

**Sygn. akt: KIO 1940/17**

**WYROK**  
**z dnia 5 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2017 r. przez wykonawcę **T. S. sp. z o.o. w W.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w W.**

przy udziale wykonawcy **F. T. S. sp. z o.o. w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **K. sp. z o.o. w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **C. sp. z o.o. sp. k. w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawcy K. sp. z o.o. w W. i wykonawcy I.. P. sp. z o.o. w W. oraz zaniechania czynności wyjaśnienia ofert tych wykonawców**
2. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
  - a) **wezwanie wykonawcy F. T. S. sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia czy zaoferował, a jeżeli tak, to w jaki sposób zamierza spełnić funkcjonalność opisaną w pkt 22 opisu przedmiotu zamówienia,**
  - b) **wezwanie wykonawcy F. T. S. sp. z o.o. w W. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,**

3. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **F. T. S. sp. z o.o. w W.** i wykonawcę **T. S. sp. z o.o. w W.**, każdego w wysokości  $\frac{1}{2}$  i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T. S. sp. z o.o. w W.** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą,
  - 4.2. zasądza od wykonawcy **F. T. S. sp. z o.o. w W.** na rzecz **T. S. sp. z o.o. w W.** kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa serwerów i wyposażenia do serwerów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 lipca 2017 r. nr 2017/S 128-260583.

5 września 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę T. S. sp. z o.o. w W., zwanego dalej „odwołującym” o wyborze w zakresie części III zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę K. sp. z o.o. w W., zwanego dalej „przystępującym K.”. Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego K., oferty wykonawcy F. T. S. sp. z o.o. w W. (zwany dalej „przystępującym F.”), oferty wykonawcy I. P. sp. z o.o. w W.,
- 2) z ostrożności - zaniechania czynności wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 3) z ostrożności - zaniechania czynności wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień treści ich ofert

odwołujący wniósł 15 września 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie w zakresie części III postępowania odrzucenia ofert przystępującego K., przystępującego F. i wykonawcy I. P. sp. z o.o., pomimo iż treść ofert złożonych przez tych wykonawców jest niezgodna z treścią SIWZ, a z ostrożności procesowej zaniechanie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp treści ofert tych wykonawców;
- 2) art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie w zakresie części III postępowania odrzucenia ofert przystępującego K., przystępującego F., wykonawcy It Projekt, pomimo iż cena ich ofert jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a z ostrożności procesowej zaniechanie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu ofert tych wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert przystępującego K., F., I. P. i ich odrzucenie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w części III SIWZ zamawiający wymagał dostawy macierzy dyskowych MSA 2040 firmy H., dla których wskazał przykładową konfigurację dopuszczając jednocześnie dostawę rozwiązań równoważnych, pod warunkiem spełnienia minimalnych wymagań opisanych w pkt od 1 do 26. Jednocześnie zamawiający wskazał, że *„Przedstawione ilości komponentów macierzy są ilościami minimalnymi - jeżeli do poprawnej pracy rozwiązania w konfiguracji i środowisku Zamawiającego wynikającej z niniejszego OPZ wymagane będą dodatkowe elementy, oprogramowanie i licencja, Zamawiający oczekuje ich zaoferowania.”*

Zgodnie z pkt. 14.2 ppkt. 2 SIWZ (str. 17), jednym z kryteriów oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej był okres gwarancji. Dodatkowo w § 6 ust. 9 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 9 do SIWZ, str. 61) zamawiający wskazał, że dostarczane oprogramowanie ma być objęte wsparciem i zapewniać prawo do poprawek (aktualizacji), a także nowej wersji w trakcie obowiązywania umowy, w czasie obowiązywania gwarancji.

