

Sygn. akt: KIO 2185/17

WYROK

z dnia 31 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2017 r. przez **Wykonawcę – Virtual Technologies IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Katowicach przy ul. Damrota 6/301 (40-022 Katowice) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Oleśnicy**, ul. Mikołaja Reja 10 (56-400 Oleśnica)

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **M. O., R. M., T. M., J. R.**, prowadzących wspólnie działalność w formie spółki cywilnej **TEWA IT M. O., R. M., T. M., J. R. spółka cywilna**, ul. Przeskok 18 (20-403 Lublin) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Virtual Technologies IT Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Virtual Technologies IT Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Wykonawcy Virtual Technologies IT Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz Zamawiającego Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Oleśnicy kwotę **3.879,63 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Oleśnicy na *dostawę, montaż i uruchomienie serwera głównego wraz z wyposażeniem dla Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Oleśnicy* (nr ref.: SZPZOZ/ZP/03/INF/2017), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 września 2017 r. pod nr. 587187-N-2017, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Tewa IT s.c oraz odrzucenia oferty własnej, Wykonawca Virtual Technologies IT Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 17 października 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2185/17).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego wykonawców pismem z dnia 12.10.2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że spełnia wymagania specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do siwz, tj. wymagania dodatkowe opisane w pkt 4-6;
2. art. 38 ust. 4 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 poprzez zmianę specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do siwz już po otwarciu ofert w zakresie dotyczącym wymagań dodatkowych z pkt 4-6 z niekorzystnym dla Odwołującego skutkiem w postaci odrzucenia ofert;
3. art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty mniej korzystniejszej Tewa IT s.c., co było wynikiem uprzywilejowania tego Wykonawcy na skutek błędnej interpretacji wymagań dodatkowych z pkt 4-6 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do siwz;
4. art. 7 ust. 1 poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący opierał całość argumentacji na wykazaniu, iż Zamawiający po otwarciu ofert dopuścił się zmiany wymagań dodatkowych opisanych w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do siwz:

- *podniesienie wersji systemów operacyjnych do Centos 6.9, nie może być zrealizowany przez firmę zewnętrzną*;
- *w przypadku serwera NETRAAD, będzie również wymagana zmiana architektury*;

- migracja baz danych musi zostać wykonana przy asyście firmy CGM poprzez reinstalację serwera (...);
- dodatkowo, dla nowej maszyny będzie potrzebne wygenerowanie nowej licencji (...).

Zamawiający w sposób błędny dokonał oceny zgodności oferty Odwołującego z siwz, uznając ją za niezgodną z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 1 do siwz:

- migracja maszyn wirtualnych działających w Centos 5 XEN wraz z usługami i oprogramowaniem medycznym (serwer aplikacyjny i bazodanowy) na nowe środowisko wirtualne;
- przeniesienie serwera Centos 4.4. razem z usługami i oprogramowaniem medycznym (serwer NetRAAD) na nowe środowisko wirtualne;
- podniesienie wersji systemów operacyjnych do Centos 6.9.

Decyzja Zamawiającego była podyktowana nowymi okolicznościami wskazanymi dopiero w piśmie z dnia 6.10.2017 r. skierowanym do Odwołującego, w odpowiedzi na które Wykonawca złożył wyjaśnienia. Ponieważ oferta Odwołującego spełnia opisane w siwz wymagania dodatkowe, nowe okoliczności, których Zamawiający nie wskazał na etapie konstruowania postanowień siwz (np. obowiązku dokonania migracji danych przy asyście firmy CGM), nie mogły rodzić negatywnych skutków dla prawidłowo złożonej oferty. Zmiana wymagań, jakiej dokonał Zamawiający pismem z 6.10.2017 r. nie mogła być uznana za skuteczną, a Wykonawca nie musiał w wyjaśnieniach odnosić się do nowych elementów przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu ustosunkował się jedynie do przedmiotu zamówienia jaki został opisany w siwz, co do którego złożył w ofercie deklarację gotowości jego realizacji. To na skutek zmiany siwz oferta Odwołującego uznana została za niezgodną z nową wersją siwz. Dookreślenie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na etapie oceny ofert narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż uniemożliwia przygotowanie oferty, która zostanie oceniona jako prawidłowa. Wykonawca nie miał wiedzy o tym, że podniesienie wersji systemów operacyjnych do Centos 6.9 nie może być zrealizowane przez firmę zewnętrzną lub, że migracja baz danych musi zostać wykonana przy asyście firmy CGM poprzez reinstalację serwera. Zamawiający nie mógł oceniać ofert pod kątem nowych, nie wskazanych w siwz wymagań i na tej podstawie odrzucić oferty Odwołującego.

