w których norma wyrażona w tym przepisie znajdzie zastosowania, gdyż celem tego przepisu jest wyznaczanie i wytyczanie uniwersalnych zasad, a nie kazuistyczne przewidywanie szczegółowych przypadków.

Dodatkowo podnieść należy, iż zdaniem Sądu Okręgowego o naruszeniu fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, można przede wszystkim mówić w sytuacji gdyby wykonawca ZSK w ogóle nie złożył wyjaśnień, pomimo skierowania do niego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zamawiający w dalszym ciągu prowadziłby postępowanie wyjaśniające wobec ceny zwartej w złożonej przez niego ofercie, wzywając do składania kolejnych wyjaśnień. Z taką sytuacją w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie mamy jednak miejsca, wobec czego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może zostać uwzględniony.

W ocenie Sądu Okręgowego, w kontekście art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut skargi naruszenia przez Izbę art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie jako wiarygodnego dowodu oświadczenia firmy Dell, że przełączniki Force 10 MXL 10/40 GbE firmy Dell spełniają wymogi zamawiającego. Należy zauważyć, iż z ww. przepisów ustawy Pzp nie można wywieść obowiązku wykonawcy do przedkładania jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z przepisów tych nie wynika także jakakolwiek hierarchia składanych przez wykonawcę dowodów, ani waga ich mocy dowodowej. Dlatego też, w realiach faktycznych rozpoznawanej sprawy nie można uznać, że rozpoznając sprawę Izba nie miała podstaw aby dać wiarę dowodowi w postaci oświadczenia formy Dell, złożonego wraz z przez wykonawcę ZSK w załączeniu do wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W tym zakresie na pełną aprobatę zasługuje stanowisko Izby, iż postępowanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter wyjaśniający, nie zaś dowodowy.

Należy podkreślić, iż Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Izby, iż w sytuacji gdy w niniejszym postępowaniu zamawiający nie żądał przedłożenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających zgodność - wskazanych przez nich rozwiązań - z opisem przedmiotu zamówienia, wystarczającym było złożenie stosowanego oświadczenia w tym zakresie.

Zdaniem Sądu Okręgowego, nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia mają okoliczności i sposób przedstawiania przez odwołującego zarzutów odnośnie niezgodności parametrów oferowanych urządzeń ze SIWZ. Zdaniem Sądu Okręgowego, uwzględniając specyfikę postępowania prowadzonego na podstawie ustawy Prawo Zamówień Publicznych, nie można godzić się na swoistego rodzaju dozowanie konkretyzacji zarzutów w zależności od fazy zawansowania prowadzonego postępowania. Podnieść należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy zarzut określony w odwołaniu, co do niezgodności parametrów urządzeń, został sformułowany z dużą dozą ogólności, wniosek o biegłego został złożony na dalszym etapie postępowania odwoławczego, a de facto dopiero na etapie postępowania skargowego, w uzasadnieniu zarzutów skargi, skarżący uściślił na czym zarzut niezgodności oferty wykonawcy ZSK z treścią SIWZ miał polegać, wskazując, iż zaoferowany przez ww. wykonawcę przełącznik nie zapewnia obsługi protokołów sieciowych zgodnie z wyszczególnionymi w SIWZ standardami oraz nie spełnia wymogu automatycznego wykrywania przeplotu (AutoMDIX) na zewnętrznych portach.

W tym miejscu należy podnieść, że postępowanie przed Izłą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego. Postulat szybkości postępowania odwoławczego wynika przede wszystkim z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp przewidującego dla Izby 15 - dniowy termin na rozpatrzenia odwołania. Dodać należy, iż również dla sądu rozpoznającego skargę na orzeczenie Izby ustawodawca przewidział miesięczny termin na rozpoznania środka ochrony prawnej (art. 198f ust. 1 ustawy Pzp). Tak rygorystyczne ujęcie w przepisach kwestii dotyczącej terminów na rozpoznawanie środków odwoławczych, podyktowane jest specyfiką tego rodzaju postępowania, którego istotą jest sprawne rozpatrzenie podniesionych zarzutów oraz zdyscyplinowanie podmiotu skarżącego i służy szybkiemu przebiegowi postępowania odwoławczego i skargowego. Zdaniem Sądu Okręgowego w takich okolicznościach sprawy KIO słusznie oddalił wniosek odwołującego o przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego

jako zmierzającego do przewlekłości postępowania, tym bardziej, iż teza dowodowa była sformułowana w sposób ogólny, co do zasady nie precyzujący jakie konkretne parametry urządzeń są kwestionowane. Podkreślić należy, iż rzeczą Izby nie jest korygowanie niewłaściwej tezy dowodowej zgłoszonej przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego.

W ocenie Sądu Okręgowego w realiach przedmiotowej sprawy KIO dokonała prawidłowej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. KIO uzasadniła, którym dowodom dała, a którym odmówiła przymiotu wiarygodności, przestrzegając przy tym zasad logicznego rozumowania. Izba dokonując oceny dowodów pod kątem przydatności dla rozstrzygnięcia słusznie uznała, że złożona w sprawie opinia prywatna nie wskazująca sposobu dojścia do konkluzji nie spełniania przez urządzenia kryterium SWIZ, nie zasługuje na uwzględnienie. KIO przedstawiła również logiczną argumentację z jakich powodów nie uwzględniła dowodów z informacji ze stron internetowych.

Sąd Okręgowy oddalił wniosek dowodowy skarżącego o przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego, albowiem oceniając wniosek w kontekście specyfiki postępowania, a w szczególności postulatu jego szybkości i koncentracji dowodów, należy uznać, że skarżący miał możliwość prawidłowego sformułowania tezy dowodowej jeszcze na etapie postępowania przed KIO.

Wobec powyższego i na podstawie powołanych przepisów i art. 198 f ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzeczenie o kosztach postępowania ze skargi, stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika procesowego zamawiającego, uzasadnia treść art.198f ustawy prawo zamówień publicznych, uwzględniając okoliczność iż KIO orzekła o kosztach postępowania odwoławczego. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów Sąd Okręgowy uwzględnił treść §10 ust. 1 pkt.4 w zw, z §5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radcownoszenia przez Skarb Państwa kosztów

pomocy prawnej udzielonej przez ^j^p^ę^r^awneg^uktanowionego z urzędu.

j * / |yginale właściwe podpisy

£M3Odnosc