Odwołujący argumentował, że zgodnie ze szczegółowymi wymaganiami opisanymi w załączniku nr 1 do SIWZ, na przedmiot zamówienia w części III składała się dostawa macierzy dyskowych wyposażonych m.in. w dyski, pamięć podręczną cache, interfejsy przyłączeniowe oraz oprogramowanie zarządzające i licencje aktywujące dodatkowe funkcjonalności macierzy. W przypadku, gdy oprogramowanie zarządzające macierzy wymaga instalacji dodatkowych serwerów, to oferta powinna obejmować takie serwery w konfiguracji rekomendowanej dla oferowanego środowiska (oprogramowania zarządzającego i systemu operacyjnego) i pozwalającej na jego poprawną pracę (pkt. 20). Zgodnie z wymaganiem opisanym w pkt 22, konfiguracja macierzy dyskowej obejmowała również dostarczenie funkcji (licencji/oprogramowania) realizującej automatyczne gromadzenie danych wydajnościowych przez macierz. Na podstawie tych danych macierz ma realizować samodzielnie, bez pomocy zewnętrznych serwerów, automatyczne przenoszenie woluminów logicznych lub ich części pomiędzy dyskami o różnych prędkościach w celu optymalizacji wydajności i skrócenia czasu odpowiedzi. Jeżeli do uruchomienia tej funkcji wymagana jest dodatkowa licencja powinna być ona dostarczona i musi być wliczona w łączną wartość brutto (z VAT) oferty.

Odwołujący wywiódł, że przystępujący K. i F. zaoferowali takie samo rozwiązanie, tj. macierze dyskowe Eternus DX100 S4 firmy F. z 36 miesięczną gwarancją. Urządzenie to wyposażone jest przez producenta w dwa rodzaje oprogramowania zarządzającego, tj. SF Express i Storage Cruiser. Oprogramowanie SF Express jest wbudowane w macierz, dostarczane bezpłatnie i wyposażone tylko w podstawowe funkcjonalności. Drugie oprogramowanie, Storage Cruiser, jest dodatkowo płatne i licencjonowane, instalowane na zewnętrznym, dodatkowym serwerze i w zależności od wersji pozwala na korzystanie z macierzy w pełnym zakresie, tj. ze wszystkich funkcjonalności przewidzianych dla

urządzenia. Oprogramowanie Storage Cruiser w wersji minimum Standard jest niezbędne do uruchomienia funkcjonalności opisanej i wymaganej w pkt. 22. W związku z wymaganiem określonym w pkt 20, oznacza to, że oferta przystępujących K. i F. oprócz dodatkowych licencji oprogramowania powinna obejmować dostawę dodatkowych 5 szt. serwerów, tj. po jednym serwerze dla każdej macierzy, niezbędnych do instalacji tego oprogramowania.

Odwołujący argumentował, że w pkt. 22 OPZ zamawiający wymagał dostarczenia funkcji (licencji/oprogramowania) realizującej automatyczne gromadzenie danych wydajnościowych przez macierz. Na podstawie tych danych macierz ma realizować samodzielnie, bez pomocy zewnętrznych serwerów, automatyczne przenoszenie woluminów logicznych lub ich części pomiędzy dyskami o różnych prędkościach w celu optymalizacji wydajności i skrócenia czasu odpowiedzi. W przypadku macierzy dyskowej Eternus DX100 S4 wymagana w pkt. 22 funkcjonalność jest realizowana przez dodatkowe, płatne i licencjonowane oprogramowanie Storage Cruiser (SC) Optimization. Oprogramowanie SC Optimization nie działa samodzielnie i wymaga współdziałania z oprogramowaniem zarządzającym Storage Cruiser w wersji minimum Standard. Firma F.. sprzedaje to oprogramowanie przez licencjonowanie każdego produktu osobno (Storage Cruiser Standard i Storage Cruiser Optimization, taka opcja charakteryzuje się wyższą ceną) albo w zestawie o nazwie Featurepack AST (Storage Cruiser Standard + Storage Cruiser Optimization) z niższą ceną w stosunku do zakupu każdego oprogramowania osobno. Każde dodatkowo licencjonowane oprogramowanie wymaga w firmie F. zakupu usługi wsparcia technicznego, zapewniającej prawo do poprawek (aktualizacji), a także nowych wersji oprogramowania.