W postępowaniu to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza, co przedstawia wynik oceny ofert, a na skutek uprzywilejowania Wykonawcy Tewa IT s.c., do czego doprowadziła zmiana zasad oceny ofert, oferta mniej korzystna została wybrana, a ofertę najkorzystniejszą Zamawiający odrzucił. Odwołujący przypuszcza, iż taki był zamiar Zamawiającego, aby odrzucić wszystkie oferty z wyłączeniem oferty Tewa IT s.c., który to Wykonawca jako jedyny oświadczył w piśmie z dnia 10.10.2017 r., iż przy realizacji zamówienia skorzysta z usług

spółki CGM Sp. z o.o. (która nie jest wpisana do rejestru przedsiębiorców). Wykonawca ten mógł mieć zatem wcześniej informację, iż dodatkowy wymóg asysty firmy CGM zostanie postawiony w późniejszym czasie, co ma uzasadniać przypuszczenie celowego działania Zamawiającego wskazanego powyżej.

Do postępowania odwoławczego w dniu 20.10.2017 r. przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: M. O., R. M., T. M., J. R. (dalej jako Tewa IT s.c.).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy przed otwarciem posiedzenia wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. W świetle stanu faktycznego, w którym oferta Odwołującego została odrzucona, a wybrana została oferta mniej korzystna, podważenie czynności Zamawiającego ma na celu doprowadzenie do prawidłowego wyniku postępowania. Odwołujący posiadał zatem, w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, których utrzymanie w mocy oznaczałoby, iż utraciłby on szansę na uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego i jego wyjaśnień z 6.10.2017r. oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego z wykorzystaniem procedury odwróconej opisanej w art. 24aa Ustawy.

Przedmiot niniejszego postępowania stanowi dostawa, montaż i uruchomienie:

- 4 szt. serwerów (2 serwery aplikacyjne i 2 serwery bazodanowe),
- 1 kpl. systemu wirtualizacji
- 1 szt. macierzy dyskowej wraz z półką rozszerzającą,
- 2 szt. UPS,
- 1 szt. szafa RACK

o parametrach i funkcjonalnościach opisanych szczegółowo w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do siwz.

Załącznik nr 1 do siwz zawiera opis wymaganych parametrów lub funkcjonalności elementów przedmiotu zamówienia, w tym wymagania dodatkowe związane z instalacją i konfiguracją przedmiotu zamówienia. W poz. 4-6 tabeli wskazane zostały wymagania:

- migracja maszyn wirtualnych działających na Centos 5 XEN wraz z usługami i oprogramowaniem medycznym (serwer aplikacyjny i bazodanowy) na nowe środowisko wirtualne (poz. 4);
- przeniesienie serwera Centos 4.4. razem z usługami i oprogramowaniem medycznym (serwer NetRAAD) na nowe środowisko wirtualne;
- podniesienie wersji systemów operacyjnych do Centos 6.9.

Załącznik ten po wypełnieniu kolumny *Odpowiedź Wykonawcy* stanowił element oferty podlegający ocenie pod kątem potwierdzenia wymagań Zamawiającego.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty. Według kryteriów oceny ofert to oferta Odwołującego uzyskała najwyższą ilość punktów.

Odwołujący załączył do oferty wypełniony formularz specyfikacji technicznej, w którym udzielił odpowiedzi TAK we wszystkich trzech spornych elementach wymagań dodatkowych.

W dniu 5.10.2017 r. Zamawiający otrzymał odpowiedź od producenta oprogramowania medycznego NetRAAD, w której ten wskazał, iż *Patrząc na wymagania dodatkowe, szczególnie punkt 5 oraz 6 które wiążą się z ponowną instalacją systemu Clininet z Netraad i bazy danych oraz oczywistą polityką firmy aby podmiotom trzecim nie udostępniać instalatora naszego systemu, informuję że wybierając ofertę firmy, która postanowiła przeprowadzić wszelkie prace swoimi zasobami oraz nigdy wcześniej, co potwierdziła referencjami nie wykonywała prac związanych z systemem naszej firmy, narażacie się na utratę ciągłości działania systemu i utratę danych. Jednocześnie przypominam, że obecna umowa serwisowa nie przewiduje napraw awarii, które mogą powstać na skutek prac wykonanych przez nieautoryzowane przez nas podmioty.*

Zamawiający pismem z dnia 6.10.2017 r. wystąpił do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie, czy w związku z *planowanym przeniesieniem serwerów na nowy sprzęt działający na*

środowisku wirtualnym vmware proszę o informację czy są potrzebne jakieś dodatkowe informacje dla firmy, która dokona przeniesienia oraz upgradeu oprogramowania systemowego serwerów wg poniższych zadań: 1. Migracja maszyn wirtualnych (...); 2. Przeniesienie serwera Centos 4.4 (...); 3. Podniesienie wersji systemów (...). Zamawiający kierując to zapytanie dążył do uzyskania potwierdzenia, iż Wykonawca może zapewnić migrację oprogramowania, co budziło jego wątpliwości w związku z informacją producenta systemu medycznego NetRAAD. W piśmie Zamawiający wskazał na otrzymane mailem odpowiedzi, z których wynika, iż Podniesienie wersji systemów operacyjnych do Centos 6.9 nie może być zrealizowany przez firmę zewnętrzną. System CLININET, NETRAAD musi zostać na nowo zainstalowany z instalatora dedykowanego dla systemu CentOS/RHEL 6. W kolejnym kroku należy wykonać migrację danych aplikacji i konfiguracji. Aplikacje i usługi wymagane do poprawnej pracy systemu nie zadziałają po aktualizacji systemu z 4.x i 5.x do 6.x. Są zależne od bibliotek dedykowanych dla konkretnej głównej wersji systemu. W przypadku serwera NETRAAD będzie również wymagana zmiana architektury z 32 na 64 bity. Migracja bazy danych musi zostać wykonana przy asyście firmy CGM poprzez reinstalację serwera Sybase ASE (z wykorzystaniem instalatora CGM) na docelowym środowisku oraz przeniesienie bazy poprzez backup i przywrócenie na nowej maszynie. Dodatkowo dla nowej maszyny będzie potrzebne wygenerowanie nowej licencji – baza nie uruchomi się po przeniesieniu z Xena na środowisko Vmware. Aktualizacje pomiędzy głównymi wersjami systemu (4 do 5,5 do 6) nie są wspierane przez system CentOS/RHEL. Nie ma oficjalnej ścieżki wykonania takiej aktualizacji i istnieje duże ryzyko niepowodzenia, utraty danych i późniejszych problemów z działaniem samego systemu operacyjnego.

W odpowiedzi z dnia 6.10.2017 r. Wykonawca w zakresie informacji przekazanych w wezwaniu wskazał, iż nie były one podane w opisie prac w punktach 4, 5, 6 i może odnieść się jedynie do treści złożonej oferty zgodnie z wymaganiami postawionymi w siwz. Pytanie w zakresie możliwości wykonania usługi przez Wykonawcę w zakresie rozszerzonym i wnoszącym do postępowania nowe treści i informacje przekazane pismem z dnia 6.10.2017 są niezgodne z ustawą PZP i sposobem przeprowadzenia postępowania. Wykonawca może ustosunkować się jedynie do przedmiotu zamówienia wyszczególnionym w SIWZ. Zatem Wykonawca oświadcza iż jest gotowy zrealizować usługi o których mowa w SIWZ zgodnie ze złożoną ofertą. Natomiast Wykonawca nie może wykonać usług nie objętych SIWZ wyszczególnionych w piśmie z dnia 6.10.2017, gdyż są to nowe treści wniesione do oferty, jak również do SIWZ przez Zamawiającego. Jeżeli dodatkowy zakres prac musi zostać zlecony firmie CGM oraz musi zostać dostarczony instalator dedykowany firmy CGM ten zakres czynności pozostaje po stronie Zamawiającego, gdyż to Zamawiający jest w posiadaniu wszelkich praw do oprogramowania będącego w posiadaniu Zamawiającego i