Odwołujący podniósł ponadto, że do konfiguracji macierzy dyskowych Eternus DX100 S4, jak również innych swoich urządzeń, firma F. stworzyła konfigurator. Konfigurator ten jest aktualizowany przynajmniej raz w miesiącu aktualnymi cenami urządzeń i podzespołów. Prawidłowo skonfigurowana 1 szt. macierzy dyskowej Eternus DX100 S4 według cen obowiązujących w sierpniu 2017 r., zawierająca wszystkie niezbędne licencje oprogramowania, usługi serwisowe, oraz standardową 36-miesięczną gwarancję kosztuje 297.573,90 PLN brutto (241.930,00 PLN netto), przy czym cena samych licencji w zestawie Featurepack AST wraz z usługami serwisowymi w okresie 36 miesięcy wynosi 55.448,40 PLN brutto (45.080,00 PLN netto). Powyższa cena konfiguracji macierzy dyskowej nie uwzględnia ceny dodatkowego serwera, wymaganego w pkt. 20 przeznaczonego do instalacji niezbędnego oprogramowania Storage Cruiser Standard i Storage Cruiser Optimization. Odwołujący przedstawił wydruk z konfiguratora macierzy Eternus DX100 S4 firmy F..

Odwołujący wywiódł, że przystępujący K. zaoferował dostawę 1 szt. macierzy dyskowej w cenie 81.466,59 PLN brutto (netto 66.233,00 PLN), tj. w cenie niższej o ponad

72% od ceny katalogowej, bez uwzględnienia marży wykonawcy. Natomiast przystępujący F. zaoferował dostawę 1 szt. macierzy dyskowej w cenie 83.128,00 PLN brutto (netto 67.583,74 PLN), tj. również w cenie niższej o ponad 72% od ceny katalogowej. Nawet przy uwzględnieniu specjalnego upustu projektowego, sprzedaż urządzenia za 27,74% jego wartości jest całkowicie nierealna i niemożliwa do uzyskania w warunkach rynku informatycznego w Polsce. Tak niska cena wskazuje, że wykonawcy nie uwzględnili w zaoferowanej konfiguracji pojedynczej macierzy dyskowej Eternus DX100 S4 następujących elementów, wymaganych w pkt. 20 i 22 załącznika nr 1 do SIWZ oraz w § 6 ust 9 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 9 do SIWZ):

- zestaw licencji ETSF16 Featurepack (AST Pack), numer katalogowy FTS:D01915G81H;
- usługi serwisowe do zestawu licencji SP 3y TS Sub & Upgr,9x5,4h Rm Rt, numer katalogowy FSP:G-SW3MO60PRE0C;
- dodatkowy serwer przeznaczony do instalacji oprogramowania.

Odwołujący podkreślał, że z treści oferty przystępujących K. i F. nie wynika fakt zaoferowania powyższych produktów, a w konsekwencji oferty tych wykonawców powinny zostać odrzucone w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Względnie, wykonawcy powinni zostać wezwani do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, że oferty przystępujących K. i F. zawierają rażąco niskie ceny, które budzą uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, a tym samym oferty wykonawców powinny podlegać odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dalszej części odwołania odwołujący wywiódł, że podobna sytuacja ma miejsce w przypadku oferty wykonawcy I. P.. Co prawda, wykonawca ten zaoferował inny typ macierzy dyskowej innego producenta, tj. macierz dyskową OceanStor 2200 V3 firmy H., ale również w przypadku tego rozwiązania konieczny jest zakup dodatkowych licencji oprogramowania realizujących funkcjonalności wymagane przez zamawiającego w pkt. 22, 23, 25. Prawdopodobnie skonfigurowana 1 szt. macierzy dyskowej OceanStor 2200 V3, zawierająca wszystkie niezbędne licencje oprogramowania, usługi serwisowe oraz standardową 36-miesięczną gwarancję kosztuje 105.028,56 USD brutto (85.389,07 USD netto), co w przeliczeniu daje kwotę brutto 382.923,63 PLN (netto 311.320,01 PLN), przy czym cena samych licencji oprogramowania SmartTier (niezbędne do realizacji wymagania określonego w pkt. 22), Snapshot i HyperSnap (niezbędne do realizacji wymagania określonego w pkt. 23) oraz SmartThin (niezbędne do realizacji wymagania określonego w pkt. 25) wraz z usługami serwisowym w okresie 36 miesięcy wynosi 12.652,24 USD brutto (10.286,37 USD netto), co w przeliczeniu daje kwotę brutto 46.128,80 PLN. Odwołujący powołał się na wydruk z konfiguratora macierzy OceanStor 2200 V3 firmy H..

Odwołujący argumentował, że wykonawca It. Projekt zaoferował dostawę 1 szt. macierzy dyskowej w cenie 86.413,70 PLN brutto (netto 70.255,04 PLN), tj. w cenie niższej o ponad 77% od ceny katalogowej, bez uwzględnienia marży wykonawcy. Nawet przy uwzględnieniu specjalnego upustu projektowego, sprzedaż urządzenia za 22,57% jego wartości jest całkowicie nierealna i niemożliwa do uzyskania w warunkach rynku informatycznego w Polsce. Tak niska cena wskazuje, że wykonawca nie uwzględnił w zaoferowanej konfiguracji macierzy dyskowej OceanStor 2200 V3 m.in. oprogramowania wymaganego w pkt. 22 załącznika nr 1 do SIWZ oraz w § 6 ust. 9 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 9 do SIWZ), tj.:

- licencja SmartTier License, numer katalogowy LIC-22V3-TIER
- usługi serwisowe do licencji SmartTier License Hi-Care Application Software Upgrade Support Service-36Month(s), numer katalogowy 88033NJD-88134UHK- 36.

Odwołujący podkreślił ponadto, że z treści oferty wykonawcy I. P. nie wynika fakt zaoferowania wszystkich niezbędnych licencji oprogramowania wraz z usługami serwisowymi, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Względnienie, wykonawca powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, że oferta wykonawcy It. Projekt zawiera rażąco niską cenę i budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, a tym samym oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w części dot. zarzutów dotyczących własnej oferty, zgłosił przystąpienie przystępujący F.. Wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący K.. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca C. sp. z o.o. sp. k. w W.. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez**

**odwołującego, oferty przystępujących K., F., wykonawcy I.. P., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 5 września 2017 r., odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu czwartym. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia ofert przystępujących K., F. i wykonawcy I.. P., które zostały sklasyfikowane na miejscach od pierwszego do trzeciego. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawcy K. sp. z o.o. w W. i wykonawcy It. P. sp. z o.o. w W. oraz zaniechania czynności wyjaśnienia ofert tych wykonawców.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania. Wykonawca It. Projekt w ogóle nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący F., jak wynikało ze zgłoszenia przystąpienia, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego jedynie w części zarzutów dotyczących własnej oferty (por. zgłoszenie przystąpienia, w aktach sprawy). Z kolei przystępujący K. wycofał złożony przez siebie sprzeciw (por. pismo przystępującego K. z 4 października 2017 r.). Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co w ww. części nie nastąpiło.



Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione przykładowo w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Izba, na art. 190 ust. 6 Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny informatyki na okoliczność, że na dzień złożenia ofert dla macierzy dyskowych OCEAN STORE 2200 V3 funkcjonalności opisane w punkcie 22, 23, 25 dla części 3 OPZ są dodatkowo płatne i licencjonowane uznając, że dowód ten został powoływany jedynie dla zwłoki. Dowód ten dotyczył tej części odwołania, w której odwołujący domagał się odrzucenia oferty wykonawcy I. P.. Wobec braku sporu w tym zakresie pomiędzy stronami i konieczności umorzenia postępowania odwoławczego, prowadzenie dowodu na tę okoliczność należało uznać za zbędne.

Odwołanie, w części rozpatrywanej merytorycznie, zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego F. w części III zamówienia z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie wymogu z pkt 20 zd. 2 i 22 załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia).

Ustalono, że zamawiający wymagał dostawy macierzy dyskowych MSA 2040 firmy H.. Zamawiający dopuścił jednak zastosowanie rozwiązania równoważnego pod warunkiem spełniania minimalnych wymagań opisanych w pkt 1-26 (załącznik nr 1 do SIWZ, opis przedmiotu zamówienia dla części III). Zamawiający w pkt 22 wskazał, że *wymagane jest dostarczenie funkcji (licencji/oprogramowania) realizującej automatyczne gromadzenie danych wydajnościowych przez macierz. Na podstawie tych danych macierz ma realizować samodzielnie, bez pomocy zewnętrznych serwerów, automatyczne przenoszenie woluminów*

*logicznych lub ich części pomiędzy dyskami o różnych prędkościach w celu optymalizacji wydajności i skrócenia czasu odpowiedzi. Jeżeli do uruchomienia tej funkcji wymagana jest dodatkowa licencja powinna być ona dostarczona i musi być wliczona w łączną wartość brutto (z VAT) oferty. Ponadto w zd. 2 pkt 20 załącznika nr 1 zastrzeżono, że jeżeli oprogramowanie wymaga instalacji dodatkowych serwerów, to należy je dostarczyć w konfiguracji rekomendowanej dla oferowanego środowiska i pozwalającej na jego poprawną pracę.*

Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że przystępujący F. zaoferował zamawiającemu rozwiązanie równoważne w postaci macierzy dyskowych F. Eternus/DX100 S4. Podniósł jednak, że wykonawca nie zaoferował zamawiającemu przywołanej wyżej funkcji, o której mowa w pkt 22 załącznika nr 1. Wskazał, że przystępujący F. miał nie zaoferować elementów, jakie miały odpowiadać za ww. funkcję (zestaw licencji ETSF16 Featurepack (AST Pack), numer katalogowy FTS:D01915G81H; usługi serwisowe do zestawu licencji SP 3y TS Sub & Upgr,9x5,4h Rm Rt, numer katalogowy FSP:G-SW3MO60PRE0C; dodatkowy serwer przeznaczony do instalacji oprogramowania). Zwrócił uwagę, że z treści oferty przystępującego F. nie wynika fakt zaoferowania tych elementów.

Przystępujący F. w toku rozprawy oświadczył, że omawianą funkcję zaoferował i że za funkcję tę będą odpowiadać także ww. elementy, na jakie wskazał odwołujący. Argumentował również, że zamawiający w SIWZ nie nałożył na wykonawców obowiązku ujawnienia sposobu zapewnienia spornej funkcji. Na powyższe wskazywał także zamawiający w trakcie rozprawy.

Izba stwierdziła, że przystępujący F. w swej ofercie istotnie nie zaprezentował zamawiającemu sposobu zapewnienia funkcjonalności z pkt 22 OPZ. Powyższe nie oznaczało jeszcze, że taki element nie został zaoferowany. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w treści SIWZ nie nałożył na wykonawców obowiązku zaprezentowania w treści oferty sposobu dostarczenia spornej funkcji. Owszem, zamawiający w pkt 11.1. 3 SIWZ wymagał złożenia przez wykonawców „danych technicznych oferowanego przedmiotu zamówienia”, jednakże w szczególności określonej we wzorze, stanowiącym załącznik nr 4a do SIWZ. Analiza zaś ww. wzoru prowadziła do wniosku, że w jego treści próżno było szukać miejsca, w którym takie dane należałoby ujawnić. Ponadto również sam odwołujący w wypełnionym przez siebie załączniku nr 4a do SIWZ nie przedstawił zamawiającemu sposobu zapewnienia spornej funkcji (por. strona 38 oferty odwołującego, okazana w oryginale na rozprawie). Tymczasem z dowodu nr 8 (wydruk ze strony internetowej infortrend.com, złożony przez przystępującego F. w trakcie posiedzenia Izby) wynikało, że również w przypadku rozwiązania oferowanego przez odwołującego za automatyczne tworzenie kopii zapasowych pamięci masowej odpowiada oprogramowanie, dla którego należy zapewnić dodatkową licencję. W tej sytuacji odwołujący nie mógł utrzymywać, że o

niezaoferowaniu spornych elementów miałyby świadczyć fakt niewskazania ich wyraźnie w ofercie przystępującego.

Nie można było ustalić spornego faktu co do niezaoferowania omawianych elementów powołując się zbyt niską, zdaniem odwołującego, cenę oferty przystępującego. W tym zakresie odwołujący przedstawił dowód w postaci sporządzonego przez siebie zestawienia cenowego, opracowanego na podstawie konfiguratora techniczno-cenowego dostępnego na stronie internetowej (...) (wydruk z ww. strony internetowej – dowód nr 5 i zestawienie cenowe – dowód nr 6). Dostrzeżenia wymagało jednak, że argument przedstawiony przez odwołującego był jedynie argumentem natury ekonomicznej. Nawet ewentualne stwierdzenie, że nieprawidłowo oszacowano pewne elementy kosztotwórcze nie oznaczało jeszcze, że element taki nie został zaoferowany. Teoretycznie rzecz biorąc można bowiem zaoferować pewien składnik, lecz nie uwzględnić go w wycenie. Taka zaś sytuacja nie jest objęta dyspozycją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Powyższe może być co najwyżej podstawą do wszczęcia odpowiedniej procedury wyjaśniającej i następnie ewentualnego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie potwierdził się i odwołanie w tej części podlegało oddaleniu.

Oddaleniu podlegał także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego F., który miał zaoferować cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „*Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”)). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących*

*wyliczenia ceny lub kosztu (...)*”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego F. do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia odwołania w tej części.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej w odniesieniu co ceny oferty przystępującego F. i jej składników.

*Stosownie do ww. przepisu, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...).*

W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwalał na stwierdzenie, że istnieją co najmniej wątpliwości co do tego, czy cena oferowana przez przystępującego Fujitsu i jej istotne części nie są rażąco niskie w stosunku do wartości świadczenia zaoferowanego przez przystępującego. Ponadto wysokość ceny może budzić wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ.

Odwołujący przedstawił Izbie dowód w postaci sporządzonego przez siebie zestawienia cenowego, opracowanego na podstawie konfiguratora techniczno-cenowego dostępnego na stronie internetowej (...) (wydruk z ww. strony internetowej – dowód nr 5 i zestawienie cenowe – dowód nr 6). Przystępujący F. w trakcie rozprawy przyznał, że pod względem technicznym zestawienie z pkt 1 zestawienia cenowego (dowód nr 6) odpowiada przedmiotowi jego oferty. Wobec powyższego stwierdzono, że kalkulacja cenowa dotyczy takiej konfiguracji sprzętu, jaką zaoferował przystępujący. Jak wynikało zaś z kalkulatora, cena 1 szt. macierzy dyskowej Eternus DX 100 S4 wraz z oprogramowaniem Featurepack AST, wsparciem technicznym kształtowała się na poziomie 241.930,00 zł netto. Ponadto cena ta nie uwzględniała serwera, który – jak przyznał przystępujący F. w trakcie rozprawy – również został uwzględniony w wycenie. Tymczasem przystępujący F. zaoferował zamawiającemu dostawę 1 szt. macierzy dyskowej w takiej konfiguracji wraz z serwerem w cenie 67.583,74 zł netto (s. 2 formularza oferty przystępującego F.). Z przedstawionej przez odwołującego kalkulacji wynikało zatem, że cena oszacowana według danych z konfiguratora, znajdującego się wszak na stronach internetowych podmiotów z grupy przystępującego F., okazała się nawet 5-krotnie wyższa od ceny oferowanej przez

wykonawcę w postępowaniu. Owszem, nie można wykluczyć sytuacji, w której przystępujący był w stanie zaoferować zamawiającemu ceny znacząco niższe niż wynikające z konfiguratora z powodu znaczących opustów dostępnych wyłącznie jemu, jako podmiotowi z grupy kapitałowej F.. Z informacji z KRS przystępującego F. wynikało istotnie, że jego udziałowcem jest bowiem podmiot F. T. Strony (...) B.V. (dział I rubryka 7 informacji z KRS przystępującego F., przy zgłoszeniu przystąpienia). Jednakże, jak słusznie wskazał odwołujący, twierdzenia przystępującego o wysokich i dostępnych wyłącznie jemu opustach pozostały gołosłowne, gdyż nie zostały poparte żadnym dowodem. Wzięto pod uwagę, że oświadczenia przystępującego F., iż opusty na takim poziomie są ekskluzywne i dostępne tylko jemu budziły wątpliwości również ze względu na treść oferty przystępującego K.. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że wykonawca ten zaoferował zamawiającemu identyczne macierze, co przystępujący F. za cenę jednostkową 66.233,00 zł netto, a więc niższą od ceny przystępującego F.. Ponadto wykonawca ten wycofał swój sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania argumentując, że czyni to pod wpływem informacji pozyskanych od producenta oferowanych urządzeń, czyli firmy z grupy F. (por. oświadczenie o wycofaniu sprzeciwu przystępującego K. z 4.10.2017 r., w aktach sprawy). Jak słusznie dostrzegł przystępujący F. nie można wykluczyć, że wykonawca ten w swej konfiguracji technicznej popełnił omyłkę i jego oferta nie jest tożsama z ofertą przystępującego F.. Tym niemniej ciąg tych okoliczności pozwala na stwierdzenie, że w analizowanej sprawie co najmniej istnieją wątpliwości, które powinny być przez zamawiającego wyjaśnione.

Wątpliwości może także budzić kwestia, czy przystępujący F. uwzględnił w cenie ofertowej koszt oprogramowania i sprzętu, celem zapewnienia zamawiającemu funkcjonalności wymaganej w pkt 22 OPZ, o której była mowa wcześniej. Przystępujący F. jednoznacznie oświadczył w trakcie rozprawy, że celem zapewnienia tej funkcjonalności zaoferował zamawiającemu sprzęt i oprogramowanie w konfiguracji technicznej, o jakiej mowa w pkt 1 dowodu nr 6 (zestawienie cenowe sporządzone przez odwołującego). W konsekwencji, z uwagi na wymóg z pkt 20 zd. 2 OPZ (przywołany wcześniej), cena ofertowa tego wykonawcy musiała zawierać w sobie koszt zapewnienia licencji dla niezbędnego oprogramowania, jego usług serwisowych i sprzętu, w tym serwerów.

Niezasadne jest twierdzenie przystępującego F., że skoro cena jego oferty nie odbiegała od szacunku zamawiającego i cen innych ofert to brak było podstaw do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Stwierdzono, że cena oferty przystępującego kształtowała się na poziomie 415.640,00 zł. Istotnie, zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 400.000 zł z VAT. Inni wykonawcy zaoferowali zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia za następujące ceny: (przystępujący K. – 407.332,95 zł, IT P. sp. z o.o. 432.068,52 zł, odwołujący 468.476,25 zł, przystępujący C. sp. z o.o. sp. k. 619.920 zł, pkt 11 i 12 protokołu postępowania).

Izba wzięła pod uwagę, że szacunek zamawiającego ewidentnie został zaniżony. Jak wynikało choćby z zestawienia ofert złożonych w tym postępowaniu, ceny wszystkich ofert przewyższały ten szacunek. Co istotne zaś, cena oferty wykonawcy C. sp. z o.o. sp. k., oferującego rozwiązanie referencyjne (tj. macierz HPE MSA 2040 ES) była droższa od szacunku zamawiającego o ponad 200 tysięcy złotych. Z kolei porównywanie cen ofertowych przystępującego z cenami innych wykonawców należało uznać za zbyt uproszczenie. Jak już wskazano wcześniej, zamawiający dopuścił w OPZ możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych. Jak wynika z treści ofert, wykonawcy z tej możliwości skorzystali (por. oferty wykonawców I. P., odwołującego). Jak słusznie wskazywał odwołujący, nie wszystkie oferowane rozwiązania równoważne wymagały zaoferowania dodatkowych licencji czy dodatkowego sprzętu (jak np. serwer), celem choćby spełniania funkcjonalności z pkt 22 OPZ. Przystępujący przyznał w trakcie rozprawy, że takie dodatkowe oprogramowanie i sprzęt wliczył w cenę oferty. Powyższe nie było do końca udziałem np. odwołującego, który oświadczył, że celem zapewnienia funkcji z pkt 22 OPZ nie musiał oferować serwera. Mimo to odwołujący nie był w stanie zaoferować zamawiającemu tak korzystnej ceny. Ponadto, jak słusznie wskazał zamawiający podstawą wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, mogą być nie tylko wątpliwości co do całkowitej ceny czy kosztu ale także ich istotnych elementów. Biorąc powyższe pod uwagę zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp należało uznać za zasadny.

W ocenie Izby za zasadny należało uznać także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego F. do wyjaśnienia, czy zaoferował, a jeżeli tak, to w jaki sposób zamierza zapewnić zamawiającemu funkcjonalność opisaną w pkt 22 opisu przedmiotu zamówienia. O ile wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp powinno dotyczyć sfery ekonomicznej zagadnienia, o tyle wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp powinno być skoncentrowane na ustaleniu strony technicznej przedmiotu oferty. Jak wynikało z pkt 20 zd. 2 OPZ zamawiający nie narzucał sposobu zapewnienia spornej funkcji jednak zastrzegł, że w przypadku gdy jej zaoferowanie wymaga dodatkowych licencji i dodatkowego sprzętu w tym serwera, to takie elementy powinny być uwzględnione. Wezwanie powinno zmierzać do wyjaśnienia, czy i w jaki sposób przystępujący F. zastosował się do tego wymogu. Wobec powyższego stwierdzono, że zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Izba, na podstawie na art. 190 ust. 6 Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny informatyki na okoliczność, że na dzień złożenia ofert dla macierzy dyskowych Eternus DX 100 S4 firmy F. funkcjonalności opisana w punkcie 22 dla części 3 OPZ jest dodatkowo płatna i licencjonowana a do jej działania potrzebne jest oprogramowanie Storage Cruiser w wersji minimum Standard, które jest instalowane na zewnętrznym serwerze, uznając, że dowód ten został powołany jedynie

dla zwłoki. Zgodnie z art. 190 ust. 5 Pzp nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Fakty te zostały przyznane przez przystępującego F., a przyznanie nie budziło wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp, postanowiła oddalić wniosek przystępującego Fujitsu o przeprowadzenie dowodu z wydruku ze strony internetowej (...) (dowód nr 7) uznając, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki. Przystępujący F. oświadczył, że dowód ten miał potwierdzać zgodność oferty przystępującego F. ze zdaniem pierwszym pkt 20 opisu przedmiotu zamówienia, który brzmiał „oprogramowanie powinno posiadać interfejsy do zarządzania GIU oraz CLI”. Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne, jakie miały być wykazane tym dowodem, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż odwołujący w odwołaniu nie kwestionował zgodności oferty przystępującego F. z SIWZ w tym zakresie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 i 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, *Postanowienia...*, 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Ereciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t.2, red. T. Ereciński, s. 110).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

Stwierdzone naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wszczęcia procedur wyjaśniających w zakresie wskazanym w sentencji może mieć wpływ na wynik postępowania. Zaniechania te dotyczą bowiem oferty przystępującego F. sklasyfikowanej na miejscu drugim. Dostrzeżenia przy tym wymagało, że klasyfikacja ofert nie była ostateczna, a to wskutek umorzenia postępowania odwoławczego wskutek uwzględniania zarzutów odwołania względem wykonawcy, którego ofertę sklasyfikowano na miejscu pierwszym i trzecim. W pozostałej części nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Zatem odwołanie w tym zakresie musiało podlegać oddaleniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba, wobec częściowego uwzględnienia odwołania, nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego F. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia czy zaoferował, a jeżeli tak, to w jaki sposób zamierza zapewnić funkcjonalność opisaną w pkt 22 opisu przedmiotu zamówienia. Nakazano także wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Powyższe wezwania powinny być wystosowane po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości



zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Odnosnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

*Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z

22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 3 Pzp, koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi:

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,
- b) wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – w zakresie merytorycznym częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazały się dwa zarzuty, zaś za chybione należało uznać również dwa zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 50% i chybione w takim samym stosunku. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem wnoszącego sprzeciw przystępującego F. i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł. Nie zaliczono w poczet kosztów postępowania kosztów z tytułu zastępstwa procesowego zamawiającego w kwocie 3.600 zł. Izba stwierdziła, że to czynności i zaniechania zamawiającego doprowadziły do konieczności wniesienia odwołania w tej części, w jakiej okazało się ono zasadne. Ponadto wkład zamawiającego w rozstrzygnięcie sprawy okazał się znikomy. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu i 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300 zł (18.600,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od przystępującego F. na rzecz odwołującego kwotę 9.300,00 zł (18.600,00 – 9.300,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....