odpowiednich warunków gwarancyjnych dla tegoż oprogramowania czy umów zawartych z firmą CGM. Zamawiający na etapie przygotowania postępowania i jego ogłoszenia powinien być świadom powyższych informacji jak również odpowiednio zapewnić przyszły dostęp do tegoż zadania / zakresu czynności, które potencjalni Wykonawcy będą realizować. Ponieważ Zamawiający nie wyszczególnił w SIWZ informacji dodatkowych przesłanych pismem z dnia 6.10.2017 obowiązującym dla Wykonawcy jest wykonanie czynności przez Wykonawcę jedynie w zakresie opisanym SIWZ z pominięciem usług wyszczególnionych w piśmie z dnia 6.10.2017. usługi w piśmie z dnia 6.10.2017 pozostają w gestii Zamawiającego.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy wskazując w piśmie z dnia 12.10.2017 r., iż nie spełnia ona wymagań dodatkowych z załącznika nr 1 do siwz, pkt 4-6, gdyż nie zapewnia wykonania prac opisanych w pkt 4-6, co potwierdza treść wyjaśnień. Wykonawca potwierdził, iż nie wykona zadania, zarzucając Zamawiającemu, że na etapie przygotowania siwz tego zadania nie sformułował. Zdaniem Zamawiającego, wybór oferty Odwołującego doprowadziłby do braku możliwości wykorzystania dostarczonych serwerów, bowiem nie można byłoby korzystać z istniejącego oprogramowania medycznego, co nie leży w interesie publicznym.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Tewa IT s.c. (przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Ponieważ podstawa wszystkich podniesionych zarzutów sprowadza się do wspólnej okoliczności faktycznej, tj. uznania oferty Odwołującego za niezgodną z siwz, od rozstrzygnięcia w przedmiocie tej oceny uzależniony był wynik postępowania odwoławczego.

Odwołujący zasadniczo zmierzał do wykazania, iż jego oferta jest zgodna z pierwotnymi wymaganiami opisanymi w specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do siwz), a podstawę, na której Zamawiający opiera decyzję o odrzuceniu stanowi dokonana na etapie oceny ofert zmiany zapisów siwz. Rozstrzygnięcia wymagało zatem po pierwsze ustalenie, czy okoliczności wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego odnosiły się do wymagań dodatkowych opisanych w pkt 4-6 załącznika nr 1 do siwz oraz czy nie rozszerzały zakresu prac związanych z migracją oprogramowania medycznego NetRAAD. W konsekwencji tych ustaleń należało następnie wskazać, czy Wykonawca zaoferował wykonanie pełnego zakresu prac. W tym obszarze decydującym były postanowienia załącznika nr 1 do siwz oraz wyjaśnienia Odwołującego z dnia 6.10.2017 r. dotyczące zakresu zobowiązania wynikającego z oferty.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wymagań Zamawiającego należy wskazać, iż kwestionowanie zapisów siwz już po złożeniu oferty, czy to w ramach wyjaśnień składanych Zamawiającemu, czy też w odwołaniu, nie może być skuteczne. Treść siwz pozostaje bowiem wiążąca, a jedyną możliwością na obecnym etapie postępowania jest próba wykładni zapisów siwz w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został pogląd, iż nieścisłości w treści siwz należy wyklądać na korzyść wykonawcy, z czym należy się zgodzić, gdyż wykonawcy nie powinni być zaskakiwani nowym znaczeniem zapisów siwz już na etapie oceny ofert. Celem jasnego określenia przedmiotu zamówienia, do którego realizacji służy również instytucja wyjaśnienia treści siwz i jej modyfikacji jest, aby wykonawcy składając oferty mieli pewność co do zakresu obowiązków, jakie na siebie przyjmują, a także możliwość skutecznego zweryfikowania dalszych decyzji zamawiającego. Powyższe stanowi niewątpliwie istotny mechanizm gwarantujący zachowanie przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Aby móc stwierdzić, że zasady te nie są naruszone należy ocenić, czy zamawiający podejmując kolejne czynności w postępowaniu kierował się opisanymi w siwz wytycznymi. W przedmiotowej sprawie należało odnieść to do procedury wyjaśniającej wywołanej wątpliwościami Zamawiającego, jakie powziął na skutek korespondencji z producentem oprogramowania medycznego NetRAAD. Przynajmniej, rozstrzygnięcia wymagało, czy wyjaśnienia jakich oczekiwał od Wykonawcy nie miały na celu rozszerzenia poza opis wymagań dodatkowych, zakresu zobowiązania, jakie należało objąć ofertą. W niniejszej sprawie spornym była właśnie ta ocena, gdyż Odwołujący konsekwentnie podtrzymywał, że wezwanie do wyjaśnień, a następnie oparta na tej podstawie decyzja o uznaniu oferty za niezgodną z siwz, miało na celu modyfikację wymagań związanych z zakresem usług migracji oprogramowania medycznego na nowe środowisko wirtualne, a także podniesienia wersji systemów operacyjnych Centos (pkt. 4 – 6 załącznika nr 1 do siwz). Zarówno w wyjaśnieniach z 6.10.2017 r., jak i na rozprawie Odwołujący prezentował stanowisko, iż zakres tych prac nie obejmował konieczności „uruchomienia i instalacji” migrowanego oprogramowania na nowe środowisko wirtualne. Powyższe opierał na stwierdzeniu, iż w siwz Zamawiający nie wymagał zapewnienia przy migracji oprogramowania medycznego asysty producenta (firmy Compu Group Medical Polska Sp. z o.o. – w skrócie „CGM”), jak również konieczności instalacji i uruchomienia tego oprogramowania oraz dostarczenia nowej licencji. Odwołujący składając ofertę założył samodzielną realizację prac i wykorzystanie własnych zasobów do przeprowadzenia czynności opisanych w pkt 4-6 załącznika nr 1 do siwz.

Izba uznała, iż stanowisko Odwołującego nie ma oparcia w treści siwz z co najmniej kilku powodów. Przynajmniej nie może budzić wątpliwości, iż przedmiotem zamówienia jest

dostawa, montaż i uruchomienie serwera głównego wraz z wyposażeniem, który stanowić będzie nowe środowisko wirtualne, na którym zostanie uruchomiona nowa wersja systemu operacyjnego Centos wraz z usługami i oprogramowaniem medycznym. Wprawdzie Zamawiający jedynie w nazwie przedmiotu zamówienia posługuje się wprost słowem „uruchomienie”, co jednak nie ujmuje treści siwz, w tym znaczeniu, że brak powtórzenia tego słowa przy każdym z opisanych wymagań dodatkowych oznacza, że wykonawca miał jedynie dostarczyć nowe środowisko wirtualne, pozostawiając w gestii Zamawiającego jego uruchomienie. Dostarczone nowe środowisko ma stanowić bazę dla pracy obecnie funkcjonujących serwerów aplikacyjnych i bazodanowych oraz serwera NetRAAD, co zostało wskazane w opisie wymagań dodatkowych. Efektem oczekiwanym przez Zamawiającego było zatem uzyskanie nowego środowiska posiadającego pełną funkcjonalność całości systemu przenieszonego na nowy sprzęt. Aby mówić o takim efekcie, konieczne było zapewnienie zarówno podniesienia wersji oprogramowania operacyjnego Centos do 6.9, jak i dokonanie migracji oprogramowania medycznego NetRAAD. Słowo „migracja” okazało się tu istotne, gdyż Odwołujący definiował je przez czynność samego skopiowania i wklejenia, natomiast Zamawiający utożsamiał migrację z efektem końcowym prac, czyli uzyskaniem pełnej funkcjonalności środowiska wirtualnego (odtworzenie na nowej platformie systemów i ich dalsze działanie). Odwołujący pomijał kwestię różnic sprzętowych dostarczanego środowiska komputerowego, wymagające zmiany architektury z 32 na 64 bity, czy też konieczność zapewnienia prawidłowej pracy bibliotek w systemie operacyjnym, opierając swoją argumentację na próbie wykazania, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień zawierało dodatkowe wymagania wykraczające poza zakres przedmiotu zamówienia, gdyż dopiero w tym momencie Zamawiający wskazał Wykonawcy na konieczność zapewnienia asysty producenta NetRAAD. Z taką argumentacją nie można się zgodzić. Samo wezwanie do wyjaśnień miało na celu naświetlenie Wykonawcy konsekwencji związanych z dopuszczeniem samodzielnego wykonania migracji systemu medycznego, co Zamawiający ustalił w korespondencji z producentem systemu medycznego. Wezwanie miało na celu rozwianie wątpliwości Zamawiającego, a wyjaśnienia dostarczyły podstawy do oceny deklaracji Odwołującego złożonej w załączniku do oferty – wypełnionej specyfikacji technicznej. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego były jego wyjaśnienia, z których wynika, iż niepełny zakres świadczenia zostanie przez Wykonawcę wykonany na podstawie złożonej oferty.

Dodatkowo, wiedza co do koniecznych przy podniesieniu systemu operacyjnego Centos pracach wskazuje, iż podniesienie wersji systemu operacyjnego Centos 5 i Centos 4.4 do Centos 6.9 wymaga instalacji od nowa systemu operacyjnego, a tym samym instalacji od nowa systemów, w tym systemu medycznego. Potwierdza to informacja pozyskana ze strony internetowej projektu CentOS (*Bezpośrednie aktualizacje nie są wspierane*, wraz z opisem

kroków które wskazują na tworzenie kopii zapasowej starego systemu), przedstawiona przez Przystępującego w stanowisku eksperckim załączonym do pisma procesowego. Odwołujący poza gołosłownym stwierdzeniem, iż według jego wiedzy możliwe jest wykorzystanie aktualizacji oprogramowania, nie przedstawił dowodu, który czyniłby wiarygodnym to stanowisko. Ponieważ Odwołujący wywodził dalej na tej podstawie, iż migracja oznaczała samo skopiowanie i wklejenie bez instalacji, Izba uznała, iż ta interpretacja stała w sprzeczności z powszechną wiedzą branżową i na tej podstawie nie było uprawnionym nadawanie takiego znaczenia zapisom siwz. Izba przyjęła zatem za wiarygodne i zgodne z wiedzą branżową, iż podniesienie wersji systemu operacyjnego do wersji CentOS 6.9 w nowym środowisku wirtualnym XEN nie jest możliwe bez reinstalacji serwera aplikacyjnego i bazodanowego. Nowa instalacja systemu operacyjnego wymusza ponowną instalację oprogramowania medycznego, migrację usług oraz bazy danych. Wyjaśnienia Odwołującego wskazują natomiast, iż czynności tych nie będzie wykonywał w ramach złożonej oferty.

Argumentacja Odwołującego była wadliwa również z tej przyczyny, że w siwz Zamawiający nie zadeklarował wykonania, czy też wsparcia wykonawcy w wykonaniu części prac, a zatem przyjmowanie na obecnym etapie postępowania, że Zamawiający przyjął na siebie wykonanie reinstalacji i uruchomienia oprogramowania medycznego NetRAAD, nie mogło być uznane za prawidłowe. Ewentualne wątpliwości Wykonawca powinien był wyjaśnić przed złożeniem oferty, a brak takiej inicjatywy nie może obecnie stanowić linii obrony przed konsekwencją dowolnej interpretacji zapisów siwz. Wprawdzie to na Zamawiającym spoczywa ciężar prawidłowego przygotowania postępowania, to nie można tracić z oczu roli narzędzi, jakie zostały przewidziane w Ustawie, w celu zapewnienia przestrzegania zasad postępowania prowadzonego w trybie zamówienia publicznego. Nie można akceptować takiej sytuacji, w której Zamawiający działa w przekonaniu, iż jego zapisy są czytelne, aby następnie dopuścić do oceny dokonanych czynności w kontekście treści siwz nadanej subiektywną wykładnią przygotowaną na potrzeby konkretnego wykonawcy już po upływie terminu na pytania do treści siwz lub żądania jej modyfikacji.

W ocenie Izby brak wskazania w siwz przez Zamawiającego na konieczność zapewnienia asysty autoryzowanego przedstawiciela producenta serwera NetRAAD, w żaden sposób nie wpływa na ustalenie zakresu prac, jakie związane były i są z dostarczeniem i uruchomieniem serwera głównego wraz z wyposażeniem. Kwestia ta ma wtórne znaczenie, gdyż odnosi się do strony technicznej wykonania prac stanowiących element przedmiotu zamówienia, czyli migracji oprogramowania medycznego. Nie miało to decydującego znaczenia dla ustalenia, czy Wykonawca zadeklarował w ofercie pełen zakres świadczenia. Zamawiający mógł oczekiwać, iż wykonawca w sposób prawidłowy zrozumie zapisy siwz, w których użyto siatki pojęciowej powszechnie identyfikowanej z zamówieniami IT. Nie jest powszechnie spotykanym szczegółowe opisywanie kroków związanych z procedurami informatycznymi,

gdyż wykonawcy działający w tej branży powinni mieć wiedzę, jakie czynności wiązać się będą z podnoszeniem systemu operacyjnego do wyższej wersji wraz z usługami i systemami już działającymi. W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, to nie brak jednoznaczności pojęć użytych w opisie wymagań dodatkowych doprowadziło do niezgodności oferty Odwołującego z siwz.

Przesądającym w sprawie były wyjaśnienia z 6.10.2017 r., w których Odwołujący wprost wskazał, iż to po stronie Zamawiającego spoczywać będzie wykonanie prac, dla których konieczny jest udział firmy CGM, których nie przewidział do realizacji w ramach przyjętego w ofercie zakresu zobowiązania. Wynika to z fragmentu: *Jeżeli dodatkowy zakres prac musi zostać zlecony firmie CGM oraz musi zostać dostarczony instalator dedykowany firmie CGM ten zakres czynności pozostaje po stronie Zamawiającego, gdyż to Zamawiający jest w posiadaniu wszelkich praw do oprogramowania będącego w posiadaniu Zamawiającego i odpowiednich warunków gwarancyjnych dla tegoż oprogramowania czy umów zawartych z firmą CGM.* Powyższe wskazuje, iż Wykonawca składając ofertę bądź nie miał dostatecznej wiedzy co do specyfiki rozwiązań funkcjonujących u Zamawiającego (wskazanych z nazwy w siwz), bądź przygotował ofertę zakładając samodzielne wykonanie migracji bez zapewnienia osiągnięcia efektu końcowego. Takie podejście musiało prowadzić do uznania oferty za niezgodną z siwz, co Wykonawca przyznał w treści wyjaśnień, a czego Zamawiający nie mógł pominąć. Przyjęcie oferty Odwołującego w tych okolicznościach, oznaczałoby naruszenie zasad ustalonych dla tego postępowania i prowadzenie niedozwolonych negocjacji, których efektem byłoby uznanie za najkorzystniejszej oferty prezentującej inny, niż wynikający z opisu przedmiotu zamówienia zakres świadczenia.

W konsekwencji tych ustaleń dalsze zarzuty również nie były zasadne, gdyż oparte były na tezie, że wezwanie do wyjaśnień prowadziło do modyfikacji przedmiotu zamówienia oraz zmiany na etapie oceny ofert zasad, których celem miało być wyeliminowanie oferty Odwołującego i przyjęcie oferty mniej korzystnej. Jedynie na marginesie należy zauważyć, iż Zamawiający nie mógł porównywać ze sobą dwóch ofert prezentujących odmienny zakres prac, a w konsekwencji nieporównywalnych cenowo, stąd ilość punktów przyznana ofercie Odwołującego, faktycznie nie oznaczała, że to ta oferta była najkorzystniejsza.

Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba oddaliła odwołanie w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. oraz koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na posiedzenie.

Przewodniczący: