

Sygn. akt: KIO 2728/22

KIO 2743/22

KIO 2744/22

## WYROK

z dnia 10 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 i 31 października 2022 r. i 8 listopada 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2022 r. przez wykonawców:

1. **IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Popularna 4/6**
2. **MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chłopickiego 18**
3. **Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zygmunta Vogla 8**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa - Ministra Finansów – Centrum Informatyzacji Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu, ul. Samorządowa 1**

przy udziale **Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zygmunta Vogla 8** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2728/22 po stronie odwołującego i w sprawie sygn. akt KIO 2743/22 po stronie zamawiającego

przy udziale **IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Popularna 4/6** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2743/22 i w sprawie KIO 2744/22 po stronie zamawiającego

przy udziale **MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chłopickiego 18** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2728/22, KIO 2743/22 i KIO 2744/22 po stronie odwołującego

przy udziale **WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2728/22, KIO 2743/22 i KIO 2744/22 po stronie odwołującego

przy udziale **FAST IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, ul. Brukowa 12** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2728/22, KIO 2743/22 i KIO 2744/22 po stronie zamawiającego

przy udziale **Simplicity spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 18A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2728/22 i KIO 2743/22 po stronie odwołującego i w sprawie sygn. akt KIO 2744/22 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1A. uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2728/22 tj. wniesione przez odwołującego IT Solution Factor w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy, PKT II 1, ppkt 1.1 , 1,2, 1,4 OPZ w miejscach dotyczących "karty sieciowe", w części dotyczącej wymogu minimalnej liczby zainstalowanych portów zintegrowanych z płytą główną przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FAST IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi oraz zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 126 ust. 1 ustawy, art. 239 ust. 1 i art. 16 ust. 1 ustawy, to jest wezwania FAST IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi do złożenia dokumentów podmiotowych, wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej i zachowania zasady równego traktowania, w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

1B. oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2743/22 to jest wniesione przez odwołującego MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w całości,

1C. uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2744/22 to jest odwołanie wniesione przez odwołującego Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 255 ust. 6 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie unieważnienia postępowania i nakazuje zamawiającemu unieważnić postępowanie, w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i odwołujących i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

**IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Popularna 4/6**

**MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chłopickiego 18**

**Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zygmunta Vogla 8** tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 9 299 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu i zastępstwa prawnego,
- 2.3. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 6 200zł. 00 gr (słownie sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

## **Sygn. akt KIO 2728/22**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę serwerów stelażowych wraz z wdrożeniem zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2022 r. za numerem 2022/S 133-378633.

W dniu 7 października 2022 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej.

## **Sygn. akt KIO 2728/22**

W dniu 17 października 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2022 r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 17 października 2022 r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań:

1. Zaniechania odrzucenia oferty Fast IT sp. z o.o. sp.k. (dalej „wykonawca”) z powodu braku spełniania wymogu odnośnie karty sieciowej z portami zintegrowanymi z płytą główną.
2. Wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów (dowodów) pismem z 23.08.2022 r., nr pisma CIRF.DZ1.272.43.2022.HCKY.9
3. Zaniechania uznania, że, że dokumenty złożone z pismem wykonawcy z 5 września 2022 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego z pkt 2 zostały złożone po terminie, bez tłumaczeń na język polski, nie potwierdzają spełniania wymogów dokumentacji postępowania, budzą wątpliwości
4. wezwania wykonawcy 20.09.2022 r. do złożenia dokumentów określonych w tym piśmie
5. zaniechania uznania, że wykonawca nie wykazał, że jest w stanie wykonać czynności określone w dokumentacji postępowania w deklarowanym czasie 5 dni roboczych
6. zaniechania stosowania przepisów ustawy i postanowień dokumentacji postępowania wobec wykonawcy lub jej niewłaściwe stosowanie wobec wykonawcy i w rezultacie zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy
7. wydania decyzji z 7 października 2022 r. i zaniechanie unieważnienia decyzji z 7.10.2022 r.

8. zaniechania wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w SWZ
9. zaniechania dokonania nowej oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym czynności oceny punktacji i zaniechanie przyznania najwyższej liczby punktów ofercie odwołującego.
10. zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej odwołującego

Wniósł o nakazanie:

1. Uwzględnienia odwołania
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z przyznaną punktacją.
3. Unieważnienia czynności przyznania punktacji wykonawcy w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji.
4. Unieważnienia czynności wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów:
  - 1) pismem z 23.08.2022 r., nr pisma CIRF.DZ1.272.43.2022.HCKY.9, w którym zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów (dowodów)
  - 2) pismem 20.09.2022 r. do złożenia dokumentów określonych w tym piśmie
5. Odrzucenia oferty wykonawcy
6. Wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych
7. Dokonania ponownej oceny ofert i przyznania punktacji bez uwzględnienia oferty wykonawcy.
8. Wyboru oferty odwołującego
9. obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego

Zarzut I

- zaniechanie odrzucenia oferty chociaż serwery oferowane przez wykonawcę nie posiadają kart sieciowych z portami zintegrowanymi z płytą główną w liczbie minimum 2 porty

Zarzuty naruszenia przepisów i dokumentacji: Zamawiający naruszył pozostające z sobą w związku następujące przepisy i postanowienia dokumentacji:

art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy, PKT II 1, ppkt 1.1 , 1,2, 1,4 OPZ w miejscach dotyczących "karty sieciowe", w części dotyczącej wymogu minimalnej liczby zainstalowanych portów zintegrowanych z płytą główną przez:

zaniechanie odrzucenia oferty wskutek bezpodstawnego przyjęcia, że wykonawca, który zaoferował serwer: HPE Proliant DL385 G10 Plus v2 (oznaczone w pkt I 1,2,4 i II 1, 2, 4 oferty i w ofercie technicznej) dotyczący pkt OPZ

1.1. Dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU oraz serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU - prawo opcji

1.2. Dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX oraz serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX

1.4. Dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP oraz serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP

w zakresie kart sieciowych - posiada minimum 2 porty zintegrowane z płytą główną, mimo że z dokumentacji technicznej serwera wynika, że karty sieciowe z portami nie są zintegrowane z płytą główną w liczbie minimum 2, a oferowany serwer posiada możliwość wyłącznie dołączenia dodatkowych urządzeń, kart sieciowych z odpowiednią liczbą portów, co nie spełnia wymogu integracji z płytą główną.

Zarzut II

- bezprawne wezwanie do złożenia dokumentów (dowodów),
- niedozwolone złożenie dokumentów wymaganych wraz z ofertą po złożeniu ofert,
- braku wykazania w sposób niebudzący wątpliwości posiadania parametrów równoważnych co do produktów referencyjnych
- zarzut ewentualny: uznanie, że dokumentacja techniczna wydana po złożeniu ofert stanowi wystarczający dowód na spełnienie wymogów OPZ

Zarzuty naruszenia przepisów i dokumentacji: Zamawiający naruszył pozostające z sobą w związku następujące przepisy i postanowienia dokumentacji:

art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy, 6.11 SWZ, 15.19 SWZ, art. 223 ust. 1 ustawy, art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt c) ustawy, art. 107 ust. 1-3 ustawy, art. 20 ust. 2 i 3 ustawy, pkt 14.1 SWZ, 15.2 SWZ, 15.20.5. SWZ, 15.20.6 SWZ - przez zaniechanie odrzucenia oferty wskutek:

1) bezpodstawnego zwolnienia wykonawcy z obowiązku złożenia wraz z ofertą specyfikacji technicznej dotyczącej produktu lub usługi równoważnej

2) bezpodstawnego przyjęcia, że dokumenty złożone przez wykonawcę z ofertą lub w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 23.08.2022 r. pismem z 05.09.2022 r. - nie budzą wątpliwości, chociaż budzą wątpliwości i wynika z nich niezgodność z wymogami OPZ – co do posiadania przez zaoferowany produkt lub usługę takich samych lub lepszych parametrów technicznych, jakościowych, funkcjonalnych jak określone przez zamawiającego w OPZ, czyli wynika niezgodność z OPZ produktów równoważnych,

3) bezpodstawnego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w ramach procedury składania wyjaśnień treści oferty, która to procedura nie przewiduje możliwości wzywania do uzupełnienia dokumentów (dowodów) i przyjęcie, że wykonawca mógł złożyć pismem z 05.09.2022 r. po dniu składania ofert dodatkowe dokumenty (dowody) stanowiące treść oferty lub związane z ofertą:

- Deklaracja zgodności producenta HPE (oryginał i tłumaczenie)
- Dyrektywa Unijna (EU) 2019/424 (oryginał i tłumaczenie)
- „Specyfikacje producenta serwerów” – dwa dokumenty, które mają nazwy
  - i. HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus (54 strony A4) i
  - ii. HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 (67 stron A4)

- dokument „Mail od inżyniera-architekta producenta, z wyjaśnieniami dotyczącymi zasilaczy” – plik ma nazwę „korespondencja PE”, został wysłany przez P. H.

choć te dokumenty powyżej mogły co najwyżej być złożone maksymalnie w dniu składania ofert, a nie po dniu składania ofert i zamawiający nie miał prawa do wzywania do złożenia dokumentów (dowodów) w ramach procedury wyjaśnień oferty, a które to dokumenty stanowią uzupełnienie oferty o nowe treści.

4) Bezpodstawnego dopuszczenia części dokumentów złożonych przez wykonawcę w języku obcym (po angielsku) bez tłumaczeń na język polski i wskutek tego bezpodstawnego przyjęcia, że dokumenty nie budzą wątpliwości, chociaż dokumenty złożone przez wykonawcę wraz z pismem z 05.09.2022 r., nie przetłumaczone na język polski - budzą wątpliwości (1) już z samego faktu nie przetłumaczenia na język polski i faktu, (2) że część dokumentów została wydana po dacie składania ofert i są niezgodne z wymogami przepisów i dokumentacji postępowania co do obowiązującego w postępowaniu języka, – chodzi o dokumenty:

- Specyfikacje producenta serwerów” – dwa dokumenty, które mają nazwy

i. HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus (54 strony A4) – dokument po angielsku, bez tłumaczenia

ii. HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 (67 stron A4) – dokument po angielsku, a do tego wydany po złożeniu ofert do zamawiającego

- dokument „Mail od inżyniera-architekta producenta, z wyjaśnieniami dotyczącymi zasilaczy” – plik ma nazwę „korespondencja PE”, został wysłany przez P. H. – dokument w części nie przetłumaczony na język polski

a tym samym zamawiający zaniechał prowadzenia postępowania w języku polskim wobec wykonawcy, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości prowadzenia postępowania w języku innym niż polski, nie zastosował wymogu rozliczenia dokumentów technicznych w języku innym niż polski zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania i bezpodstawnie uznał dokumentację techniczną, która budzi wątpliwości za niebudzącą wątpliwości i bezpodstawnie uznał ofertę za najkorzystniejszą, chociaż nie spełnia wymogów OPZ, SWZ

Z ostrożności zarzut ewentualny:

W przypadku przyjęcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że zamawiający miał prawo wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów (dowodów) dotyczących oferty po złożeniu oferty w ramach procedury wyjaśnień oferty lub że wykonawca miał prawo do złożenia dokumentów w ramach tej procedury lub w przypadku uznania, że dokumenty mogły być złożone bez tłumaczeń na język polski, to odwołujący ITSF zarzucił naruszenie przepisów i dokumentacji: Zamawiający naruszył pozostające z sobą w związku następujące przepisy i postanowienia dokumentacji:

art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy, 6.11 SWZ, 15.19 SWZ, art. 223 ust. 1 ustawy, art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt c) ustawy, art. 107 ust. 1-3 ustawy

przez zaniechanie odrzucenia oferty wskutek bezpodstawnego przyjęcia przez zamawiającego, że dokumentacja techniczna HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 (67 stron A4), która została wydana 15 sierpnia 2022 i która została złożona wraz z wyjaśnieniami z 05.09.2022 r., potwierdza spełnianie wymogów OPZ na dzień składania ofert 9 sierpnia 2022 r., chociaż nie mogła potwierdzać, ponieważ została wydana po dniu składania ofert.

### Zarzut III

Wady harmonogramu i skutkujące tym bezpodstawne przyznanie 40 pkt zamiast odrzucenia oferty

Zarzuty naruszenia przepisów i dokumentacji: Zamawiający naruszył pozostające z sobą w związku następujące przepisy i postanowienia dokumentacji:

art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5, art. 218 ust. 1 i 2 ustawy, art. 139 ust. 1 ustawy, art. 239 ust. 1 i 2 ustawy, pkt 20.1 i 20.1.2 SWZ, art. 223 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wskutek

1) bezpodstawnego zezwolenia na dokonanie zmiany oferty w wyjaśnieniach wykonawcy z 05.09.2022 r., w których to wyjaśnieniach wykonawca przedstawił dwa wariantowe harmonogramy i to o różnych, wykluczających się terminach i założeniach, do tego niezgodnych z SWZ i wezwaniem zamawiającego, chociaż wykonawca w ofercie zaoferował jeden harmonogram wdrożenia i można było wyłącznie wyjaśniać jeden harmonogram wdrożenia, a nie przedstawiać dwa różne wariantowe harmonogramy

2) błędnego przyjęcia, że wykonawca przedstawił rzetelne obliczenia terminów dostaw w stosunku do wymogów OPZ, chociaż są one nierzetelne, nielogiczne i niezgodne z dokumentacją postępowania i nie odpowiadają na wszystkie zadane przez zamawiającego pytania w wezwaniu z 24.08.2022 r. i wykonawca nie wyjaśnił, że możliwe jest zrealizowanie wszystkich czynności wymaganych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania składających się na deklarowane 5 dni roboczych,

3) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, która jest niezgodna z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia i z przepisami ustawy, jest wariantowa, a wykonawca mógł złożyć jedną ofertę z jednym terminem dostawy, a nie dwie oferty z dwoma terminami dostawy, a z wyjaśnień z 05.09.2022 r. oferty wynika, że wykonawca oferuje dwa różne wykluczające się terminy dostawy dotyczące pkt 1a oferty, a wskutek powyższego:

4) wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej choć podlegała ona w związku ze stwierdzonymi w odwołaniu naruszeniami odrzuceniu,

5) nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy i przyznanie wykonawcy w kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem” 40 punktów zamiast odrzucenia tej oferty bez przyznawania punktów, [odnośnie pierwszego harmonogramu zawartego w wyjaśnieniach oferty na stronie 6 wyjaśnień z 5 września 2022 r. głównie w siedmiu punktach]



6) bezpodstawne zwolnienie wykonawcy z obowiązku przewidzenia w harmonogramie zobowiązań z III pkt 1.3 OPZ – polegającego na konieczności powiadomienia zamawiającego z 2 dniowym wyprzedzeniem przed dostawą – chociaż ten punkt OPZ tego bezwzględnie wymaga 7) przyjęcie przez zamawiającego niezgodnie z pkt III 2.7 OPZ, że wykonawca nie musiał wyznaczać okna serwisowego na część prac - chociaż ten punkt OPZ wyznacza taki obowiązek, w sytuacji wystąpienia prawdopodobieństwa przerw w działaniu Środowiska zamawiającego

[odnośnie drugiego harmonogramu zawartego w wyjaśnieniach oferty na stronie 7 i 8 wyjaśnień z 5 września 2022 r. głównie w siedmiu punktach]

8) przyjęcie bez podstawy prawnej, że zgodne z SWZ jest złożenie 2 harmonogramów, które są wariantowe, alternatywne, a ten drugi harmonogram przedstawia jeszcze krótsze niż deklarowane 5 dni roboczych w pkt 1a oferty terminy i rozpoczęcie realizacji umowy przed zawarciem umowy, a więc jest niezgodny z ofertą wykonawcy, a zamawiający nie wyrażał zgody na przedstawienie dwóch ofert, dwóch wariantowych różnych harmonogramów, tylko żądał złożenia wyjaśnień do jednego harmonogramu, który był wpisywany do formularza oferty w pkt 1a, a wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił dwa różne wykluczające się harmonogramy.

9) bezpodstawne zaakceptowanie niezgodnego z dokumentacją postępowania założenia wykonawcy, że przed podpisaniem umowy wykonawca lub zamawiający wykonają jakiegokolwiek czynności określone dopiero umową, która zostanie w przyszłości ewentualnie zawarta lub że zawiadomienia lub czynności wykonane przed zawarciem umowy wywołują skutki prawne – co stanowi naruszenie (1) pkt IV. Tom III OPZ – który wyraźnie przewiduje, że najwcześniej przed przystąpieniem do dostawy (a w terminie do 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy) wykonawca opracuje i przekaże zamawiającemu Projekt Techniczny Wdrożenia i (2) art. 432 ustawy prawo zamówień publicznych (zgodnie z którym umowa jest zawierana pod rygorem nieważności w formie pisemnej)

10) bezpodstawne zaakceptowanie błędnego założenia niezgodnego z dokumentacją postępowania, że wykonawca dokona dostawy sprzętu w dniu zawarcia umowy (który nazywa „dniem zerowym”) co jest niezgodne chociaż z (1) III pkt 1.3 Tom III SWZ OPZ – który przewiduje, że przed rozpoczęciem dostaw wykonawca ma obowiązek dostarczyć powiadomienie zamawiającemu z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem, a powiadomienie może zostać wysłane dopiero po zawarciu umowy i (2) co jest niezgodnie z art. 432 ustawy prawo zamówień publicznych – ponieważ nie można rozpoczynać wykonywania zobowiązań przed zawarciem umowy

11) przyjęcie niezgodnie z pkt III 2.7 OPZ, że wykonawca nie musiał wyznaczać okna serwisowego na pracę, - chociaż ten punkt OPZ wyznacza taki obowiązek, w sytuacji wystąpienia prawdopodobieństwa przerw w działaniu Środowiska zamawiającego

## Zarzut IV

Zarzuty będące konsekwencją powyższych zarzutów

1. W konsekwencji zarzucam naruszenie art. 126 ust. 1 ustawy, ponieważ oferta wykonawcy powinna być odrzucona i wykonawca nie powinien być wzywana do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a to odwołujący powinien być wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych
2. art. 239 ust.1 i 2 ustawy przez nieprawidłowe zastosowanie i wybór oferty wykonawcy, zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej choć podlegała ona wyborowi, jako zgodna z warunkami zamówienia, i to z odwołującym zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i zawrzeć z odwołującym umowę
3. w związku z powyższymi zarzutami, zarzucam naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
4. Inne zarzuty wskazane w uzasadnieniu.

Wniósł przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

Dokumentacji postępowania – na fakt ich treści i czynności i zaniechań zamawiającego i wykonawcy– w dokumentacji postępowania, w tym:

1. SWZ, załączników do SWZ, OPZ, wzór umowy, pozostałe,
2. oferty wykonawcy, oferty technicznej
3. dokumentacji techniczna dotycząca serwerów wskazanych w zarzucie nr 1
4. wezwanie zamawiającego z 23.08.2022 r. nr CIRF.DZ1.272.43.2022.HCKY.9
5. odpowiedzi wykonawcy z 05.09.2022 r. na wezwanie z pkt 4 – z załącznikami
6. Wezwania zamawiającego do wyjaśnień z 24.08.2022 r., CIRF.DZ1.272.43.2022.HCKY.11 – dotyczy harmonogramu
7. odpowiedzi wykonawcy z 05.09.2022 r. dotyczącej harmonogramu
8. wezwania zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych
9. decyzji zamawiającego z 07.10.2022 r.
10. dokumentów dowodzących zarzutów i twierdzeń podniesionych w odwołaniu, a które zostaną złożone przed posiedzeniem lub na rozprawie

Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, swz, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy, przez co poniesie szkodę.

Zamawiający w wyniku odrzucenia oferty wykonawcy, w wyniku zastosowania postanowień SWZ, po przeliczeniu punktów na nowo – przyzna odwołującemu najwyższą liczbę punktów – i to wyższą liczbę punktów niż Simplicity sp. z o.o.

Z tego powodu odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania tylko przeciwko wykonawcy.

Odwołujący nie musi składać odwołania wobec czynności i zaniechań zamawiającego wobec Simplicity sp. z o.o., ponieważ, w wyniku uwzględnienia odrzucenia oferty wykonawcy i po przeliczeniu punktów z pominięciem oferty wykonawcy, to odwołujący będzie miał więcej punktów niż Simplicity sp. z o.o.

Odwołujący ITSF wskazał, że integracja (wyrazy: „Zintegrowanych z płytą główną”) oznacza, że karta sieciowa powinna być nierozłącznie połączona z płytą główną serwera, a nie być połączona przez interfejsy rozszerzeń (przez dołączenie kart sieciowych z portami przez gniazda, sloty)

Z dokumentacji technicznej serwera wynika, że w serwerze wykonawcy nie ma ani jednej karty sieciowej zintegrowanej z płytą główną.

Zaoferowany przez wykonawcę serwer odnośnie OPZ pkt 1.1, 1.2, 1.4 – to serwer HPE ProLiant DL385 G10 Plus v2 (wskazany w ofercie wykonawcy w pkt I 1,2,4 i II 1,2, 4) formularza oferty technicznej.

W szczegółowym opisie technicznym Wykonawca odnośnie powyższych wymogów OPZ wpisał w pkt 1.1, 1.2, 1.4, które odpowiadają tym wymogom OPZ: karty sieciowe z 4 portami: „Karty sieciowe ONBOARD\_ETH\_PORT – 4 [szt.]” – poniżej dokładny cytat jak wygląda to w formularzu oferty technicznej – dla przykładu jedynie zdjęcie z serwera z pkt 1.1:

W rezultacie Wykonawca zaoferował 4 szt. ONBOARD\_ETH\_PORT, to znaczy zaoferował karty sieciowe z czterema portami zintegrowanymi (wyraz „onboard”) z płytą główną.

W dokumencie serwera HPE ProLiant DL385 G10 Plus v2 na stronie 2 dokumentu – w obu tych dokumentacjach – znajduje się zdjęcie podpisane “HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 Server – Rear View”, które pokazuje tylni widok serwera (oraz opis każdego z portów), na którym widać, że serwer nie posiada ani 4 ani 2 portów zintegrowanych z płytą główną, pomimo że w ofercie Wykonawca zaoferował konfigurację kart sieciowych, które w sumie mają wg deklaracji wykonawcy mieć 4 porty zintegrowane z płytą główną.

Tłumaczenie pkt 1-13

1. Główny Riser (karta rozszerzeń). Gniazda PCIe
2. Opcjonalny drugi Riser (karta rozszerzeń). Gniazda PCIe.
3. Trzeci Riser (karta rozszerzeń). Gniazda PCIe
4. Opcjonalny port szeregowy (nie pokazano)
5. Zasilanie dioda LED zasilania
6. Zasilanie połączenie zasilania
7. Wnęka zasilacza HPE Flexible Slot 1
8. Wnęka zasilacza HPE Flexible Slot 2
9. Złącze VGA
10. Slot OCP 3.0
11. Identyfikator jednostki LED

12. Złącza USB 3.1 Gen1 (2)

13. Port zarządzający ILO

Z rysunku w ocenie odwołującego widać, że oferowany serwer posiada z tyłu serwera następujące interfejsy sieciowe:

Pkt 10 – Slot (gniazdo) OCP w którym może być umieszczona karta sieciowa – nazwany „OCP 3.0 Slot”

Jest to ważne, ponieważ karty sieciowe z portami, które są umieszczane w tym miejscu – nie są zintegrowane z płytą główną, ponieważ są zewnętrzną kartą łączoną z serwerem w wyniku umieszczenia karty w slotcie (gnieździe) OCP.

Standardowe wyposażenie

Interfejsy

Porty sieciowe - Brak. Możliwość instalacji karty OCP lub karty rozszerzeń”

Powyższy zwrot jednoznacznie potwierdza, że oferowany serwer nie posiada kart z portami sieciowymi zintegrowanych z płytą główną (czyli również nie posiada portów sieciowych w liczbie 2 zintegrowanych z płytą główną) .

Fragment: „Możliwość instalacji karty OCP lub karty rozszerzeń”: oznacza to, że serwer można wyposażyć w karty sieciowe z portami przez:

1) Instalację karty sieciowej w porcie OCP - oznaczonej na rysunku powyżej cyfrą 10. W takim gnieździe (slotcie) można umieścić dodatkową kartę sieciową z portami – nazwaną w dokumentacji technicznej serwera „OCP adapters”.

Uwagi: - Adaptery OCP nie wykorzystują gniazda PCIe. - Dostępne jest tylko 1 gniazdo dla adapterów OCP. - Obsługiwane mogą być tylko adaptery SFF OCP o mocy poniżej 35 W

Widać, że są karty z 2 lub 4 portami – i są to odrębne urządzenia mające odrębne numery (po prawej na zdjęciu).

2) stand up card (którą tłumaczy się jako kartę rozszerzeń). Czyli można umieścić kartę sieciową z portami, która jest osobno umieszczana w gnieździe (slot) nr 1-3 wewnątrz serwera, ale wciąż jest to osobne urządzenie (patrz rysunek), to znaczy nie zintegrowane z płytą główną.

Czyli wykonawca mógłby umieścić karty sieciowe z portami, ale nie będą to zintegrowane z płytą główną karty, a jedynie dodatkowe zewnętrzne karty sieciowe z portami.

Zgodnie z powyższym oferując serwer HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 server, wykonawca nie mógł spełnić wymagania posiadania minimum dwóch portów kart sieciowych zintegrowanych z płytą główną, ponieważ integracja oznacza nieodłączne powiązanie z urządzeniem (z płytą główną urządzenia),

Zintegrowanie z płytą główną oznacza umieszczenie przez producenta elementu na płycie głównej tak aby jego usunięcie przez użytkownika nie było możliwe, aby obecność tego elementu była narzucona przez konstrukcję urządzenia i nieodwołalna. Taki przypadek nie na-

stępuje w serwerach zaoferowanych przez wykonawcę, ponieważ porty te mogą być zainstalowane, ale jako dodatkowe wyposażenie, a nie zintegrowana część płyty głównej.

Pkt 6.11 SWZ ma treść: Ilekroć w treści SWZ, w tym w OPZ, stanowiącym TOM III SWZ, przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, zamawiający dopuszcza zaoferowanie przez wykonawcę rozwiązania równoważnego.

Za rozwiązanie równoważne uznaje się produkt lub usługę o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych spełniające minimalne parametry określone przez zamawiającego w OPZ.

W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą szczegółową specyfikację, z której w sposób niebudzący wątpliwości zamawiającego będzie wynikało, że zaoferowany produkt lub usługa posiadają takie same parametry techniczne, jakościowe, funkcjonalne jak określone przez zamawiającego w OPZ.

Skoro jest napisane „wraz z ofertą” – to jest określony moment złożenia: nie można później.

Tymczasem zamawiający wezwaniem z 23.08.2022 r., nr pisma CIRF.DZ1.272.43.2022.HCKY.9, dotyczącym zasilaczy – na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy, które dotyczy jedynie wyjaśnień wezwał wykonawcę do wyjaśnień i złożenia dowodów (między innymi fragment: "Wyjaśnienia z dowodami Wykonawca zobowiązany jest przesłać drogą elektroniczną za pośrednictwem systemu").

Jak się przeczyta art. 223 ust. 1 ustawy – to każdy może stwierdzić, że nie ma w tym przepisie uprawnienia do wzywania do złożenia dokumentów (dowodów).

W odpowiedzi wykonawca pismem z 05.09.2022 r. dotyczącym zasilaczy złożył dokumenty załączniki - cytat:

- Deklaracja zgodności producenta HPE (oryginał i tłumaczenie)
- Dyrektywa Unijna (EU) 2019/424 (oryginał i tłumaczenie fragmentu dotyczącego efektywności zasilaczy w Załączniku nr II)
- Specyfikacje producenta serwerów
- Mail od inżyniera-architekta producenta, z wyjaśnieniami dotyczącymi zasilaczy

Dokumenty złożone przez wykonawcę dotyczą produktu równoważnego, czego dowodzi treść

- 1) Wezwania zamawiającego - fragment: „potwierdza/ją spełnienie wymagań równoważnych certyfikatów”
- 2) wyjaśnień wykonawcy: co potwierdza między innymi fragment: „(...) potwierdza spełnienie wymagań równoważnych certyfikatów w zakresie zasilaczy”
- 3) treść emaila P. H. - fragment "(...) normę równoważną”

Pkt 6.12 ma treść: Ilekroć w treści SWZ, w tym w OPZ, stanowiącym TOM III SWZ, wskazane zostały normy, oceny techniczne, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy, zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym.

Wykonawca nie wykazał równoważności ani nie wykazał jednoznacznie spełniania z pkt 6.11 co do nie budzenia wątpliwości co do posiadania takich samych lub lepszych parametrów technicznych, jakościowych, funkcjonalnych – co minimalne parametry określone przez zamawiającego w OPZ, ponieważ: w eMail od inżyniera-architekta producenta, z wyjaśnieniami dotyczącymi zasilaczy” – plik ma nazwę „korespondencja HPE”, który został wysłany przez P. H. – jest odniesienie do normy:

EN/IEC-17051-1

a dokumenty techniczne zostały złożone odnośnie normy o innym numerze ISO/IEC 17050-1 i EN 17050-1 EN/IEC, czego dowodzi fragment emaila:

Spośród wymienionych EN/IEC-17051-1 odnoszą się do efektywności zasilaczy, a HPE zamieszcza na swojej stronie dokument zgodności (HPE Poliant DL385 DX385 Gen10 Plus Server #UKDoC HSTNS-2161):

Hewlett Packard Enterprise Declaration of Conformity based on ISO/IEC 17051-1 and EN17050-1

Oraz dokument dotyczący normy 17050-1, którego plik ma nazwę: „HPE ProLiant DL385 Deklaracja CE z tłumaczeniem”.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach również pisze o dwóch normach: fragment:

(...) która bazuje na normie ISO/IEC 17050-1 i EN 17050-1. Obie to te normy zostały przywołane w nagłówku wyżej wymienionej Deklaracji zgodności (Declaration of Conformity).

Norma EN/IEC-17051-1, zgodnie z dyrektywa unijną (EU) 2019/424 (...)

Normy z numerem 17051-1 i 17050-1 – to są inne normy, mają różne terminy, zakresy, treść Wykonawca złożył wyłącznie dokumentację zgodności odnośnie wyłącznie jednej normy - z końcówką 17050-1.

Wykonawca pomimo powoływania się przez P. H. w emailu i wykonawcy w wyjaśnieniach z 5 września 2022 r. nie złożył dokumentów dotyczących normy 17051-1

Wykonawca nie złożył tych wszystkich dokumentów wraz z ofertą, a nie było prawa do uzupełnienia dokumentów na podstawie przepisów SWZ lub ustawy.

Złożone dokumenty, oprócz tego, że budzą wątpliwości, nie udowodniły równoważności - należy uznać za część oferty złożoną po terminie.

Złożonych dokumentów nie należy uznawać za przedmiotowe środki dowodowe, z uwagi na punkt 15.19 SWZ, zgodnie z którym: Zamawiający nie żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

W przypadku uznania tych dokumentów za dokumenty przedmiotowe, to zgodnie z art. 107 ust. 1-3 zamawiający nie miał prawa do ich wezwania do uzupełnienia po terminie składania ofert a wykonawca nie mógł ich uzupełnić, ponieważ zamawiający nie przewidział w SWZ możliwości uzupełnienia dokumentów w wyniku wezwania.

Odwołujący ITSF wskazał punkty SWZ dotyczące języka polskiego.

FAST IT pismem z 05.09.2022 r. dotyczącym zasilaczy złożył załączniki - cytat:

- Deklaracja zgodności producenta HPE (oryginał i tłumaczenie)
- Dyrektywa Unijna (EU) 2019/424 (oryginał i tłumaczenie fragmentu dotyczącego efektywności zasilaczy w Załączniku nr II)
- Specyfikacje producenta serwerów
- Mail od inżyniera-architekta producenta, z wyjaśnieniami dotyczącymi zasilaczy

Odnosnie dokumentów „Specyfikacje producenta serwerów”, które mają nazwy HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus (54 strony A4) i HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 (67 stron A4) – Wykonawca nie złożył tłumaczeń na język polski – dokument nie powinien być w ogóle brany pod uwagę.

Odnosnie dokumentu „Mail od inżyniera-architekta producenta, z wyjaśnieniami dotyczącymi zasilaczy” – plik ma nazwę „korespondencja HPE” został wysłany przez P.H. i w części napisanej w języku angielskim – bez tłumaczenia na język polski – nie powinien być w ogóle brany pod uwagę.

Dokumentacja techniczna zasilaczy złożona przez wykonawcę została wydana po złożeniu ofert.

Wykonawca załączył dokument do wyjaśnień: „Specyfikacje producenta serwerów” – dokument HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 (67 stron A4)

Na końcu dokumentu jest napisane: "15-Aug-2022 Version 14" - czyli 15 sierpnia 2022 wersja 14.

Składanie ofert było 9 sierpnia 2022 r.

To oznacza, że wykonawca powołał się na dokumentację techniczną i ją złożył w postępowaniu – która została wydana po złożeniu ofert, to znaczy, że wykonawca nie udowodnił aktualności dokumentacji technicznej i zgodności z dokumentacją postępowania na dzień składania ofert.

Wykonawca wskazał w formularzu oferty, że wykona dostawę sprzętu wraz z wdrożeniem w terminie 5 dni roboczych.

Wykonawca w wyjaśnieniach z 05.09.2022 r. opisał niezgodne z dokumentacją zamówienia i wezwaniem zamawiającego założenia.

Powyższe wynika z faktów:

Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, w jaki sposób zamierza wykonawca zrealizować dostawę wraz z wdrożeniem (Zamawiający w wezwaniu z 24.08.2022 wezwał do wy-

jaśnień między innymi na okoliczności: Zamawiający wzywa do wyjaśnienia w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować dostawę wraz z wdrożeniem z zakresie zamówienia podstawowego, obejmującą (...), tj. m.in.: (...).

Wykonawca zamiast wyjaśnić jednoznacznie termin dostawy - niespodziewanie przedstawił dwa różne, wykluczające się harmonogramy.

Wykonawca przedstawił dwa różne harmonogramy:

1) Jeden harmonogram jest zawarty na stronie 6 wyjaśnień głównie w siedmiu punktach:

2) Drugi harmonogram jest zawarty na stronie 7 i 8 wyjaśnień w 7 punktach

Wykonawca nie odpowiedział należycie na wezwanie zamawiającego - wykonawca został wezwany do wyjaśnień, a przedstawił dwa wariantowe, alternatywne harmonogramy, z których żaden nie jest zgodny z umową, opz, deklarowanym czasem realizacji i takie zachowanie jest to takie samo jak przedstawienie dwóch różnych ofert i niczego nie wyjaśnia, tylko gmatwa sprawę.

Wady pierwszego harmonogramu na stronie 6 wyjaśnień w siedmiu punktach

- wada 1: brak uprzedniego powiadomienia z 2 dniowym wyprzedzeniem przed terminem dostawy

- wada 2: brak założenia okna serwisowego wymaganego pkt: III 2.7 OPZ

Pierwszy wariantowy harmonogram wykonawcy (ze strony 6 wyjaśnień) ma treść (podkreślenia w harmonogramie są od odwołującego):

„Mimo uwag przedstawionych wyżej, wykonawca nadal deklaruje wykonanie dostawy i wdrożenia w ciągu 5 dni roboczych, uwzględniając następujący harmonogram działań.

Po podpisaniu Umowy z zamawiającym, wykonawca przewiduje przekazanie zamawiającemu Projektu Technicznego w dniu podpisania umowy. W oparciu o dane podane przez zamawiającego w SWZ i w oparciu o bogate doświadczenie wykonawcy w realizacji podobnych projektów, wykonawca dysponuje wiedzą i kompetencjami wystarczającymi do przygotowania projektu technicznego. Dnia tego nie wlicza się do terminu dostawy i wdrożenia sprzętu zgodnie z art. 111 § 2 Kc.

Tym samym pierwszym z dni terminu 5 dniowego (5 dni roboczych) na wykonanie dostawy i wdrożenia Sprzętu będzie dzień następny (roboczy).

Wykonawca zrealizuje dostawę w drugim dniu roboczym po podpisaniu umowy i tego samego dnia lub w dniu następnym Strony podpiszą Protokół Odbioru Ilościowego, zgodnie z zapisami rozdz. V, pkt. 2.

Zgodnie z zapisami SWZ, zamawiający w ciągu 3 dni roboczych przedstawi wykonawcy uwagi do złożonego Projektu Technicznego.

Wykonawca uwzględni lub wyjaśni z zamawiającym uwagi do projektu technicznego i przedstawi końcową wersję projektu w następnym, a więc czwartym dniu roboczym po podpisaniu umowy.



Niezwłocznie po przedstawieniu końcowej wersji projektu, wykonawca przystąpi do realizacji wdrożenia Sprzętu (obejmującej instalację i testy), opracowania i przekazania dokumentacji powykonawczej i zgłoszenia gotowości do odbioru wdrożenia i zakończy te czynności nie później niż w piątym dniu roboczym od podpisania umowy.

Nawet w niekorzystnym układzie kalendarza tj. po podpisaniu umowy w poniedziałek – czwarty dzień roboczy to piątek.

W ciągu dni wolnych od pracy wykonawca sporządzi projekt dokumentacji powykonawczej i w poniedziałek (w piątym dniu roboczym) zrealizuje wdrożenie, wykona w/w testy i ich wyniki uwzględni w dokumentacji powykonawczej i przekaże zamawiającemu.

W dniu następnym zamawiający może przystąpić do odbioru prac wdrożeniowych zgodnie z rozdz. V pkt 4. OPZ. Jednakże czynność odbiorów prac wdrożeniowych następuje po wdrożeniu i nie może być wliczana w czas wdrożenia sprzętu.

Odnosnie wady nr 1 – widać gołym okiem, że harmonogram pomija konieczność 2-dniowego powiadomienia zamawiającego przed terminem dostawy – co wynika z jego treści – jest zero słów na temat powiadomienia zamawiającego przed dniem dostawy.

Po prostu wykonawca pominął jeden ważny krok w harmonogramie – co dyskwalifikuje wyjaśnienia wykonawcy – ponieważ nie odpowiedział na zadane pytanie przez zamawiającego i nie zaadresował w ogóle wymogu wykonania czynności określonej w dokumentacji zamówienia.

Wady nr 2 Wykonawca miał obowiązek założyć zgodnie z pkt III 2.7 OPZ zawiadomienie zamawiającego o potrzebie okna serwisowego, a tego nie zrobił.

Pkt ma treść 2.7. Wykonawca co najmniej na 3 dni Robocze przed przystąpieniem do prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu Środowiska zamawiającego, zobowiązany jest zgłosić potrzebę wyznaczenia okna serwisowego.

Nie da się wykluczyć takiej potrzeby – więc wykonawca miał obowiązek założyć w harmonogramie tę czynność – zwłaszcza, że w postanowieniu jest napisane „mogą spowodować” – więc wystarczy prawdopodobieństwo spowodowania.

Harmonogram wykonawcy nie przewiduje wykonania takiej czynności.

Drugi wariantowy harmonogram na stronie 7 i 8 wyjaśnień w 7 punktach

Wykonawca pisał w innych miejscach wyjaśnień o tym, że przewidział dokonanie powiadomienia z 2 dniowym wyprzedzeniem - ale to powiadomienie zostało jedynie zaplanowane w wariantowym harmonogramie. Wykonawca tak pisał na 2 stronie wyjaśnień:

„Ad. a) Przed rozpoczęciem dostaw, wykonawca dostarczy zamawiającemu pisemnie lub e-mail: [cirf.si@mf.gov.pl](mailto:cirf.si@mf.gov.pl) z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem powiadomienie zawierające wymagane informacje. Szczegółowo zostało opisane w harmonogramie w dalszej części dokumentu. Tym sam niniejszy warunek SWZ wykonawca uznaje za spełniony.”

Wykonawca pisał tak na stronie 5 wyjaśnień: „(...) powiadomienie zamawiającego o rozpoczęciu dostawy z 2 dniowym wyprzedzeniem. Wykonawca uwzględnił wszystkie wymienione w zdaniu poprzednim czynności w opisanych poniżej harmonogramach.” – odnosząc się do 2 harmonogramów, ale ponieważ w pierwszym harmonogramie jest zero informacji na temat wysłania powiadomienia – co wykazałem powyżej - ten zapis wyjaśnień dotyczy wyłącznie drugiego wariantowego harmonogramu.

Wariantowy harmonogram ma niezgodne z prawem i rzeczywistością założenia. Poniżej treść – pogrubienia są od odwołującego:

„(...) zakładając wolę współpracy zamawiającego przy realizacji zamówienia (...) od momentu wyboru oferty wykonawcy (...) w terminie krótszym niż zadeklarowane 5 dni roboczych przez wykonawcę (...) Przy takich założeniach harmonogram działań wyglądałby w sposób następujący:

1. Po wybraniu oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, wykonawca przystąpi do przygotowania Projektu Technicznego,
  2. W dniu przesłania przez zamawiającego zaproszenia do podpisania umowy, wykonawca przedstawi Projekt Techniczny i powiadomieni o gotowości do dostawy, z zachowaniem min. 2 dni roboczych powiadomienia przed terminem dostawy.
  3. Zgodnie z zapisami SWZ, zamawiający w ciągu 3 dni roboczych przedstawi wykonawcy uwagi do złożonego Projektu Technicznego.
  4. Wykonawca uwzględni lub wyjaśni z zamawiającym uwagi do projektu technicznego i przedstawi końcową wersję projektu w ciągu kolejnego 1 dnia roboczego.
  5. Po uwzględnieniu powyższych działań, w dniu podpisania umowy wykonawca przystąpi do realizacji dostawy i tego samego dnia Strony podpiszą Protokół Odbioru Ilościowego, zgodnie z zapisami rozdz. V, pkt. 2. Tym samym w dniu zerowym od podpisania umowy, wykonawca zrealizuje dostawę Sprzętu.
  6. Wykonawca przystąpi do wdrożenia w tym samym lub następnym dniu roboczym po podpisaniu Protokołu Odbioru Ilościowego lub w dniu przedstawienia końcowej wersji Projektu Technicznego, w zależności, które z tych zdarzeń wystąpi później. Wdrożenie wykonawca zrealizuje w ciągu 1 dnia roboczego. Uwzględniając powyższe, w zależności od czasu jaki upłynie od zaproszenia wykonawcy do podpisania umowy do faktycznego jej podpisania, wykonawca zakończy wdrożenie i zgłosi zamawiającemu gotowość do odbioru pomiędzy pierwszym a czwartym dniem roboczym po podpisaniu umowy. Wydłużenie tego terminu będzie leżało wyłącznie po stronie zamawiającego i będzie spowodowane brakiem współpracy lub opieszałością administracyjną wykraczającą poza dobre praktyki wdrożeń IT.
  7. Testy zamawiającego nie są objęte wdrożeniem wykonawcy i w związku z tym nie mogą być uwzględniane w ocenie deklarowanego przez wykonawcę terminu dostawy i wdrożenia.”
- Wady wariantowego, alternatywnego harmonogramu:

1) Wada nr 1 jest wariantowy, a zamawiający nie wyrażał zgody na przedstawienie wariantów różnych harmonogramów. W tym harmonogramie wykonawca oferuje wykonanie wdrożenia do czwartego dnia roboczego od podpisania umowy, a rozpoczęcie wykonywania umowy proponuje jeszcze przed jej zawarciem - a w ofercie w pkt 1a wpisał do 5 dni roboczych – co dowodzi, że harmonogramy są wariantowe i wykluczające się wzajemnie

2) Wada nr 2 wykonawca bez podstawy prawnej zakłada, że przed podpisaniem umowy zamawiający wykona jakiegokolwiek czynności określone dopiero przyszłą umową lub że zawiadomienia lub czynności wykonane przed zawarciem umowy wywołują skutki prawne.

Zamawiający i wykonawca ma prawo i obowiązek słuchać, odbierać korespondencję, reagować, rozliczać, itd. – dopiero od dnia zawarcia umowy – nie wcześniej.

Dopiero umowa tworzy zobowiązania i roszczenia, w tym zobowiązanie do realizowania lub przyjmowania świadczeń

Chodzi np. o punkt 2 i 3 wariantowego harmonogramu: według pomysłu wykonawcy – wykonawca w dniu otrzymania zaproszenia do podpisania umowy przekaze zamawiającemu Projekt Techniczny (punkt: „Wykonawca przedstawi Projekt Techniczny i powiadomieni o gotowości do dostawy(...)”) i wykonawca oczekuje, że zamawiający przedstawi uwagi do Projektu Technicznego jeszcze przed podpisaniem umowy.

Te założenia wykonawcy są wprost sprzeczne z pkt IV. Tom III, który ma treść: 1. „Przed przystąpieniem do dostawy (a w terminie do 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy) wykonawca opracuje i przekaze zamawiającemu Projekt Techniczny Wdrożenia zawierający co najmniej informacje, o których mowa w Załączniku nr 10 do Umowy.”

W tym punkcie jest napisane, że istnieje okno na przekazanie projektu technicznego: pomiędzy dniem zawarcia umowy (wyrazy: „od dnia zawarcia umowy” a upływem 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy, tym samym nie można wcześniej przekazać projektu technicznego niż w dniu zawarcia umowy.

Te założenia wykonawcy są nie oparte o zasady rządzące zobowiązaniami i umowami w zamówieniach publicznych: przed podpisaniem Umowy: zamawiający ma prawo nie otwierać Projektu Technicznego, nie otwierać korespondencji od wykonawcy, ma prawo kasować emaile od przyszłego wykonawcy – jako niemające związku z umową, ponieważ w tym czasie umowa nie będzie jeszcze zawarta i ważna.

3) Wada nr 3 wykonawca bez podstawy prawnej zakłada, że zawiadomienia składane do zamawiającego przed podpisaniem umowy wywołują skutki prawne.

Dopiero od dnia podpisania umowy można składać zamawiającemu zawiadomienia, które wywołują skutki prawne w postaci liczenia terminów, itd. Przed zawarciem umowy powiadomienia dotyczące umowy - nie wywołują skutków prawnych, ponieważ jeszcze nie istnieje umowa.

Tym samym, np. gdy wykonawca pisze, że: „w dniu podpisania umowy wykonawca przystąpi do realizacji dostawy i tego samego dnia Strony podpiszą Protokół Odbioru Ilościowego, zgodnie z zapisami rozdz. V, pkt. 2. Tym samym w dniu zerowym od podpisania umowy, wykonawca zrealizuje dostawę Sprzętu. „

– to gołym okiem widać niezgodność z wzorem umowy i OPZ: przede wszystkim postanowieniem o: „Przed rozpoczęciem dostaw, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zamawiającemu pisemnie lub e-mail: [circ.si@mf.gov.pl](mailto:circ.si@mf.gov.pl) z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem powiadomieniem”

Już przy poprzednim harmonogramie powyżej – odwołujący wykazał, że w przypadku zawarcia umowy w poniedziałek – dostawa może odbyć się najwcześniej w środę, nie wcześniej, ponieważ to zawiadomienie z dwudniowym wyprzedzeniem – można najwcześniej wysłać w poniedziałek.

4) wada nr 3 wykonawca miał obowiązek założyć zgodnie z pkt III 2.7 OPZ zawiadomienie zamawiającego o potrzebie okna serwisowego, a pominął to, więc nie zamierza tego wykonać, nie uwzględnił tego w swoich obliczeniach.

Pkt ma treść 2.7. wykonawca co najmniej na 3 dni robocze przed przystąpieniem do prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu Środowiska zamawiającego, zobowiązany jest zgłosić potrzebę wyznaczenia okna serwisowego.

Nie da się wykluczyć takiej potrzeby – więc wykonawca miał obowiązek założyć w harmonogramie tę czynność – zwłaszcza, że w postanowieniu jest napisane „mogą spowodować” – więc wystarczy prawdopodobieństwo spowodowania.

Zarzut IV

Zarzuty będące konsekwencją powyższych zarzutów

W konsekwencji powyższych zarzutów naturalnie zamawiający nie powinien ocenić oferty wykonawcy za zgodnej z SWZ i nie powinien:

- 1) Wzywać wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych
- 2) Przyznawać punktów ofercie wykonawcy i ją wybierać

Zamawiający stosując przepisy powinien wezwać odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przyznać najwyższą liczbę punktów ofercie odwołującemu i wybrać ofertę odwołującego.

W dniu 18 października 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Przystąpienie nastąpiło w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy wybranego w postępowaniu, żądając uwzględnienia odwołania.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uwzględnieniu odwołania, z uwagi na to, że żądania odwołania zmierzają do wyeliminowania oferty wykonawcy wybranego, a co za tym idzie mogą spowodować dalszą możliwość ubiegania się przystępującego o to zamówienie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom w dniu 19 października 2022 r.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2022 r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom. Przystępujący wskazał, że złożył ważną ofertę w postępowaniu, został sklasyfikowany w rankingu ofert oraz posiada status wykonawcy. Przystępujący ma interes w przystąpieniu do toczącego się postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, bowiem uwzględnienie odwołania prowadzić będzie do polepszenia pozycji przystępującego w rankingu ofert oraz zachowania możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający jedynie w przypadku wybranej oferty przeprowadził pełną procedurę badania i oceny ofert. W przypadku odrzucenia tej oferty, zamawiający zobligowany będzie do dokonania nowych czynności w zakresie badania i oceny kolejnych ofert (w szczególności weryfikacja podmiotowa wykonawców). Wynik tych czynności nie jest obecnie znany. Przystępujący zachowa prawo do weryfikacji tych czynności oraz korzystania z środków ochrony prawnej, a tym samym możliwość uzyskania zamówienia.

Przystępujący wniósł własne odwołanie, w którym sformułował zarzuty zaniechania odrzucenia ofert, które uplasowały się w rankingu na pozycjach 1, 3 i 4. Finalnie, w postępowaniu wniesione zostały trzy odwołania, w których każdy z odwołujących kwestionuje prawidłowość dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nadto, przystępujący posiada interes w tym, by postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym uczestniczy, było prowadzone przez zamawiającego z poszanowaniem przepisów ustawy, co na chwilę obecną nie ma miejsca w tym postępowaniu.

Powołał wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 5/14.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Simplicity spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 października 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu

ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, bowiem złożył on w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która ulokowana jest obecnie na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Zdaniem przystępującego, czynności i zaniechania podjęte przez zamawiającego w toku postępowania doprowadziły do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji czego przystępujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania zamówienia.

W przypadku unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Fast IT sp. z o.o. sp.k, ul. Brukowa 12, 91-341 Łódź („Fast IT”) i odrzuceniu z postępowania oferty tego wykonawcy, po ponownym przeliczeniu punktów, oferta odwołującego uzyska największą ilość punktów w rankingu spośród wszystkich ważnych ofert, zaś z uwagi na zastosowanie przez zamawiającego procedury odwróconej w postępowaniu, przystępujący będzie miał możliwość na późniejszym etapie postępowania zakwestionowania dokonanej przez zamawiającego oceny wykazania spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Tym samym, zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego zwiększa szanse przystępującego na uzyskanie zamówienia.

Taką legitymację potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2006/17. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 sierpnia 2022 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom. Przystępujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, ponieważ zarzuty podnoszone przez odwołującego, w razie ich uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą doprowadzą do przesunięcia WASKO S.A. w rankingu ofert zwiększając tym samym szansę WASKO S.A. na uzyskanie zamówienia. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca FAST IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego. Zaskarzenie

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej może pozbawić przystępującego uzyskania zamówienia i w konsekwencji może ponieść szkodę w postaci braku możliwości podpisania i wykonania umowy. Wskazał, że jego oferta jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 27 października 2022 r. odwołujący złożył wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z: Wnoszę o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji technicznej urządzenia HPE Proliant DL385 G10 Plus v2:

- 1) wersji 13 urządzenia z 13 czerwca 2022 (wyciąg z dokumentu stron mających znaczenie dla rozstrzygnięcia) z tłumaczeniem
- 2) wersji 14 urządzenia z 15 sierpnia 2022 r. (całość dokumentu po angielsku) z tłumaczeniem stron mających znaczenie dla rozstrzygnięcia
- 3) wersji 15 urządzenia z 6 września 2022 r. (wyciąg z dokumentu stron mających znaczenie dla rozstrzygnięcia) z tłumaczeniem.

Wskazał, że:

Wersja 13 – została wydana 13 czerwca 2022 r. – to jest przed złożeniem ofert. Głównie ta wersja ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ jest to jedyna aktualna wersja istniejąca na dzień składania ofert i tę wersję ITSF wskazał, między innymi, na stronie 9 odwołania.

3) Fast IT w postępowaniu przed zamawiającym powołał się na wersję 14, która nie spełnia wymogów dokumentacji postępowania, a która dodatkowo została wydana 15 sierpnia 2022 r. – to jest po złożeniu ofert (dowód na to jest na końcu dokumentu złożonego przez Fast IT w postępowaniu przed zamawiającym).

Na tę wersję 14 powołał się Fast IT w załączniku do wyjaśnień do Zamawiającego, i niezgodność z wymogami również tej wersji wskazywał ITSF w odwołaniu.

Już nawet sam fakt powołania się na tę wersję 14 i jej złożenie do zamawiającego, a nie wersję 13 - już uzasadnia konieczność uwzględnienia odwołania, ponieważ ta wersja (14) została wydana po złożeniu ofert, więc nie może potwierdzać okoliczności sprzed dnia składania ofert.

4) Wersja 15 urządzenia – została wydana 5 września 2022 r. – ITSF wskazał tę dokumentację również, dlatego, że nawet w tej wersji dokumentacja techniczna nie zawiera wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności urządzenia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego i przeprowadzenie dowodu

z dokumentów wskazanych w piśmie lub w toku rozprawy na okoliczności wskazane przez zamawiającego. W ocenie zamawiającego nie jest spornym, że:

- 1) Fast IT zaoferował kartę sieciową;
- 2) karta sieciowa posiada 4 porty, a więc spełnia wymaganie posiadania min. 2 portów,
- 3) zaoferowany serwer posiada możliwość połączenia portów karty sieciowej z płytą główną za pomocą karty OCP (przez instalację karty sieciowej z portami w gnieździe OCP, która łączy je z płytą główną) lub poprzez kartę rozszerzeń (stand up card), w której można umieścić kartę sieciową z portami, łącząc ją w ten sposób z płytą główną.

Spornym jest rozumienie pojęcia „zintegrowany”. W ocenie Odwołującego bowiem, wymaganie „zintegrowania” portów karty sieciowej z płytą główną spełnione będzie tylko w wypadku, w którym karta sieciowa zostanie wbudowana w płytę główną na stałe. Z takiej właśnie interpretacji tego pojęcia, odwołujący wywodzi, że karta sieciowa, która wraz z portami połączona jest z płytą główną przez gniazda lub sloty (takie jak OCP lub kartę rozszerzeń) nie spełnia wymagania określonego w pkt 1.2.-1.4. OPZ zgodnie z którym, karta sieciowa posiadać ma porty zintegrowane z płytą główną.

Zamawiający wskazał, że rozwiązanie umożliwiające połączenie portów karty sieciowej z płytą główną za pomocą karty OCP lub karty rozszerzeń (a więc za pomocą rozwiązań jakie zapewnia serwer zaoferowany przez Fast IT) spełnia wymagania OPZ.

Zamawiający w żaden sposób nie zdefiniował pojęcia „zintegrowania” ani też nie regulował lub nie stawiał wymagań w zakresie konkretnego sposobu integracji portów karty sieciowej z płytą główną.

Odwołując się do słownikowej definicji pojęcia „zintegrowany”, oznacza ono: „połączony w całość lub będący częścią całości”. Tym samym, wbrew temu co wydaje się twierdzić odwołujący, przytoczone pojęcie nie jest synonimem pojęcia „wbudowany”, rozumianego jako „umocowanie czegoś na stałe wewnątrz jakiejś budowli, konstrukcji lub wewnątrz jakiegoś urządzenia”. Tym samym, wbudowanie jest jedną, ale nie jedyną możliwością zintegrowania, dla którego to zintegrowania, nie jest koniecznym wbudowanie/umocowanie jakiegoś elementu na stałe, a jedynie jego połączenie z innym elementem. Innymi słowy, z punktu widzenia oceny „zintegrowania” irrelevantnym jest stałość rozwiązania, a jedynie efekt w postaci połączenia dwóch elementów ze sobą.

Z treści samego odwołania i załączonych do niego materiałów poglądowych, samo gniazdo OCP, będące „integratorem” portów karty sieciowej z płytą główną zaoferowanego przez Fast IT rozwiązania jest na stałe umieszczone w tym serwerze, a jego wykorzystanie możliwe jest tylko w jeden sposób – dla połączenia karty sieciowej z płytą główną. Co więcej, tego rodzaju rozwiązanie nie jest rozwiązaniem niespotykanym na rynku czy jednostkowym i również inne produkty zaoferowane przez innych wykonawców w toku postępowania je zawierają.

Dowody:



[https://support.hpe.com/hpesc/public/docDisplay?docId=a00112969en\\_us&page=GUID-6AB4582B-A7B5-409B-BDA6-493EE9E57065.html](https://support.hpe.com/hpesc/public/docDisplay?docId=a00112969en_us&page=GUID-6AB4582B-A7B5-409B-BDA6-493EE9E57065.html)

rysunek płyty głównej – element nr 24

[https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw.html?jumpid=in\\_pdp-psnow-qs](https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw.html?jumpid=in_pdp-psnow-qs)

Tłumaczenie:

Porty sieciowe. Żaden. Do wyboru OCP albo karta „stand up”

<https://www.hpe.com/psnow/doc/PSN1013291283USEN.pdf>Tłumaczenie:

Kontroler sieciowy Do wyboru opcjonalne OCP i „stand up”, w zależności od modelu

Odwołujący nie zakwestionował faktu, iż wymienione w ofercie (formularzu 2.2.) Fast IT certyfikaty IEC i EN są równoważnymi do certyfikatów 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum, a tym samym, że posiadane przez zaoferowany sprzęt tych certyfikatów spełnia wymagania OPZ. Spornym jest więc:

- 1) w jaki sposób Wykonawcy wykazać mieli równoważność certyfikatu w zakresie zasilaczy do certyfikatów 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum;
- 2) czy Zamawiający był uprawniony do wezwania Fast IT do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, a tym samym, czy wyjaśnienia i dokumenty złożone przez Fast IT mogły być wzięte pod uwagę przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert;
- 3) Fast IT swoimi wyjaśnieniami wykazał okoliczność będącą przedmiotem wezwania;
- 4) ewentualnie, czy dokumenty na które powołał się Fast IT były aktualne na dzień złożenia.

Zamawiający wymagał zasilaczy, które będą certyfikowane 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum lub równoważnymi. Opisując to wymaganie zamawiający wyjaśnił, że certyfikowane zasilacze muszą wykazać się minimum 90% sprawnością przy 20% obciążenia, 94% sprawnością przy 50% obciążenia oraz 91% sprawnością przy pełnym obciążeniu. Istotnym jest przy tym sposób w jaki wykonawcy – zgodnie z IDW – mieli podać zamawiającemu informacje potwierdzające spełnienie ww. parametru. Celem identyfikacji parametrów oferowanego przedmiotu w zakresie zasilania, wykonawcy zobowiązani byli tylko i wyłącznie do wskazania certyfikatu jakie posiadają ich serwery. Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia żadnych dodatkowych dokumentów w tym zakresie – niezależnie od tego, czy serwery certyfikowane były 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum czy certyfikatami równoważnymi. Wykazanie więc, czy oferowane rozwiązanie w zakresie zasilaczy certyfikowane było w sposób równoważny do 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum, polegać miało, zgodnie z dokumentami zamówienia, tylko i wyłącznie na ich przytoczeniu (przytoczeniu ich nazwy) w treści formularza 2.2 składanego wraz z ofertą. Przeciwnego stanowiska nie można zająć powołując się na przepis art. 101 ust. 5 ustawy PZP, stanowiącego o obowiązku udowodnienia przez wykonawcę, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie

przedmiotu zamówienia. O tym w jaki sposób wykonawca udowodnić ma wspomniane okoliczności zawsze rozstrzygają dokumenty zamówienia, w szczególności SWZ i tylko w zakresie zastrzeżonym w tych dokumentach, wywodzić można w stosunku do wykonawcy określone obowiązki, w szczególności jeśli chodzi o konieczność złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Fast IT zadośćuczynił opisanemu w dokumentach zamówienia wymaganiu co do sposobu wykazania równoważności, bowiem w treści złożonego formularza 2.2. wymienił certyfikaty jakimi legitymują się oferowane przez niego zasilacze – cyt: „Oferowane zasilacze są certyfikowane CE Mark, UL, cUL, IEC, EN, KCC, BSMI, CCC, TUV, C-tick, CISPR Class A”. Z uwagi jednak na fakt, że Fast IT przytoczył wiele posiadanych przez oferowane rozwiązanie certyfikatów, Zamawiający za zasadne uznał wezwanie tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty. Tym samym, pismem z dnia 23.08.2022 r. zamawiający skierował do Fast IT wezwanie o treści: Na etapie oceny ofert, analizując treść oferty, zamawiający prosi o wyjaśnienia które ze wskazanych certyfikatów i w jakim zakresie potwierdzają spełnienie wymagania zawartego w SWZ – Tom III tj.: „certyfikowane 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum lub równoważny tzn. zasilacze muszą wykazać się minimum 90% sprawnością przy 20% obciążenia, 94% sprawnością przy 50% obciążenia oraz 91% sprawnością przy pełnym obciążeniu”. (...) Mając powyższe na uwadze zamawiający wzywa do wskazania dla każdego z zaoferowanych serwerów, który z wymienionych przez wykonawcę w ofercie certyfikatów, tj. CE Mark, UL, cUL, IEC, EN, KCC, BSMI, CCC, TUV, C-tick, CISPR Class A, potwierdza/ją spełnienie wymagań równoważnych certyfikatów w zakresie zasilaczy, i o ile literalnie nie wskazano wprost sposób spełnienia tego wymagania.

Co istotne, zamawiający jednoznacznie, jako podstawę prawną wspomnianego wezwania powołał przepis art. 223 ust. 1 ustawy zgodnie z którym: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Wykonawca zastosował się do ww. wezwania i pismem z dnia 5.09.2022 r. wyraźnie wskazał, iż przytoczone przez niego w formularzu 2.2. certyfikaty IEC i EN odnoszą między innymi do efektywności zasilaczy i potwierdzają spełnienie wymagań OPZ. Tego rodzaju informacja stanowiła zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego, który wymagał jedynie podania który wymienionych w formularzu 2.2 certyfikatów potwierdzać ma równoważność do 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum. Wyjaśnienia te wykazały jednoznacznie, że Fast IT spełnił wymaganie zawarte w IDW w zakresie potwierdzenia posiadania przez oferowane zasilacze równoważności certyfikatu. Zamawiający uprawniony był do dokonania czynności takiej jak opisane wyżej wezwanie, a Fast IT w sposób prawidłowy wezwanie to wykonał. Jego wyjaśnienia dotyczyły bowiem informacji podanych zgodnie z wymaganiami

IDW w treści oferty. Wezwanie, jak i wykonanie wezwania, dotyczyły więc oświadczenia woli Fast IT zawartego w formularzu składanym wraz z ofertą, nie zmierzały do negocjacji między zamawiającym, a wykonawcą lub do jakiegokolwiek zmiany treści oferty.

Fakt złożenia szerszych niż wymagane wyjaśnień czy załączenie do nich dowodów jest irrelewantne dla oceny nie tylko prawidłowości oferty Fast IT, ale również dla oceny podstaw prawnych skierowanego do tego Wykonawcy wezwania w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy. Skoro bowiem Fast IT nie był zobowiązany do złożenia dowodów na potwierdzenie równoważności certyfikatów 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum wraz z ofertą, nie sposób przyjąć, aby z faktu ich złożenia na etapie wyjaśnień treści oferty (które co istotne, w zasadniczej części, odpowiadały na skierowane do wykonawcy wezwanie zamawiającego) nie można wobec Fast IT wywodzić negatywnych skutków prawnych, podobnie jak z faktu, że część tych dokumentów nie zawiera tłumaczeń na język polski.

Wykazanie równoważności miało polegać tylko i wyłącznie na przytoczeniu nazwy certyfikatu w treści formularza 2.2, a zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych. Co jednak najistotniejsze, sama treść wezwania z dnia 23.08.2022 r. Przytoczona w odwołaniu treść stanowi „standardowe” i uniwersalne pouczenie wykonawców o sposobie komunikacji z zamawiającym, a nie było elementem wyznaczającym zakres przedmiotowy wezwania, który skonkretyzowany został we wcześniejszej treści omawianego pisma i opiewał wyraźnie na wezwanie do wskazania które ze wskazanych w formularzu 2.2. certyfikatów i w jakim zakresie potwierdzają spełnienie wymagania równoważności. W sposób oczywisty, intencją zamawiającego nie było wzywanie Fast IT do przedłożenia dowodów potwierdzających tę równoważność.

Fast IT załączył deklaracje zgodności oferowanego sprzętu (wraz z tłumaczeniem na język polski), która potwierdzała, iż sprzęt ten spełnia normy (ISO/IEC 17050- 1 and EN 17050-1), które w świetle regulacji unijnych<sup>3</sup> odpowiadają wymaganiom równoważności określonym w OPZ (minimum 90% sprawności przy 20% obciążenia, 94% sprawności przy 50% obciążenia oraz 91% sprawności przy pełnym obciążeniu zasilaczy).

Potwierdzeniem tego są tłumaczenia wspomnianych regulacji unijnych, które – również w języku polskim – jako źródła prawa są powszechnie dostępne.

Odnosząc się do uwag Odwołującego, iż wiadomość e-mail od producenta oferowanych przez Fast IT serwerów powołuje się na inną normę niż wynikająca z przytoczonej wyżej deklaracji zgodności trzeba wskazać, że nie mogą one prowadzić do stwierdzenia o niewykazaniu przez Fast IT, iż oferowane przez niego zasilacze posiadają certyfikat równoważny do 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum. Treść tej wiadomości odwołująca się do normy EN/IEC- 17051-1 w zestawieniu ze wspomnianą deklaracją zgodności przywołującą normę 17050-1 wskazuje jednoznacznie, że przedmiotowa wiadomość e-mail zawiera omyłkę pisarską w przytoczeniu numeracji normy.

Nie są też zasadne twierdzenia odwołującego, iż w swoich wyjaśnieniach Fast IT odwołał się do nieistniejących na dzień składania ofert specyfikacji producenta serwerów. Faktem bowiem jest, że dokumentacja techniczna HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 (67 stron A4), do której odnośnik zawarto w treści wyjaśnień Fast IT została opublikowana w dniu 15 sierpnia 2022 r., jednak poprzednio obowiązująca dokumentacja techniczna z 13 czerwca 2022 r. zawierała tożsamą treść jako dokumentacja z dnia 15 sierpnia 2022 r. jeśli chodzi o parametry serwerów związane z zasilaniem (Power Supply). Na dowód tego, Zamawiający przedłożył wyciągi z tych dokumentacji wraz z tłumaczeniem wskazujące nie tylko na tożsamość treści ale i na fakt spełniania posiadania przez zaoferowane serwery nie tylko parametrów równoważnych do certyfikatów 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum ale i certyfikatów Platinum. Dowody:

Dokumentacja techniczna z dnia 13 czerwca 2022 – wersja dokumentacji 13

[https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw?jumpid=in\\_lit-psnow-red&ver=13](https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw?jumpid=in_lit-psnow-red&ver=13)

Rozporządzenie Komisji Europejskiej z dnia 15 marca 2019 r. ustanawiające wymogi dotyczące ekoprojektu dla serwerów i produktów do przechowywania danych zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE oraz zmieniające rozporządzenie Komisji (UE) nr 617/2013 (<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0424&from=EN>) .

Tłumaczenie:

Zasilacz

Zestaw niskohalogenowego zasilacza HPE 500W Flex Slot Platinum Hot Plug

Uwagi: Dostępne w 94% sprawności energetycznej.

Zestaw niskohalogenowego zasilacza HPE 800W Flex Slot Platinum Hot Plug

Uwagi: Dostępny w 94%. Wydajność energetyczna

Zestaw zasilający HPE 800W Flex Slot Titanium Hot Plug niskohalogenowy

Uwagi:

- Dostępne w 96% sprawności energetycznej

- Tylko wejście zasilania 200-240VAC.

HPE 800W Flex Slot Universal Hot Plug niskohalogenowy zestaw zasilający

Uwagi:

- Dostępne w 94% sprawności energetycznej

- Wejście zasilania 277VAC.

Zestaw HPE 800W Flex Slot 48VDC Hot Plug Low Halogen Power Kit

Uwagi:

- Dostępne w 94% sprawności energetycznej

- Wejście zasilania -48VDC.

Zestaw niskohalogenowego zasilacza HPE 1600W Flex Slot Platinum Hot Plug

Uwagi:

- Dostępne w 94% sprawności energetycznej.
- Tylko wejście zasilania 200-240VAC.

Dokumentacja techniczna z dnia 15 sierpnia 2022 r. - wersja 14

[https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw?jumpid=in\\_lit-psnow-red&ver=14](https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw?jumpid=in_lit-psnow-red&ver=14)

Tłumaczenie:

Zasilacz

Zestaw niskohalogenowego zasilacza HPE 500W Flex Slot Platinum Hot Plug

Uwagi: Dostępne w 94% sprawności energetycznej.

Zestaw niskohalogenowego zasilacza HPE 800W Flex Slot Platinum Hot Plug

Uwagi: Dostępny w 94%. Wydajność energetyczna

Zestaw zasilający HPE 800W Flex Slot Titanium Hot Plug niskohalogenowy

Uwagi:

- Dostępne w 96% sprawności energetycznej
- Tylko wejście zasilania 200-240VAC.

HPE 800W Flex Slot Universal Hot Plug niskohalogenowy zestaw zasilający

Uwagi:

- Dostępne w 94% sprawności energetycznej
- Wejście zasilania 277VAC.

Zestaw HPE 800W Flex Slot 48VDC Hot Plug Low Halogen Power Kit

Uwagi:

- Dostępne w 94% sprawności energetycznej
- Wejście zasilania -48VDC.

Zestaw niskohalogenowego zasilacza HPE 1600W Flex Slot Platinum Hot Plug

Uwagi:

- Dostępne w 94% sprawności energetycznej.
- Tylko wejście zasilania 200-240VAC.

Odnosząc się do zakwestionowania przez Odwołującego prawidłowości wspomnianych wyjaśnień wobec ujęcia w nim dwóch możliwych harmonogramów, nie można zgodzić się z argumentami odwołania, które zdają się upatrywać w tym podstawy odrzucenia oferty Fast IT.

Zamawiający wskazał, że w swojej ofercie, Fast IT zaoferował jeden termin wykonania dostawy i wdrożenia wynoszący 5 dni roboczych wskazany wprost w pkt 1a Formularza Ofertowego. Zamawiający oczekiwał przedstawienia przez wykonawcę wyjaśnień i szczegółów w zakresie czasu jaki założył on na realizację zamówienia. Wykonawca złożył spójne z deklaracją zawartą w ofercie wyjaśnienia, gdzie szczegółowo wskazał, ile czasu na poszczególne czynności przewidział.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach opisał dzień po dniu następujące po sobie czynności składające się na zakres jego obowiązków, które planuje zakończyć w terminie 5 dni roboczych od dnia zawarcia umowy z zamawiającym. Jedynie celem wykazania, iż założony termin 5 dni roboczych jest terminem realnym, Fast IT przedstawił argumentację zgodnie z którą, zakończenie dostawy i wdrożenia mogłoby zakończyć się nawet wcześniej pod warunkiem podjęcia niektórych opisanych tam czynności jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego i na tę okoliczność zaprezentował dodatkowe informacje, które odwołujący bezzasadnie utożsamia z drugim harmonogramem. Z samego faktu, iż Fast IT widzi możliwość krótszego - niż do którego zobowiązał się w ofercie - terminu wykonania zobowiązania, o którym wspomina w złożonych wyjaśnieniach, nie można wywodzić, iż jego oferta jest ofertą wariantową, lub alternatywną. Tym samym nie sposób uznać iż zachodzą podstawy do odrzucenia tej oferty lub, że przemawia to za wadliwością złożonych wyjaśnień. Wykonawca szczegółowe wyjaśnienia w wymaganym zakresie zawarł na stronach 2-6 złożonego dokumentu, które bezsprzecznie stanowią potwierdzenie zawartych w ofercie deklaracji. Co więcej, w treści wskazał on że „ nadal deklaruje wykonanie dostawy i wdrożenia w ciągu 5 dni roboczych, uwzględniając zaprezentowany harmonogram działań. Pozostała treść wyjaśnień, w ocenie zamawiającego ma charakter wyłącznie poglądowy, o czym świadczą choćby takie sformułowania jak: „możliwe jest zrealizowanie dostawy i wdrożenia w terminie krótszym niż zadeklarowane 5 dni roboczych” i „przy takich założeniach harmonogram działań wyglądałby w sposób następujący”. Fragmenty te potwierdzają wyłącznie o hipotecznych rozważaniach nad możliwymi rozwiązaniami i nie stanowi deklaracji realizacji zamówienia, bowiem ta zawarta jest w złożonej ofercie i na stronach 2-6 wyjaśnień i wynosi 5 dni.

O ofercie wariantowej można mówić w sytuacji, w której przewiduje ona odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego, a nie w sytuacji, w której wyjaśnieni wykonawcy wskazują wyłącznie na możliwość szybszego niż zadeklarowany w ofercie terminu realizacji zamówienia. Wyjaśnień bowiem nie można utożsamiać też z ofertą wariantową, gdyż ze swojej natury, nie zakreślają one treści zobowiązania wykonawcy. Za brakiem podstaw do odrzucenia oferty Fast IT z uwagi na przytoczoną okoliczność przemawia też przepis art. 457 k.c. który stanowi, że termin spełnienia świadczenia oznaczony przez czynność prawną poczytuje się w razie wątpliwości za zastrzeżony na korzyść dłużnika: Z zastrzeżenia terminu na korzyść dłużnika wynika, że ten jest uprawniony do wcześniejszego spełnienia świadczenia wierzycielowi, a wierzyciel jest je zobowiązany w takich okolicznościach przyjąć (Z. Gawlik [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 457).

Referując do zastrzeżeń odwołującego skierowanych wobec harmonogramu ujętego w

wyjaśnieniach Fast IT, dotyczą one:

1) braku przewidzenia uprzedniego powiadomienia Zamawiającego z 2 dniowym wyprzedzeniem o terminie dostawy (zgodnie z rozdz. III ust. 1.3. OPZ);

2) braku założenia okna serwisowego, o którym mowa w rozdz. III ust. 2.7 OPZ.

Analizując treść wyjaśnień Fast IT nie sposób uznać, że nie przewidziano w nich powiadomienia zamawiającego z 2 dniowym wyprzedzeniem o terminie dostawy. Wprost bowiem wyrażono to w lit. a na stronie nr 2 wyjaśnień, a następnie w pkt 2 na stronie nr 5 tego dokumentu. Koreluje to z pkt 2 harmonogramu ujętego na stronie nr 6 wyjaśnień, z którego wynika, że dostawy rozpoczną się w drugim dniu roboczym po podpisaniu umowy. Tym samym, zgodnie z wyjaśnieniami Fast IT, dokona on powiadomienia o terminie dostawy w dniu zawarcia umowy w tym samym dniu, w którym przekaże zamawiającemu Projekt Techniczny, a więc w dniu, który nie wlicza się do terminu dostawy i wdrożenia (wprost stanowi o tym pkt 1 in fine harmonogramu ujętego na stronie nr 6 wyjaśnień).

Nieuprawnione są też twierdzenia odwołującego w przedmiocie wadliwości harmonogramu wobec braku przewidzenia przez Fast IT okna serwisowego. Po pierwsze bowiem, zgodnie z rozdz. III 2.7. OPZ, konieczność przewidzenia takiego okna aktualizuje się tylko w wypadku prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu Środowiska zamawiającego, a oceny tego ryzyka dokonuje wykonawca. Tym samym nie sposób uznać że każdy z wykonawców miał obowiązek przewidywania dodatkowego czasu na czynności wynikające z powiadomień o oknach serwisowych. Ryzyko w tym zakresie w pełni obciąża wykonawcę i jest oceniane indywidualnie przede wszystkim na podstawie doświadczeń wykonawcy w realizacji tego typu dostaw.

Skoro harmonogram przedstawiony w wyjaśnieniach Fast IT potwierdza możliwość wykonania dostawy i wdrożenia sprzętu w zaoferowanym przez niego terminie 5 dni roboczych, to brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z dokumentami zamówienia. Wobec więc jednoznacznej deklaracji Fast IT, że gotów jest swoje świadczenie w ten sposób spełnić, rozważanie możliwości lub braku możliwości akceptacji innych scenariuszy czasu realizacji zamówienia znajdujących się w złożonych wyjaśnieniach jest irrelevantne dla wykazania prawidłowości konstrukcji oferty tego wykonawcy. Zaś analiza rozważań Fast IT zawarta w złożonych wyjaśnieniach, jako dodatkowa i niewiążąca, nie może prowadzić do odmiennych niż ujętych w zdaniu poprzednim konstatacji o zgodności oferty z dokumentami zamówienia.

Odnosząc się na koniec do zarzutów w zakresie dodatkowych informacji i ich wadliwości, w ocenie zamawiającego nie można upatrywać w samym tylko założeniu dokonania przez wykonawców pewnych czynności przygotowawczych z zakresu dostawy i wdrożenia sprzętu jeszcze przed zawarciem umowy z Zamawiającym. Tymi czynnościami są bowiem:

przygotowanie i przekazanie zamawiającemu Projektu Technicznego oraz powiadomienie zamawiającego o terminie dostawy. Dokonanie żadnej z tych czynności nie wiąże się z obowiązkiem świadczenia wzajemnego po stronie zamawiającego w postaci obowiązku odbioru dostawy czy odbioru wdrożenia jak również zapłaty wynagrodzenia i tym samym, brak jest formalnoprawnych przeszkód, aby zostały one podjęte przed zawarciem przez strony umowy.

Przystępujący FAST IT zajął następujące stanowisko procesowe:

Żaden z odwołujących którzy postawili zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy wskazując na naruszenie dobrych obyczajów nie próbuje nawet wykazać, jaki obyczaj zakazuje zaoferowania wykonawstwa w w/w zakresie w 5 dniowym terminie. Bez powyższego wykazania, zarzut nie może być podtrzymany. Nie jest rolą KIO domyślać się jaki obyczaj ma na względzie odwołujący formułując niepełny zarzut.

Jednocześnie żaden z odwołujących stawiając ten zarzut nie wskazał na naruszenie przepisów prawa (czyli drugą z okoliczności definiujących czyn nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust 1 uznk).

Podnoszone w uzasadnieniu odwołań 2743/22 oraz 2744/22 argumenty faktyczne służące poparciu tego zarzutu wskazują na to, że zdaniem odwołujących, przystępujący składając ofertę złożył ją niezgodnie z warunkami zamówienia (postanowieniami SWZ). Jednakże postawienie znaku równości pomiędzy niezgodnością z SWZ, a czynem nieuczciwej konkurencji jest niedopuszczalne. Na odrębność tych zachowań wskazuje ustawodawca choćby przez umieszczenie w art. 226 ust. 1 dwóch odrębnych przesłanek odrzucenia oferty (w pkt 5 – z tytułu niezgodności z warunkami zamówienia, a w pkt 7 z tytułu niezgodności z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Z tych przyczyn zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) w ocenie przystępującego powinien zostać oddalony w obu w/w odwołaniach. W związku z powyższym nie może się także ostać podniesiony zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 pkt 1) podniesiony w odwołaniu 2743/22, gdyż naruszenie zasady uczciwej konkurencji wskazywane w odwołaniu to właśnie dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji. W postępowaniu nie doszło też do naruszenia zasad przejrzystości w toku badania i oceny ofert. Zamawiający wszystkie swoje czynności wykonywał i dokumentował w taki sposób, że wykonawcy mieli do nich pełen i nieograniczony dostęp, treść dokumentów nie pozostawiała wątpliwości co do oczekiwań zamawiającego i motywów jego działania. W konsekwencji uznania, że zarzut naruszenia zasady przejrzystości także się nie potwierdził – całe odwołanie 2743/22 powinno być oddalone.

Tym samym argumentacja, która wskazuje na niemożność dochowania terminu 5 dniowego na wykonanie dostaw i wdrożenie przedstawiona w tym odwołaniu powinna być w ocenie



przystępującego pominięta.

Co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) podnoszonego w odwołaniach 2728/22 i 2744/22 tj zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodne z warunkami zamówienia. gdyż wg tych warunków niedopuszczalne jest złożenie oferty z tak krótkim terminem realizacji, Przystępujący wskazał, że żadne postanowienie SWZ nie wskazuje minimalnego terminu realizacji jaki mogą proponować wykonawcy. Przeciwnie - w odpowiedziach na pytania przytaczanych w odwołaniu 2744/22 zamawiający wyraźnie nie zgodził się na podanie terminu minimalnego i wskazywał jedynie, że niedopuszczalne jest jedynie zaoferowanie zerowego terminu, gdyż są dwa terminy (2 dni na poinformowanie o zamiarze dostaw, oraz 3 dni na odbiór dokumentacji). Wszelkie inne terminy zamawiający dopuścił. Nie ma więc niezgodności z SWZ dla terminu 5 dniowego.

Co więcej – przystępujący poproszony o wyjaśnienia w tym zakresie złożył je i wykazał, że termin 5 dniowy jest osiągalny.

Zarzuty odwołujących w tym zakresie opierają się na błędnych założeniach. Po pierwsze przyjmują, że warunki im dostępne ograniczają także przystępującego, który jest lepiej przygotowany do wykonania dostaw i wdrożenia, gdyż przygotował się do tego już od chwili otwarcia ofert i uzyskania przekonania, że uzyska zamówienie. Zrobił to na własne ryzyko, przygotowując się poprzez zgromadzenie i połączenie elementów sprzętowych tak aby czas samej realizacji skrócić do minimum. Przystępujący zgromadził także na tyle duży zespół montażystów, że dostawa i wdrożenie (w zakresie czynności fizycznych będą krótkotrwałe). Opierając się na swoim dotychczasowym doświadczeniu, zaangażowanych zasobach i wiedzy potrzebnej do sprawnej realizacji, Przystępujący oświadcza, że zadeklarowany termin jest jak najbardziej realistyczny i racjonalny. Przystępujący wskazał

- ilość osób zaangażowanych:

Osoby proces dostawy i wniesienia oraz proces uprzątnięcia opakowań i sprzątnięcia: 4

proces wdrożenia (4 ekipy): 8

proces układania przewodów i etykietowania: 4

• Czas potrzebny na wdrożenie:

ilość serwerów: 64

czas potrzebny na wdrożenie 1 serwera (min): 20

Łączny czas na wdrożenie serwerów (godz.): ~21,5

ilość ekip wdrożeniowych (inżynier + pomocnik): 4

czas potrzebny na wdrożenie serwerów w odniesieniu do ilości ekip: ~5,5

okno instalacji 07:00 - 19:00 (godz.): 12

bufor (godz.): ~6

\*) w przypadku wdrożenia serwerów w dwóch lokalizacjach, wykonawca podzieli ekipy pomiędzy lokalizacje i ma również możliwość, w zależności od potrzeb, zwiększenia ilości

ekip o kolejne osoby.

Ponadto niezależnie od lokalizacji prace wdrożeniowe przy poszczególnych serwerach są niezależne, nie ma konieczności czekania aż serwer się uruchomi, aby rozpocząć pracę przy kolejnym serwerze (rozpakowanie, montaż, okablowanie itp.). Wykonywanie prac równolegle i daleko idące możliwości rozszerzenia ekipy montażowej przez przystępującego powodują, że czas na wykonanie prac może być krótki.

Pozostałe czynniki przyspieszające realizację w/w prac przez przystępującego to:

- wcześniejsza aktualizacja oprogramowania (ang. Firmware),
- szyny montażowe do szaf rack niewymagające narzędzi i śrub,
- wcześniejsze przygotowanie etykiet do okablowania.

Mając na względzie stosunkowo proste czynności do wykonania w zakresie wdrożenia, duże doświadczenie wykonawcy zdobyte podczas realizacji podobnych projektów oraz wcześniejsze przygotowanie się do realizacji wdrożenia przez wykonawcę, zadeklarowany termin realizacji jest wystarczający do prawidłowej dostawy i wdrożenia.

Ponadto odwołujący w sposób nieuprawniony obliczają terminy. W szczególności nie można przyjąć, że sumowaniu podlega dwudniowy termin na poinformowanie zamawiającego o zamiarze dostawy oraz 3 dniowy termin na akceptację projektu technicznego. Terminy te mogą biec równolegle. Łącznie więc zajmują 3 dni.

Brak jest także podstaw do uznania za niezgodne z SWZ założenia, że projekt techniczny zostanie przedstawiony zamawiającemu w dniu podpisania umowy. Przystępujący nie opiera się bezwzględnie na założeniu, że może to zrobić przed podpisaniem umowy. Także złożenie tego projektu w dniu zawarcia umowy, a po jej podpisaniu powoduje, że od tego dnia zaczyna biec trzydniowy termin na jego akceptację. I taki scenariusz odwołujący założył jako zapewniający osiągnięcie terminu 5 dni.

Nie może się także ostać zarzut brak założenia okna serwisowego wymaganego pkt: III 2.7 OPZ. Przystępujący po dokonanej analizie SWZ i na podstawie doświadczeń z innych projektów i wiedzy, oświadczają, że zakres wdrożenia nie obejmuje prac, które mogą spowodować istotne ryzyko przerwy w działaniu Środowiska zamawiającego, dlatego nie zajdzie prawdopodobnie potrzeba wyznaczenia okna serwisowego. Wszystkie konieczne czynności związane z instalacją, wdrożeniem i integracją mogą być przeprowadzane niezależnie, bez wpływu na działania Środowiska zamawiającego. Jeżeli takie okno serwisowe będzie potrzebne – to będzie niezmiernie krótkie liczone jako najwyżej ok. 2- 3 godzin. Wykonawca zwraca uwagę, że OPZ w pkt 2.7 nie wymaga by okno było wyznaczona i trwało przez 3 dni. Jedyne wymóg to, aby okno wyznaczono z 3 dniowym wyprzedzeniem. Przystępujący może więc potrzebę wyznaczenia takiego okna zgłosić już składając Projekt Techniczny (bezpośrednio po zawarciu umowy) i zapewnia sobie tym samym dostępność okna, a jednocześnie na jego wyznaczenie nie zużywa dodatkowego czasu, gdyż biegnie on

równolegle z akceptacją projektu technicznego i przystępując do wdrożenia wykonawca ma wyznaczone okno serwisowe.

Nie można też zgodzić się z poglądem, że SWZ wymaga testów przeprowadzanych przez zamawiającego przed odbiorem. Testy te ma przeprowadzić wykonawca (na to rozumienie SWZ wskazano w wyjaśnieniach składanych na wezwanie zamawiającego) SWZ bowiem nie nakazuje by były to testy zamawiającego, a ewentualnych niejasności SWZ nie dozwala się tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy. Zamawiający może jedynie wybrać elementy do testów, ale na ich wybór SWZ nie gwarantuje zamawiającemu żadnego terminu i wykonawca oczekuje, że w zamawiający zgłosi te elementy na samym początku wdrożenia wykonując swój obowiązek współpracy wynikający z art. 431 ustawy.

Nie ulega wątpliwości (co wykazano przywołując w wyjaśnieniach pkt IV pkt 6 OPZ) że złożenie dokumentacji powykonawczej nie wchodzi w zakres wdrożenia). Jednakże przystępujący w wyjaśnieniach zadeklarował, że dokumentację tą złoży w terminie. Jej przygotowanie w oparciu o Projekt Techniczny zaakceptowany przez zamawiającego nie jest czynnością czasochłonną.

Z ostrożności przystępujący podniósł że nietrafny jest także zarzut wydłużonego czasu ze względu na konieczność odbycia wizji lokalnej. Wizja ta była przewidziana przed terminem składania ofert (zgodnie z SWZ) i nie ma powodów by odbywać ją obecnie, tym bardziej, że zamawiający bardzo szczegółowo opisał warunki w miejscu wdrożenia.

Nie znajduje też uzasadnienia pogląd, że wykonawca nie może przedstawić dwóch alternatywnych metod zmieszczenia się w zadeklarowanym terminie. Tak uczynił przystępujący w wyjaśnieniach. Nie stanowi to o jakiegokolwiek wariantowości oferty. Zamawiający nie wymagał bowiem w ofercie przedstawienia żadnego harmonogramu. Przedstawienie dwóch metod dzięki której w ocenie wykonawcy możliwe jest zapewnienie dostaw i wdrożenia w deklarowanym terminie nie uchybia więc żadnemu przepisowi ustawy, a tym bardziej żadnemu z przepisów, których naruszenie podniesiono w odwołaniach. Jeżeli co najmniej jedna z wersji harmonogramu w ocenie zamawiającego jest prawidłowa – brak jest podstaw by uznać, że 5 dniowy termin dostawy i montażu jest nieosiągalny.

Towarzyszący zarzutowi o niemożności wykonania dostaw w terminie 5 dni zarzut niejasności SWZ i żądanie unieważnienia postępowania podniesione w odwołaniu 2744/22 są w ocenie przystępującego spóźnione. Jako zarzuty wobec SWZ powinny być podniesione w terminie 10 dni od ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto jest to zarzut, co do którego sam odwołujący wskazuje, że jeśli zwycięzcą w przetargu byłaby oferta odwołującego – zgodnie z uzasadnieniem Interesu w złożeniu odwołania, to przetarg wadą obarczony nie jest. Jeśli zaś doszłoby do wyboru innej oferty – przetarg zawiera wadę niemożliwą do usunięcia. Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić i jest to de facto zaprzeczenie istnieniu tej wady przez samego odwołującego.

Ze względu na brak zasadności zarzutu niezgodności terminu wykonania umowy (5 dniowego) z SWZ nie znajdują uzasadnienia także zarzuty z odwołania 2728/22, które wskazują na naruszenie przepisów stanowiących konsekwencję zaniechania odrzucenia oferty przystępującego.

Zarzuty dotyczące niezgodności rozwiązań i sprzętu oferowanego przez przystępującego z wymaganiami SWZ są chybione.

Zarzut dotyczący kart wbudowanych, brzmi „Zaniechanie odrzucenia oferty chociaż serwery oferowane przez Wykonawcę nie posiadają kart sieciowych z portami zintegrowanymi z płytą główną w liczbie minimum 2 porty.” Wykonawca postrzymuje stanowisko, iż zaoferowane rozwiązania serwerowe posiadają takie karty z portami.

Zamawiający wymagał „kart sieciowych z portami zintegrowanymi z płytą główną”. Odwołujący bezpodstawnie utożsamia dwa zupełnie różne pojęcia tj:

- portów wbudowanych (ang. embedded) w serwerach,
- portów zintegrowanych (ang. integrated) w serwerach, realizowanych przy użyciu kart OCP.

Zamawiający wymagał portów zintegrowanych a nie wbudowanych, co niesporne. I takie rozwiązanie Przystępujący oferuje, a wykonawca utożsamiając te pojęcia pomija rozumienie i rozróżnianie tych pojęć przez rynek producentów. Takimi pojęciami na określenie dwóch różnych rozwiązań powszechnie posługują się producenci. Przykładowe źródła:

1. OCP 3.0 Ethernet Adapters from Lenovo (<https://lenovopress.lenovo.com/lp1252-video-ocp-30-ethernet-adapters-from-lenovo> dostęp na dzień 26.10.2022)

Tłumaczenie:

Najnowsze serwery Lenovo wykorzystują nowy format OCP 3.0 dla zintegrowanych zasobów sieciowych. Lenovo oferuje obecnie adaptory Gigabit Ethernet 1, 10 i 25 Gigabit firmy Broadcom i innych dostawców.

2. Dell EMC PowerEdge R7525 Technical Guide ([https://i.dell.com/sites/csdocuments/Product\\_Docs/en/dell-emc-poweredge-r7525-technical-guide.pdf](https://i.dell.com/sites/csdocuments/Product_Docs/en/dell-emc-poweredge-r7525-technical-guide.pdf) strona 22, dostęp na dzień 26.10.2022)

Tłumaczenie:

System PowerEdge R7525 obsługuje dwa porty kontrolera interfejsu sieciowego (NIC) wbudowane na karcie LOM.

System PowerEdge R7525 obsługuje również port NIC OCP zintegrowany na opcjonalnej karcie OCP.

3. Dell EMC PowerEdge R750 Technical Specifications ([https://www.dell.com/support/manuals/pl-pl/poweredge-r750/per750\\_ts\\_pub\\_ism/nic-port-specifications?guid=guid-dabcb721-3b21-4dd8-aaf2-a2dec4444806&lang=en-us](https://www.dell.com/support/manuals/pl-pl/poweredge-r750/per750_ts_pub_ism/nic-port-specifications?guid=guid-dabcb721-3b21-4dd8-aaf2-a2dec4444806&lang=en-us) dostęp na dzień 26.10.2022)

Tłumaczenie:

System Dell EMC PowerEdge R750 obsługuje do dwóch portów kontrolera interfejsu sieciowego (NIC) wbudowanych w LAN on Motherboard (LOM) i zintegrowanych na opcjonalnych kartach OCP.

Ponadto, karty w standardzie OCP należy traktować jako zintegrowane, gdyż umieszczone są w dedykowanych slotach OCP, przymocowane do płyty głównej śrubami i nie zajmują slotów PCIe, czyli slotów na karty rozszerzeń. Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia również stosuje taki podział na karty zintegrowane (ang. integrated) oraz karty zainstalowane w kartach rozszerzeń.

Przykładowe źródła:

1. HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 server QuickSpecs ([https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw?jumpid=in\\_lit-psnow-red&ver=13](https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw?jumpid=in_lit-psnow-red&ver=13) , strona 49, dostęp na dzień 26.10.2022)

Tłumaczenie:

Uwagi:

- Adaptery OCP nie wykorzystują gniazda PCIe.

Dodatkowo, w przypadku rozwiązania zaoferowanego przez Wykonawcę, zastosowane porty OCP są klasyfikowane przez producenta jako factory integrated (tłumaczenie: fabrycznie zintegrowany) w ramach usługi Factory Integration (tłumaczenie: integracja w procesie produkcji). Tym samym porty OCP w konfiguracji rozwiązania posiadają dodatkową pozycję uwzględniającą w/w proces. Przykład:

A szczegółowe wyjaśnienie znajduje się w dokumencie HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 server QuickSpecs ([https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw?jumpid=in\\_lit-psnow-red&ver=13](https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw?jumpid=in_lit-psnow-red&ver=13) , dostęp na dzień 26.10.2022) w miejscach:

- strona 30:

Tłumaczenie:

Krok 4: Wybierz dodatkowe opcje integracji w procesie produkcji z poniższych sekcji (opcji podstawowych (ang. Core (Options)) i opcji dodatkowych

- i dalej w tej sekcji na stronach 44 – 45 wymienione są porty w standardzie OCP sklasyfikowane jako Opcje podstawowe:

Tłumaczenie:

Adaptery OCP

Intel I350-T4 Ethernet 1Gb 4-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P08449-B21

BCM 5719 1Gb 4p BASE-T OCP Adapter P51181-B21

QuickSpecs HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 server

Opcje Podstawowe

Marvell QL41132HQCUC Ethernet 10Gb 2-port SFP+ OCP3 Adapter for HPE P08452-B21

Marvell QL41132HQRJ Ethernet 10Gb 2-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P10103-B21

Broadcom BCM57416 Ethernet 10Gb 2-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P10097-B21

Broadcom BCM57412 Ethernet 10Gb 2-port SFP+ OCP3 Adapter for HPE P26256-B21

Intel X710-DA2 Ethernet 10Gb 2-port SFP+ OCP3 Adapter for HPE P28778-B21

Broadcom BCM57414 Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10115-B21

Mellanox MCX631432AS-ADAI Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P42041-B21

Mellanox MCX562A-ACAI Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10112-B21

Uwagi: Po wybraniu tej karty OCP należy wybrać zestaw do aktualizacji kabla OCP (P14603-B21).

Marvell QL41232HQCU Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10118-B21

Uwagi:

- Adaptery OCP nie wykorzystują gniazda PCIe.

Standard OCP (ang. Open Compute Project) tworzony jest przez organizację Open Compute Project Foundation której celem jest przeprojektowanie technologii sprzętowej, aby skutecznie obsługiwać rosnące wymagania dotyczące infrastruktury obliczeniowej, pozwolić jej nadążać za innowacyjnością i sprostać zmieniającym się potrzebom i oczekiwaniom rynku (źródło: <https://www.opencompute.org/about> dostęp na dzień 26.10.2022).

Tym samym zarzut dotyczący braku integracji portów kart sieciowych nie może się ostać, gdyż wynika wyłącznie z własnego, odrębnego od powszechnie stosowanego „rozumienia” pojęcia „zintegrowania” przez odwołującego.

Nie zasługuje także w ocenie przystępującego na uwzględnienie zarzut z odwołania 2728/22 dotyczący składania dokumentów po terminie składania ofert i niewykazania posiadania parametrów równoważnych przez oferowany sprzęt.

Po pierwsze – zamawiający w SWZ nie wymagał złożenia ani wraz z ofertą ani w innym czasie jakichkolwiek dokumentów potwierdzających cechy oferowanego sprzętu. SWZ w pkt 15.19 jednoznacznie wskazuje, że zamawiający Przedmiotowych środków dowodowych nie żąda. Nie można więc czynić przystępującemu zarzutu, że udzielając na wezwanie zamawiającego z 23.08.2022 wyjaśnień datowanych na 26.08.2022 co do parametrów oferowanego sprzętu złożył dowody dopiero w odpowiedzi na takie wezwanie, bo z ofertą składać ich nie musiał. Z żadnego postanowienia SWZ ani wezwania do wyjaśnień nie wynikało też, że ewentualne dowody składane wraz z wyjaśnieniami musiały wskazywać na stan faktyczny z dnia złożenia ofert. W dacie złożenia ofert wykonawca wiedział jaki oferuje urządzenia, ale nie był obowiązany by ich cechy podierać jakimikolwiek dowodami.

Brak obowiązku składania dokumentów sprawia także że zarzut złożenia dokumentów w innym języku niż polski jest bezzasadny. Dokumenty te zamawiający w części nieprzetłumaczonej na j polski mógł pominąć, a z wyjaśnień i dokumentów przetłumaczonych

wynikało, że zaoferowane urządzenia są zgodne z SWZ. Tego zresztą odwołujący nie kwestionuje podnosząc jedynie zarzuty natury formalnej

Nie może także ostać się zarzut złożenia (rzekomo wbrew wymogom SWZ) oferty na rozwiązanie równoważne i niezależenia do oferty szczegółowej specyfikacji równoważnego produktu. (wymaganej pkt 6.11 SWZ).

Przystępujący nie oferuje „rozwiązań równoważnych”, a tego dotyczy punkt 6.11 SWZ stanowiący podstawę zarzutu. Jak wynika z treści oferty i wyjaśnień Przystępujący oferuje rozwiązania (serwer i zasilacze) spełniające parametry podstawowe, określone w SWZ.

Zgodnie z OPZ część II pkt (tabela) 1.2 wiersz „zasilacze” (oraz inne analogiczne wiersze w dalszych tabelach), a także zgodnie z wezwaniem zamawiającego do wyjaśnień (z 23.08.2022), zamawiający dopuszczał „równoważne certyfikaty” w stosunku do certyfikatów wskazanych z nazwy w tych miejscach dokumentacji. Nie można jednak stawiać znaku równości między „równoważnymi rozwiązaniami” których dotyczy pkt 6.11 SWZ przywoływany przez odwołującego, a „równoważnymi certyfikatami”, które dopuszcza zamawiający. W tym przypadku nie było konieczne składanie certyfikatów wraz ofertą. Interpretacja, która by to nakazywała stałaby w rażącej sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców nakazując niektórym z nich składać określone dokumenty, a innych z tego obowiązku by zwalniała. Przeczy tej interpretacji także jednoznaczny i przywołany wcześniej pkt 15.19 SWZ zgodnie z którym przedmiotowe środki dowodowe nie są wymagane. Certyfikat zgodnie z art. 105 ust. 1 ustawy to przedmiotowy środek dowodowy. Oznacza to, że wbrew twierdzeniom odwołującego nie był żądany wraz z ofertą. Co więcej – nie był żądany także wraz z wyjaśnieniami na wezwanie zamawiającego z dnia 23.08.2022. Same wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na to wezwanie są wystarczające.

Nie można także uznać za trafny zarzutu różnic w nr Normy wskazanej w załączanych do wyjaśnień dokumentach. Po pierwsze – różnica ta jest zwykłą omyłką pisarską. Po drugie – składanie dokumentów na zgodność z normą nie było wymagane. Wszelkie rozważania odwołującego zawarte np. na str. 16 odwołania dotyczące wymogu by równoważność była potwierdzona jednoznacznie nie mają znaczenia w sprawie, gdyż odnoszą się do treści pkt 6.11 SWZ dotyczącego rozwiązań równoważnych, których Przystępujący nie oferuje (o czym wyżej). Nawet ten punkt jednak nie wymagał wbrew twierdzeniom odwołania by na potwierdzenie równoważności rozwiązań wykonawca składał jakiegokolwiek dokumenty. Zamawiający żądał jedynie szczegółowej specyfikacji potwierdzającej równoważność rozwiązań. Przywołanie w wyjaśnieniach z 26.08.2022 dwa linki do stron internetowych szczegółowo specyfikujących cechy oferowanego sprzętu zgodne z wymaganiami zamawiającego stanowią taką specyfikację.

## **Sygn. akt KIO 2743/22**

W dniu 17 października 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2022 r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 17 października 2022 r.

Odwołujący MBA postawił zamawiającemu:

- zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: FAST IT, IT Solution Factor, Symmetry, pomimo tego, że zaoferowany przez tych wykonawców termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem (odpowiednio 5, 8, 12 dni) miał na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego a tym samym uniemożliwienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, co oznacza złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy FAST IT, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący MBA wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: FAST IT, IT Solution Factor, Symmetry,

c) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Odwołujący, w kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem”, zaoferował jednocześnie termin najkrótszy możliwy i znajdujący oparcie w postanowieniach SWZ oraz wyjaśnieniach udzielanych przez zamawiającego odnośnie treści SWZ.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: FAST IT, IT Solution Factor, Symmetry, co w konsekwencji skutkowałoby przesunięciem oferty odwołującego w rankingu złożonych ofert na drugą pozycję, za ofertą Simplicity Sp. z o.o. Odwołujący wskazał przy tym, że to postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (pkt 10.4 –



10.6 SWZ), a jedynym wykonawcą, który był wzywany do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia/oświadczeń, o których mowa w pkt 10.2. SWZ, i jednocześnie został uwzględniony w rankingu oceny ofert, był wykonawca FAST IT. Nie można zatem wykluczyć, że w razie wezwania wykonawcy Simplicity Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia/oświadczeń, o których mowa w pkt 10.2. SWZ wykonawca ten nie złożyłby wymaganych dokumentów lub oświadczeń, względnie nie wykazałby, że nie podlega wykluczeniu z postępowania lub że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: FAST IT, IT Solution Factor, Symmetry, pomimo tego, że zaoferowany przez tych wykonawców termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem (odpowiednio 5, 8, 12 dni) miał na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego a tym samym uniemożliwienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, co oznacza złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że kwestia terminu dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego była przed upływem terminu składania ofert przedmiotem pytań ze strony wykonawców przy czym ostatniej udzielonej odpowiedzi odesłał do wymagań Tomu III SWZ-OPZ pkt IV ppkt 1 oraz pkt III OPZ ppkt 1.3, wskazując na konieczność uwzględnienia w tym terminie m.in. czasu na opracowanie i przekazanie Projektu Technicznego Wdrożenia, czasu na dokonanie odbioru dokumentacji przez zamawiającego (lub zgłoszenie uwag do wykonawcy) oraz 2-dniowego terminu na dokonanie powiadomienia o dostawie. Dalej, odwołujący podnosi, że w toku badania złożonych ofert zamawiający wezwał wykonawców FAST IT oraz IT Solution Factor do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty złożonej w ww. postępowaniu w zakresie zadeklarowanego terminu dostawy oraz wdrożenia serwerów w zakresie zamówienia podstawowego.

W wezwaniach zamawiający przypomniał, że termin realizacji zamówienia był przedmiotem pytań wykonawców na etapie przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający pismem z dnia 3 sierpnia 2022 r., znak: CIRF.DZ1.272.43.2022.HCKY.3, zwracał uwagę na konieczności uwzględnienia w ramach zaoferowanego „Terminu dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” wszystkich czynności składających się na realizację przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu odwołujący podniósł, że zamawiający w treści wezwań z dnia 23.08.2022 r. jednoznacznie wskazał, w jaki sposób interpretował postanowienia SWZ odnoszące się do terminu dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego, w

szczegółowości wskazując elementy, które należy uwzględnić przy deklarowaniu terminu realizacji zamówienia.

Według Symmetry poszczególne czynności prezentują się w sposób następujący :

- zawarcie umowy – przykładowa data: 10.10.2022,
- powiadomienie o dostawach (min. 2 dni wyprzedzenia) oraz ewentualna wizja lokalna u zamawiającego – 10.10.2022,
- stworzenie Projektu Technicznego i przekazanie Projektu Technicznego do zamawiającego – 11.10.2022, ewentualne zgłoszenie potrzeby wyznaczenia okna serwisowego,
- odbiór dokumentacji przez zamawiającego (do 3 dni – w przypadku braku uwag) – 12.10.2022 – 14.10.2022,
- dostawa i rozładunek sprzętu – 13.10.2022 lub 14.10.2022,
- wdrożenie Sprzętu i oprogramowania – 17.10.2022 do 21.10.2022 (uwaga: zgodnie z postanowieniami pkt IV.3 Tom III OPZ, podstawą do rozpoczęcia wdrożenia jest zaakceptowany przez zamawiającego Projekt Techniczny !),
- testy wraz z uzyskaniem Protokołu Odbioru Wdrożenia w terminie (do 5 Dni Roboczych od rozpoczęcia testów – zgodnie z pkt V.4 Tom III OPZ) – 24.10.2022 do 28.10.2022

Niezależnie od tego odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami pkt III.2.7 Tom III OPZ wykonawca co najmniej na 3 dni robocze przed przystąpieniem do prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu Środowiska zamawiającego, zobowiązany jest zgłosić potrzebę wyznaczenia okna serwisowego, zaś zgodnie z pkt 2.8 w przypadku niedotrzymania terminu, o którym mowa w pkt 2.7 zamawiający nie dopuści wykonawcy do realizacji prac wdrożeniowych. Zatem element okna serwisowego winien również zostać uwzględniony terminie podlegającym ocenie w pozacenowym kryterium oceny ofert. Z powyższego wynika, że minimalnym terminem dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego, jaki mógł zaoferować wykonawca w tym postępowaniu, był termin 15 dniowy. Każdy krótszy termin oznacza brak uwzględnienia wszystkich postanowień SWZ, w tym w szczególności terminów i procedur określonych w Tomie III OPZ, które przewidział i zagwarantował sobie zamawiający. W kontekście powyższego, odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę FAST IT oraz IT Solution Factor - terminy zadeklarowane przez tych wykonawców nie obejmują wszystkich czynności przewidzianych przez zamawiającego w Tomie III OPZ oraz zastrzeżonych dla tych czynności terminów realizacji. W zakresie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę FAST IT nie do zaakceptowania jest argumentacja, że wykonawca ten już w momencie samego zaproszenia do podpisania umowy przedstawi zamawiającemu Projekt Techniczny (!). Punktem wyjścia do liczenia terminu wykonania dostawy powinna być data zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonanie Projektu Technicznego jest jednym z elementów przedmiotu umowy, nie zaś formalnością, jaką wykonawca zobowiązany jest dopełnić po wyborze oferty w celu zawarcia umowy. FAST IT

bezpodstawnie oczekuje, że zamawiający jeszcze przed podpisaniem umowy z wykonawcą projekt ten zaakceptuje (lub wyjaśni uwagi do Projektu Technicznego i przedstawi końcową wersję w następnym dniu roboczym). Po drugie, wykonawca nie zna struktury zamawiającego, co powoduje, że w celu opracowania Projektu Technicznego Wdrożenia winien, jako profesjonalista, dokonać wizji lokalnej infrastruktury zamawiającego, co powinno zostać uwzględnione w terminie podlegającym ocenie w kryterium oceny ofert. FAST IT nie wspominał nic w swoim harmonogramie realizacji dostawy o możliwym oknie serwisowym, pominął w harmonogramie testy zamawiającego, które są naturalnym elementem kończącym prace wdrożeniowe. Odwołujący przypomniał, że zgodnie z pkt V.5 Tom III OPZ w przypadku, gdy Sprzęt nie przejdzie pozytywnie odbioru prac wdrożeniowych, wykonawca zobowiązuje się do usunięcia nieprawidłowości oraz do przedstawienia Sprzętu do ponownego odbioru w terminie nie dłuższym niż 10 dni roboczych od dnia wniesienia zastrzeżeń przez zamawiającego. Gdyby zatem hipotetycznie przyjąć argumentację FAST IT, prezentowaną w wyjaśnieniach złożonych przez tego wykonawcę, jako prawidłową, okazałoby się, że wykonawca przyjmuje za zrealizowaną w terminie 5 dni dostawę Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego pomimo, że dostarczone rozwiązanie nie spełnia wymagań zamawiającego i musi zostać poprawione.

W zakresie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę IT Solution Factor, to wykonawca ten przyjął nierealny przy wymaganej ilości sprzętu okres jego wdrożenia (3 dni) oraz bezpodstawnie pominął w swoim harmonogramie testy zamawiającego, które są naturalnym elementem kończącym prace wdrożeniowe. Gdyby hipotetycznie przyjąć argumentację IT Solution Factor, prezentowaną w wyjaśnieniach złożonych przez tego wykonawcę, jako prawidłową, okazałoby się, że wykonawca przyjmuje za zrealizowaną w terminie 8 dni dostawę Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego pomimo, że dostarczone rozwiązanie nie spełnia wymagań zamawiającego i musi zostać poprawione. Z analogicznych powodów, jak zaprezentowane w odniesieniu do wykonawców FAST IT oraz IT Solution Factor, za nierealny i nie uwzględniający wszystkich postanowień i wymagań określonych w SWZ należy uznać także 12-dniowy termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego, zaoferowany przez wykonawcę Symmetry. Odwołujący podkreślił również, że w świetle pkt 6.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa aż 64 sztuk serwerów stelażowych. Nadto, w pomieszczeniach zamawiającego, w których będą instalowane oraz konfigurowane sprzęt i oprogramowanie, nie będzie mogła przebywać nieograniczona ilość osób dedykowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Z tych względów twierdzenia o możliwości przeprowadzenia wdrożenia w ciągu 1 dnia (FAST IT) czy też w terminie 3 dni (IT Solution Factor) należy potraktować jako abstrakcyjne. Odwołujący wskazał, że terminy dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego zaoferowane przez wykonawców FAST IT, IT Solution Factor oraz Symmetry w

żaden sposób nie pozwalają na wykonanie wszystkich czynności wchodzących w zakres dostawy i wdrożenia, przy jednoczesnym zachowaniu terminów i powiadomień wskazanych w SWZ. O nierealności tych terminów świadczy również to, że żaden inny wykonawca nie zaoferował tak krótkich terminów jak zadeklarowane przez ww. trzech wykonawców, a w szczególności wykonawcę FAST IT. Terminy poniżej 15 dni są terminami oderwanymi od rzeczywistości, niemożliwymi do dotrzymania i zostały zaoferowane wyłącznie po to, aby otrzymać maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” i w rezultacie uzyskać zamówienie, co nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W orzecznictwie, praktyki deklarowania nierealnych i niemożliwych terminów realizacji zamówienia wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji, podlegały sankcji odrzucenia oferty. Powyższe działanie wypełnia także przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, gdyż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przede wszystkim przez działanie mające na celu wymuszenie na zamawiającym dokonania wyboru wykonawcy. Ponadto odwołujący podkreślił, że norma prawna art. 16 pkt 1 ustawy nakazuje zamawiającemu przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o którym nie może być mowy przy stosowaniu przez ww. wykonawców opisanych wyżej niedopuszczalnych praktyk. Podsumowując, złożone przez wykonawców FAST IT, IT Solution Factor oraz Symmetry oferty ukierunkowane są na osiągnięcie korzyści w postaci pozyskania zamówienia publicznego z pominięciem podstawowych reguł uczciwej konkurencji czy też uczciwości kupieckiej. Powołał stanowisko Sądu Okręgowego w Krakowie, wyrok z dnia 8 lipca 2014 r., sygn. akt II Ca 141/14. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy FAST IT, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości, wskazać należy, co następuje. Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty FAST IT jako najkorzystniejszej, przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości. Zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy, w okolicznościach tej sprawy, również nie ma charakteru samistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego powinna uplasować się na drugiej pozycji, co w wyniku stosowania procedury odwróconej otworzy odwołującemu szansę na zakwestionowanie prawidłowości oświadczeń i dokumentów, których dotychczas wykonawca Simplicity sp. z o.o. nie składał.

MBA podkreślił też, że zamawiający po upływie terminu składania ofert zmienił obowiązujące zasady oceny ofert. Wynika to z faktu, że dokonując w dniu 23.08.2022 r. wezwania wyko-

nawców FAST IT oraz IT Solution Factor do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty złożonej w ww. postępowaniu w zakresie zadeklarowanego terminu dostawy oraz wdrożenia serwerów w zakresie zamówienia podstawowego, w treści wezwania jasno wyartykułował rozumienie postanowień SWZ, wskazując wprost, jakie elementy i minimalne terminy muszą zostać uwzględnione przez wykonawców w celu uzasadnienia realności zadeklarowanych w ofertach terminów dostawy oraz wdrożenia serwerów w zakresie zamówienia podstawowego. Co więcej, elementy i zakresy opisane przez zamawiającego pod literami a) – d) nie stanowiły katalogu zamkniętego, o czym świadczy użyte sformułowanie „tj. m.in.: (...)”. Tymczasem po uzyskaniu wyjaśnień od ww. dwóch wykonawców zamawiający postanowił zmienić „zasady gry”, uznając złożone przez wykonawców wyjaśnienia za prawidłowe, podczas gdy wyjaśnienia te stoją w sprzeczności ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w treści wezwania z 23.08.2022 r.

W dniu 18 października 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Przystąpienie nastąpiło w zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez przystępującego. Przystępujący wskazał, że posiada interes w oddaleniu odwołania, z uwagi na to, że żądania odwołania zmierzają do wyeliminowania jego oferty co może spowodować brak możliwości ubiegania się przystępującego o to zamówienie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom w dniu 19 października 2022 r.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Simplicity spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 października 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, bowiem złożył on w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która ulokowana jest obecnie na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Zdaniem przystępującego, czynności i zaniechania podjęte przez zamawiającego w toku postępowania doprowadziły do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji czego przystępujący może ponieść szkodę w postaci nie-

uzyskania zamówienia. Dodał, że jak wskazane zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 listopada 2013 roku, sygn. akt KIO 712/13: przepis (...) nie zawęża pojęcia interesu do interesu prawnego, czy też interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem należy go interpretować szeroko. Interes ten może polegać w szczególności na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w którym przystępujący uczestniczy, w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami ustawy.

Wskazał, że odwołanie zmierza do odrzucenia z Postępowania zarówno oferty wykonawcy Fast IT sp. z o.o. sp.k, ul. Brukowa 12, 91-341 Łódź („Fast IT”), jak i oferty wykonawcy IT Solution Factor sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa („IT Solution Factor”). W przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Fast IT oraz oferty wykonawcy IT Solution Factor oferta Przystępującego będzie sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, zamawiający będzie mógł zatem dokonać wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej, w konsekwencji czego przystępujący uzyska zamówienie. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 sierpnia 2022 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom. Przystępujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, ponieważ zarzuty podnoszone przez odwołującego, w razie ich uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą doprowadzą do przesunięcia WASKO S.A. w rankingu ofert zwiększając tym samym szansę WASKO S.A. na uzyskanie zamówienia. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca FAST IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego. Zaskarżenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej może pozbawić przystępującego uzyskania zamówienia i w konsekwencji może ponieść szkodę w postaci braku możliwości podpisania i wykonania umowy. Wskazał, że jego oferta jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2022 r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes (art. 525 ust. 1 ustawy) w oddaleniu odwołania, ponieważ

1/ część zarzutów dotyczy oferty przystępującego i zmierza do odrzucenia oferty przystępującego, chociaż:

1) oferta przystępującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a żądania odwołującego mogą pozbawić przystępującego możliwości udzielenia mu zamówienia

2) czynności zamawiającego wobec przystępującego są zgodne z przepisami ustawy, zamawiający wobec przystępującego nie dopuścił się zaniechań sprzecznych z przepisami ustawy

3) w rezultacie, zarzuty, żądania, twierdzenia odwołującego są sprzeczne z przepisami ustawy i interesem przystępującego

4) skutek czynności odwołującego, które są sprzeczne z ustawą, istnieje ryzyko poniesienia przez przystępującego szkody polegającej na braku możliwości uzyskania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia od zamawiającego.

2/ część zarzutów odwołującego dotyczy oferty Fast IT sp. z o.o. — ale przystępujący nie zgadza się z zarzutami odwołującego wobec Fast IT sp. z o.o., które różnią się od zarzutów, twierdzeń i dowodów, które podnosi przystępujący w złożonym przez przystępującego odwołaniu

Część zarzutów odwołującego dotyczy oferty Symmetry sp. z o.o. — ale przystępujący nie zgadza się z zarzutami odwołującego wobec Symmetry sp. z o.o.

Odwołujący twierdzi, że zaoferował najkrótszy możliwy termin realizacji (15 Dni roboczych). Gdyby Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z takim twierdzeniem odwołującego, nawet jeżeli skierowanym formalnie wobec Fast IT sp. z o.o. czy Symmetry sp. z o.o., to oznaczałoby to również konieczność odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego, ponieważ przystępujący zaoferował 8 dni roboczych i przystępujący poniósłby szkodę majątkową przez brak zawarcia umowy z zamawiającym i brak uzyskania wynagrodzenia.

W rezultacie, zarzuty, żądania, twierdzenia odwołującego są sprzeczne z przepisami ustawy i interesem przystępującego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, ponieważ jest bezzasadne.

W dniu 27 października 2022 r. przystępujący IT Solution Factor złożył stanowisko pisemne, w którym podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania i twierdzenie, że termin 8 dniowy uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego, zaś argumentacja odwołującego zmierza do rozszerzenia wymagań zamawiającego związanych z tym terminem o odniesienie do Rozdziału V, który nie ma zastosowania do obliczenia terminu na potrzeby kryterium oceny ofert, gdyż zamawiający nie zawarł do niego odwołania, ani w opisie kryterium, ani w definicji wdrożenia. Nadto wskazał, że powołane przez odwołującego wyjaśnienia treści SWZ wskazują wbrew stanowisku odwołującego, że zamawiający nie zmienił swoich pierwotnych wymagań w zakresie sposobu obliczenia terminu na potrzeby kryterium. Przedstawił tabelaryczne i przykładowe wyliczenie w jaki sposób uzyskał termin 8 dni roboczych. Podkreślił, że przewidział 1 dodatkowy dzień na zdarzenia nieprzewidziane, a także, że miał prawo założyć odbiór bezusterkowy. Powołał swoje wyjaśnienia składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 5 września 2022 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania oraz przeprowadzenie powołanych dowodów. Argumentacja odpowiedzi jest zbieżna z odpowiedzią udzieloną w sprawie KIO 2744/22 i w tym zakresie będzie obszerniej przywołana w części rysu historycznego dotyczącej KIO 2744/22. Zamawiający podniósł, że próbując podważyć prawidłowość ofert złożonych przez Fast IT oraz ISF, odwołujący kwestionuje zgodność z OPZ stanowiska obydwu wykonawców, w zakresie którego do terminu dostawy i wdrożenia oferowanego sprzętu nie należy wliczać okresu odbioru prac wdrożeniowych, w ramach których przeprowadzane mają być przez zamawiającego testy akceptacyjne. Nieuwzględnienie czasu koniecznego dla przeprowadzenia tych testów w ofertach wspomnianych wykonawców, odwołujący identyfikuje jako podstawę do odrzucenia tych ofert. W pierwszej kolejności należy wskazać, że z treści OPZ, umowy, ani pozostałej dokumentacji zamówienia wiążącej ogół wykonawców nie sposób wywodzić, aby odbiór wdrożenia przez zamawiającego – nawet w sytuacji w której przeprowadzane są w ich czasie testy akceptacyjne – należałoby zaliczać do okresu wdrożenia, który wykonawcy powinni uwzględnić w oferowanym w ramach kryteriów oceny ofert terminie wykonania dostawy i wdrożenia sprzętu. Zamawiający nie opisał bowiem kryterium oceny ofert jako „Termin wykonania umowy”, a „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem”. Definicja wdrożenia została ujęta w rozdz. I ust. 1.1-4 i 2.1-4 OPZ, zgodnie z którym wdrożenie polegać ma na: instalacji i konfiguracji dostarczonego Sprzętu, integracji ze środowiskiem zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt III, dostarczeniem projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt IV spełniających wymagania zawarte w pkt II, wraz z gwarancją. Postanowienie to nie odwołuje się bynajmniej do rozdz. V regulującego odbiór



wdrożenia. Z kolei zgodnie z rozdz. III ust. 2.5 OPZ zastrzeżono, że zakończenie wdrożenia i dostarczenia dokumentacji powykonawczej ma nastąpić przed przystąpieniem przez zamawiającego do wykonania odbioru, a zgodnie z rozdz. IV ust. 6 OPZ, że po zakończeniu wdrożenia, w tym instalacji i konfiguracji Sprzętu, wykonawca przedstawi zamawiającemu dokumentację powykonawczą. Zamawiający nie dokonywał też zmiany OPZ w powyższym zakresie, ani nie kierował do Wykonawców wyjaśnień, zgodnie z którymi odbiór wdrożenia i zawierające się w jego ramach testy akceptacyjne wykonywane przez zamawiającego zawierają się w terminie na wykonanie wdrożenia. Dokumenty zamówienia, w tym zwłaszcza projekt umowy nie zawierają postanowienia, zgodnie z którym przez zakończenie wdrożenia należy rozumieć dzień podpisania przez Strony protokołu wdrożenia. Twierdzenia odwołującego w przedmiocie minimalnego możliwego terminu na wykonanie dostawy i wdrożenia sprzętu mającego wynosić 15 dni, są o tyle chybione, że odnoszą się do jego własnych możliwości organizacyjnych i planu na wykonanie zamówienia oraz w przeciwieństwie do ofert Fast IT oraz ISF:

- 1) bezzasadnie przyjmują konieczność uwzględnienia w oferowanym terminie czasu na dokonanie odbioru wdrożenia;
- 2) nie zakładają dokonania zgłoszenia dostawy oraz przekazania Projektu Technicznego tego samego dnia, w którym zawarta zostanie umowa;
- 3) przyjmują wydłużone terminy dostawy oraz wdrożenia sprzętu względem wspomnianych Wykonawców, przy gołosłownych twierdzeniach, że zadeklarowane przez odwołującego terminy nie mogą zostać skrócone;
- 4) w ocenie odwołującego koniecznym będzie utworzenie zgłoszenia okna serwisowego. Rozwijając ostatni punkt, nieuprawnione są twierdzenia odwołującego w przedmiocie wadliwości harmonogramu Fast IT wobec braku przewidzenia przez tego wykonawcę okna serwisowego. Po pierwsze bowiem, zgodnie z rozdz. III 2.7. OPZ, konieczność przewidzenia takiego okna aktualizuje się tylko w wypadku prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu Środowiska zamawiającego, a oceny tego ryzyka dokonuje wykonawca. Tym samym nie sposób uznać, że każdy z wykonawców miał obowiązek przewidywania dodatkowego czasu na czynności wynikające z powiadomień o oknach serwisowych. Ryzyko w tym zakresie w pełni obciąża wykonawcę i jest oceniane indywidualnie przede wszystkim na podstawie doświadczeń wykonawcy w realizacji tego typu dostaw. Odwołujący – jakkolwiek bezzasadnie – kwestionując możliwość dokonania przez Fast IT części czynności przed zawarciem umowy uznaje za jedyne i właściwe konstruowanie harmonogramu zamówienia wyłącznie w oparciu o własne doświadczenia i przyjęte przez siebie założenia. Z kolei istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zapewnienie możliwości konkurowania pomiędzy wykonawcami, w szczególności z uwzględnieniem różnych uwarunkowań i rozwiązań. Ta różnorodność w przedmiotowym postępowaniu znalazła wyraz

w m.in. zadeklarowanym w ramach kryterium oceny ofert terminie dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego. Szczegóły różniące zaproponowane terminy zostały odzwierciedlone i szczegółowe wykazane w złożonych przez Fast IT i ISF wyjaśnieniach. Zauważył, że każdy z ww. wykonawców inaczej oszacował ryzyka związane z realizacją zamówienia, co w żaden sposób nie może być automatycznie utożsamiane z wadliwością przyjętych rozwiązań. Podniósł, że w zakresie oferty Symmetry, odwołujący, poza ogólnym stwierdzeniem, iż jest ona wadliwa bowiem zawiera krótszy niż 15 termin dostawy i wdrożenia sprzętu, nie konkretyzuje żadnych zastrzeżeń względem zaoferowanego przez Symmetry terminu, czego nie można poczytywać za skuteczne podniesienie zarzutu zmierzającego do odrzucenia tej oferty. Odnosząc się do kwalifikacji ofert Fast IT, ISF oraz Symmetry jako złożonych w ramach czynu nieuczciwej konkurencji zamawiający powołał argumentację jak w sprawie KIO 2744/22.

Przystępujący IT Solution do spraw KIO 2743/22 i KIO 2744/22 złożył dodatkowe pisma procesowe z wnioskami dowodowymi z dnia 27 i 28 października 2022 r.

W piśmie z dnia 27 października 2022 r. podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania, stwierdził, że podał realny i zgodny z OPZ termin w kryterium oceny ofert, co wyjaśnił zamawiającemu 5 września 2022 r. Wezwanie zamawiającego było jedynie wyrazem wahania, ale zamawiający ostatecznie prawidłowo zastosował SWZ. Wyjaśnienia treści SWZ na pytania 8, 9 i 34 nie zmieniły warunków zamówienia. Odwołujący powołują się na treść wezwania zamawiającego, jednak zamawiający nie miał prawa wezwaniem tworzyć nowych wymogów. Terminy oferowane przez przystępującego FAST IT i odwołujących nie są istotnie różne. Sposób rozumienia terminu dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem definicją par. 2 pkt. 2 w zw. Z par. 1 ust. 1 pkt 1,2, 4 wzoru umowy, z których wynika, że do obliczenia terminu mają zastosowanie postanowienia rozdziałów III i IV OPZ, a nie rozdziału V. W pkt. 2.1 – 2.8 OPZ opisano czynności wykonawcy, w tym wykonywane przez niego testy. Z pkt. 2.5 i IV. 6 OPZ wynika, że po zakończeniu wdrożenia następuje przekazanie zamawiającemu dokumentacji powykonawczej. Według przystępującego tylko do dnia, w którym następuje przekazanie dokumentacji powykonawczej zamawiający może rozliczać termin w kryterium oceny ofert. Ważny dla przystępującego jest rozdział V pkt. 4, z którego wynika, że po zakończeniu prac przez wykonawcę zamawiający przystąpi do odbioru prac wdrożeniowych. Czym innym jest sprawdzenie przez zamawiającego jakości świadczenia i podpisanie przez niego protokołu, w czym innym są zadania i terminy, które ma wykonawca wykonać w terminie, który jest rozliczany w kryterium oceny ofert. Sprawdzanie to czynności zamawiającego, nie wykonawcy. W OPZ nie ma wymogu, aby zaoferowany termin miał uwzględniać testy zamawiającego lub inne czynności zamawiającego opisane w rozdziale V. Przystępujący powołał tabelkę z wyjaśnień z dnia 5 września 2022 r. Wbrew stanowisku Symmetry definicja

wdrożenia z wzoru umowy odwołuje się do rozdziału III, a nie V. Przystępujący miał prawo założyć bezusterkową dostawę i wdrożenie w terminie. Nie było wymogu, aby uwzględniać czas na usuwanie uwag zamawiającego z rozdziału V.5. Przystępujący zaplanował nawet 1 dzień rezerwy. Przystępujący zaprzeczył twierdzeniu odwołującego MBA, że czas wdrożenia sprzętu 3 dni jest nierealny. Fakt, że różne osoby różnie interpretują SWZ nie powinien skutkować unieważnieniem postępowania. Głównie ważna jest wykładnia językowa. Przystępujący podkreślił, że zaoferowane przez niego terminy są uczciwe, zgodne z etyką i prawem. Zamawiający zgodził się z faktem obliczenia terminów i przyjął wyjaśnienia przystępującego i nie odrzucił jego oferty.

Z pisma przystępującego z dnia 28 października 2022 r. wynika, że przystępujący twierdzi, że zaproponowany przez niego czas na same czynności wdrożenia (3 dni) jest realny. Na dowód czego przedłożył plan wdrożenia urządzeń przy ilości sprzętu wymaganej przez zamawiającego. Posiada zespół specjalistów z doświadczeniem w podobnych wdrożeniach i w wymaganej technologii. Na dowód czego złożył umowy ze specjalistami i certyfikaty. Nadto wskazał, że realizował zamówienia dla zamawiającego i zna dobrze zamawiającego, jego środowisko, budynek bo od lat realizuje na jego rzecz umowy. Wszystkie umowy są należycie realizowane. Na dowód czego przedłożył umowy i referencje lub protokoły odbioru. Ponadto zna także naturę wdrożeń, gdyż specjalizuje się w dostawach i wdrożeniach i realizował wiele podobnych wdrożeń u innych klientów. Na dowód czego złożył umowy, referencje lub protokoły odbioru.

#### **Sygn. akt KIO 2744/22**

W dniu 17 października 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 17 października 2022 r.

Odwołujący Symmetry zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Fast IT sp. z o.o. sp. K oraz IT Solution Factor sp. z o.o. pomimo, że wykonawcy zaoferowali niezgodny z SWZ i niemożliwy do osiągnięcia termin dostawy i wdrożenia, co stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w postaci działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, które narusza interes innych wykonawców.
- ewentualnie, naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, tj. SWZ zawiera sprzeczne informacje co do tego w jaki sposób należy obliczać termin dostawy stanowiący kryterium pozacenowe, co uniemożliwiło złożenie porównywalnych ofert.

- art. 18 ust. 1 i 3 ustawy przez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Simplicity złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ustawy oraz załączników do tych wyjaśnień pomimo, że wykonawca nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tych informacji.

Wniósł o unieważnienie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie ofert złożonych przez Fast IT i IT Solution Factor oraz ujawnienie informacji zastrzeżonych tajemnicą przez wykonawcę Simplicity, o których mowa w uzasadnieniu z dnia 5.09.2022 r.. Ewentualnie, o unieważnienie postępowania, gdyby Izba uznała, że postanowienia SWZ nie pozwalały na jednoznaczne ustalenie czy termin dostawy i wdrożenia powinien uwzględniać wykonanie testów akceptacyjnych.

Zaoferowanie terminu dostawy i wdrożenia w sposób niezgodny z SWZ, co stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji

Zamawiający określił w OPZ w rozdziale III, IV i V sposób realizacji dostawy wraz z wdrożeniem, przy czym realizacja zamówienia powinna obejmować:

1. Dostawę sprzętu, z koniecznością uprzedniego powiadomienia zamawiającego oraz uprzedniego złożenia Projektu Technicznego Wdrożenia

– Roz. III pkt 1.3 Tom III SWZ Opis przedmiotu zamówienia: „Przed rozpoczęciem dostaw, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zamawiającemu pisemnie lub e-mail: [cirf.si@mf.gov.pl](mailto:cirf.si@mf.gov.pl) z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem powiadomienie (...)”;

- Roz. IV pkt 1 OPZ: przed przystąpieniem do dostawy (a w terminie do 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy) Wykonawca opracuje i przekaże zamawiającemu Projekt Techniczny Wdrożenia zawierający co najmniej informacje, o których mowa w Załączniku nr 10 do Umowy.

- Roz. V pkt 3 OPZ: po dokonaniu odbioru ilościowego bez zastrzeżeń, Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia prac związanych z Wdrożeniem dostarczonego Sprzętu  
Etap ten zaczyna się więc powiadomieniem i złożeniem projektu technicznego oraz kończy się dokonaniem odbioru ilościowego sprzętu.

2. Wdrożenie, wykonanie i dostarczenie projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej

- Roz. IV. 3 OPZ: Podstawą do rozpoczęcia wdrożenia jest zaakceptowany przez zamawiającego Projekt Techniczny.

- Roz. III pkt 2.4. - Wykonawca w ramach Wdrożenia Sprzętu:

a) dokona czynności podłączenia Sprzętu do sieci elektrycznej i teletransmisyjnej oraz naniesie stosowane oznaczenia w formie etykiet na wszystkich przewodach (poza zasilającymi) zgodnie z konwencją nazewnictwa stosowaną u zamawiającego,

b) dokona czynności instalacji, konfiguracji i integracji Sprzętu z istniejącym u zamawiającego Środowiskiem, w tym aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) oraz integracji z oprogramowaniem do zarządzania serwerami,

d) przeprowadzi testy zgodnie z ust. 2.6 i 2.7. (testy akceptacyjne)

- Roz. IV pkt 2 Tom III SWZ Opis przedmiotu zamówienia: „Zamawiający w terminie do 3 dni roboczych od przedstawienia Projektu Technicznego przez wykonawcę dokona odbioru dokumentacji potwierdzone Protokołem Odbioru Produktu lub zgłosi wykonawcy uwagi. Wykonawca ma obowiązek uwzględnić uwagi zamawiającego lub uzasadnić ich nieuwzględnienie w terminie do 2 dni roboczych od daty przesłania uwag”;

- roz. V pkt 4 Tom III SWZ Opis przedmiotu zamówienia: „Odbiór prac wdrożeniowych polegać będzie na sprawdzeniu poprawności funkcjonowania Sprzętu przez wykonanie testów akceptacyjnych na dowolnych wybranych przez zamawiającego elementach sprzętowych dostarczanych serwerów oraz sprawdzeniu posiadania gwarancji producenta na dostarczony Sprzęt na okres nie krótszy niż 59 m-cy. Zostanie to potwierdzone Protokołem Odbioru Wdrożenia w terminie do 5 dni roboczych od rozpoczęcia testów”.

Etap wdrożenia zaczyna się więc podpisaniem Protokołu Odbioru Produktu przez zamawiającego o akceptacji projektu technicznego i kończy z dniem podpisania protokołu odbioru wdrożenia.

Podsumowując, termin dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego, który był podstawą przyznania punktacji rozpoczyna się więc powiadomieniem zamawiającego o dostawie na 2 dni przed dostawą i złożeniem projektu technicznego, a kończy się podpisaniem protokołu odbioru wdrożenia.

Na kanwie powyższych postanowień wielu wykonawców sygnalizowało w trybie zadawanych pytań, że brak określenia terminu minimalnego przez zamawiającego może spowodować składanie ofert z terminem niemożliwym do dotrzymania, co będzie opłacalne nawet przy skalkulowaniu kar umownych przewidzianych przez zamawiającego.

Symmetry powołał odpowiedzi na pytania nr 8, 9 z dnia 25.07.2022 r. i pytanie nr 1 odpowiedzi na pytania z dnia 3.08.2022 r.:

Również odwołujący przekazał zamawiającemu pytania w tym zakresie jednak Zamawiający nie odniósł się do nich, jako złożonych po terminie.

Wydaje się więc, że wykonawcy dostrzegli na etapie wszczęcia postępowania ryzyko związane ze sposobem obliczenia terminu stanowiącego podstawę przyznania punktacji, które zmaterializowało się wraz ze złożeniem przez dwóch wykonawców rażąco krótkiego terminu – 5 i 8 dni.

Terminy zaoferowane przez wykonawców IT Solution Factor i Fast IT nie pozwalają na realizację wszystkich zobowiązań leżących po stronie wykonawcy wynikających z OPZ i w tym zakresie oferta wykonawców jest niezgodna z SWZ.

Pismem z dnia 23.08.2022 r. i 24.08.2022 r. zamawiający wezwał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy tj. w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować dostawę wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego obejmującą wszystkie czynności składające się na przedmiot zamówienia. Zamawiający powołał wskazane wyżej postanowienia SWZ, znajdujące się w Roz. III, IV i V OPZ.

Wykonawca IT Solution Factor udzielił wyjaśnień pismem z dnia 5.09.2022 r. informując, że nie uwzględnił czynności wykonania testów akceptacyjnych, gdyż w jego ocenie postanowienia Roz. V OPZ dotyczące procedury odbiorów nie stanowiły wdrożenia. Wykonawca stwierdził, powołując się na postanowienia wzoru umowy, że testy to czynności, które miały być później wykonane, jak również zwrócił uwagę, że zamawiający omyłkowo powołał się na postanowienia Roz. V kierując wezwaniem. Wykonawca ponadto na s. 3 powołuje się na Roz. III pkt 2.5, który stanowi, że wykonawca zobowiązany jest do zakończenia wdrożenia i dostarczenia dokumentacji powykonawczej przed przystąpieniem przez zamawiającego do wykonania odbioru technicznego. Wykonawca na s. 6 ponadto wskazał, że odbiory nie są elementem wdrożenia, gdyż czynności te nie leżą po stronie wykonawcy.

Zamawiający przyjął powyższe wyjaśnienia, pomimo że w wezwaniu wskazywał jednoznacznie na konieczność uwzględnienia w terminie również testów akceptacyjnych.

Powyższe wyjaśnienia świadczą o niezgodności oferty wykonawcy z treścią SWZ.

Po pierwsze to zamawiający w SWZ dokonał ustalenia czym jest wdrożenie, czego nie uznaje wykonawca. Po pierwsze wyjaśnienie tego pojęcia znajduje się w słowniczku zawartym we wzorze umowy: wdrożenie – testowanie, instalacja, konfiguracja i integracja sprzętu z istniejącymi u zamawiającego środowiskiem, opisane w załączniku 1 Roz. III.

Testowanie jest więc elementem wdrożenia zgodnie z SWZ.

Po drugie, jak wynika z Roz. III pkt. 2.4 lit d wykonawca w ramach wdrożenia sprzętu przeprowadzi testy zgodnie z ust. 2.6 i 2.7 (testy akceptacyjne). Powyższe postanowienie znajduje się w Roz. III, które zdaje się sam wykonawca traktuje jako obowiązujące dla etapu wdrożenia.

Po trzecie, jak wynika z Roz. V ust. 4: Odbiór prac wdrożeniowych polegać będzie na sprawdzeniu poprawności funkcjonowania Sprzętu przez wykonanie testów akceptacyjnych na dowolnych wybranych przez zamawiającego elementach sprzętowych dostarczanych serwerów oraz sprawdzeniu posiadania gwarancji producenta na dostarczony Sprzęt na okres nie krótszy niż 59 m-cy. Zostanie to potwierdzone Protokołem Odbioru Wdrożenia w terminie do 5 dni roboczych od rozpoczęcia testów.

Konkludując, skoro definicja wdrożenia obejmuje testy, skoro w ramach wdrożenia wykonawca ma przeprowadzić testy a wdrożenie kończy się z chwilą podpisania protokołu odbioru wdrożenia – po testach to trudno uznać, że testy akceptacyjne nie są elementem wdrożenia. Zupełnie nie zrozumiałe jest również twierdzenie, że to nie są czynności leżące po stro-

nie wykonawcy, lecz po stronie zamawiającego, gdyż jest to oczywiście sprzeczne z Roz. III pkt. 2.4 lit. d OPZ.

Zamawiający nie był więc uprawniony do przyjęcia wyjaśnień, lecz powinien egzekwując postanowienia SWZ dokonać odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na to, że wykonawca nie uwzględnił w terminie wykonania testów akceptacyjnych. Wypełnia to dwie przesłanki odrzucenia oferty, gdyż z jednej strony stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a z drugiej strony przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SWZ.

Z kolei wykonawca Fast IT złożył odpowiedź na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 5.09.2022 r.. Wykonawca powołał się na rozumienie wdrożenia zgodnie z Roz. I pkt 1.1 – 1.4 i 2.1.02.4 OPZ, zgodnie z którym:

„wdrożeniem polegającym na instalacji i konfiguracji dostarczonego Sprzętu, integracji ze środowiskiem zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt III, dostarczeniem projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt IV spełniających wymagania zawarte w pkt II”.

Wykonawca ponadto twierdzi, odmiennie od wykonawcy IT Solution Factor, że wykonanie dokumentacji powykonawczej nie wchodzi w zakres wdrożenia, co wywodzi z Roz. IV pkt 6 OPZ.

Wykonawca ponownie tworzy iluzję jakoby testy miały być czynnością zamawiającego w ramach odbioru i z tego powodu miałyby nie stanowić elementu wdrożenia.

Z tego powodu, odwołujący nie może się zgodzić z oceną ofert. W jego przekonaniu, termin zgodny z SWZ to 12 dni, gdyż musiał on również uwzględnić 5 dni na przeprowadzenie testów akceptacyjnych.

Z tego powodu, zamawiający dysponując jednoznacznymi wyjaśnieniami wykonawców, że testów nie przewidzieli powinien oferty odrzucić jako niezgodne z SWZ tj. z:

- z Roz. III pkt. 2.4 lit d, Słownikiem, stanowiącym wzór umowy, z Roz. V ust. 4.

Jednocześnie, odwołujący wskazał, że złożenie ofert z tak krótkim terminem realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Stanowi bowiem działanie zakłócające uczciwe stosunki rynkowe, co stoi w sprzeczności z dobrymi obyczajami i narusza interes innego wykonawcy.

W tym postępowaniu wykonawcy intencjonalnie obniżyli termin realizacji dostawy i wdrożenia pomimo, że jak wykazano powyżej był on niemożliwy do dotrzymania, licząc się z koniecznością poniesienia kar umownych. Zgodnie z postanowieniami umowy, kary umowne za niedochowanie terminu to 20 000 zł za każdy dzień opóźnienia, a co za tym idzie, biorąc pod uwagę 7 dni zwłoki wykonawca musiał doliczyć do oferty 140 000 zł (Fast IT), natomiast biorąc pod uwagę 4 dni zwłoki wykonawca musiał doliczyć do oferty 80 000 zł (IT Solution Factor). Różnica w cenie oferty, jak widać z informacji z otwarcia ofert, w stosunku do ofert wy-

konawców, którzy złożyli oferty z realnym terminem realizacji jest na dużo wyższym poziomie.

Oznacza to, że wykonawcy wykorzystali fakt, że zamawiający nie określił minimalnego terminu dostawy i wdrożenia i złożyli oferty, które doprowadziły do celowej dyskryminacji innych przedsiębiorców.

Powyższe działanie wypełnia wszystkie okoliczności czynu nieuczciwej konkurencji, o który mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Również z tego powodu, oferty wykonawców Fast IT i IT Solution Factor powinny zostać odrzucone.

Zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na niejednoznaczne postanowienia dotyczące obliczania terminu dostawy wraz z wdrożeniem

W ocenie odwołującego, duża rozbieżność w deklaracjach wykonawców co do terminu realizacji może również skłaniać do tezy, że nie było jasne w jaki sposób należy rozumieć postanowienia OPZ w tym zakresie. Skutkiem takich niejasnych postanowień jest również niekonsekwencja zamawiającego wyrażona w toku badania i oceny ofert, kiedy to zamawiający w wezwaniach kierowanych do wykonawców uznawał, że testy akceptacyjne są elementem wdrożenia, zaś po analizie ofert wykonawców wycofał się z tego stwierdzenia.

Osią sporu w tym postępowaniu jest de facto ustalenie czy testy akceptacyjne powinny być uwzględnione w terminie dostawy i wdrożenia. Gdyby jednak Izba uznała, że jednoznaczna konkluzja jest niemożliwa to powyższe również potwierdza, że tym bardziej wykonawcy nie mogli takiej interpretacji dokonać na etapie składania oferty. Nie ma wówczas zastosowania reguła, na którą powoływał się wykonawca IT Solution Factor, że wszelkie niejednoznaczności powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy, lecz należałoby brak tej jednoznaczności uznać jako wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, co stanowi przesłankę unieważnienia postępowania.

Symmetry uznał fakt, że unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Powyższa przesłanka dająca możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występuje wówczas, gdy postępowanie obarczone jest taką wadą, która na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem jest więc wynikiem koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu.

Jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym odpowiedni dobór i opisu kryteriów oceny ofert w postępowaniu jako elementu determinującego wybór oferty najkorzystniejszej. Stosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które zostały określone w dany sposób w dokumentach zamówienia stanowi wyraz



równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest nie tylko jednoznaczne określenie kryteriów oceny ofert, ale również jednoznaczne określenie, co w ramach danego kryterium będzie oceniane i w jaki sposób ta ocena będzie następować.

Powołał wyrok o sygn. akt KIO 137/22, wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r., KIO 913/21, wyrok o sygn. akt KIO 2113/22.

Konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie czy w tym postępowaniu zamawiający we właściwy sposób określił kryteria oceny ofert. Z zestawienia ofert wynika, że wykonawcy oferowali bardzo zróżnicowany termin realizacji zamówienia – od 5 dni do 65 dni. Sam zamawiający miał wątpliwości jak interpretować postanowienia SWZ dotyczące sposobu obliczenia terminu, który stanowił kryterium oceny ofert. Różne stanowiska w tym zakresie przedstawiają wykonawcy – odwołujący twierdzi, że testy akceptacyjne powinno się zaliczać do wdrożenia, Fast IT uważa, że ani testy ani dokumentacja techniczna nie są elementem tego wdrożenia, zaś IT Solution Factor uznaje, że jedynie testy nie powinny być doliczane, zaś sporządzenie dokumentacji wchodziło w zakres terminu.

Powyższe wątpliwości nie powinny mieć miejsca. To rolą zamawiającego było określić sposób przyznawania punktacji tak, by dla każdego wykonawcy jasne było co obejmuje termin dostawy i wdrożenia. W zaistniałej sytuacji doszło do stanu, w którym złożone oferty są nieporównywalne gdyż każdy ustalił termin dostawy z wdrożeniem w inny sposób. Stanowi to w ocenie odwołującego wadę postępowania, której nie można na obecnym etapie konwalidować, a co za tym idzie konieczne jest unieważnienie postępowania.

Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą, która, po pierwsze - jest niemożliwa do usunięcia, po drugie - uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Inne podejście i doprecyzowanie tego aspektu po otwarciu ofert byłoby niedopuszczalne. Zamawiający nie jest więc w stanie naprawić owego błędu. Nie ma możliwości bowiem usunąć błędów dotyczących treści SWZ. W tym postępowaniu zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy, zawarcie umowy z wykonawcą stanowiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy.

Niezasadne respektowanie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Simplicity

Zgodnie z ugruntowanym obecnie orzecznictwem, aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla osiągnięcia tego celu nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. "Wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy, oznacza udowodnienie. Pod poję-

ciem "wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Powyższy obowiązek jest w sposób szczególnie ważny dla wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, gdyż działania takie przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.). W tym postępowaniu wykonawca nie złożył dowodów potwierdzających jakiegokolwiek działania. Wykonawca sformułował w uzasadnieniu zastrzeżenia jedynie szereg twierdzeń, które nie przeszły próby wykazania, zgodnie z ww. przepisem. Wykonawca w pkt 3.11 uzasadnienia powołuje się na szereg czynności, które w łatwy sposób można udowodnić przedkładając stosowne dokumenty, których próżno szukać w załącznikach do uzasadnienia:

Pkt 2 - zobowiązanie w umowach z pracownikami i współpracownikami do zachowania poufności informacji dotyczących w szczególności planów i strategii handlowych, negocjowanych, zawieranych i realizowanych umowach z klientami,

Pkt 3- zobowiązanie do zachowania poufności informacji dotyczących przygotowywanych ofert i wniosków,

Pkt 4 - zamieszczanie w umowach handlowych klauzul o obowiązku zachowania poufności informacji przekazywanych w związku ze realizowanymi umowami.

W ocenie odwołującego, gdyby treść złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny była faktycznie na tyle newralgiczna, że konieczna byłaby jej ochrona wykonawca złożyłby takie dokumenty jak: umowy z pracownikami, zobowiązania do zachowania poufności, umowy handlowe zawierające klauzule o poufności.

Z uwagi na brak ww. dokumentów należy stwierdzić, że wykonawca nie udźwignął ciężaru wykazania, jednej z przesłanej tajemnicy a więc, że podjął stosowne działania.

Stanowisko wykonawcy powołujące nieaktualne orzecznictwo w kwestii sformułowania „wykazać” = udowodnić stoi w opozycji do wielu bieżących wyroków Izby potwierdzonych wyrokami Sądu Zamówień Publicznych (np. wyrok SO w Warszawie z dnia 24.11.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 87/21). Sąd uznaje, że koniecznym warunkiem skutecznego zastrzeżenia informacji jest udowodnienie, że wykonawca określone działania podjął.

Ponadto, za orzecznictwem należy również wskazać za niedopuszczalną praktykę zastrzegania całego pliku dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co uczynił wykonawca. Oczywistym jest, że w wyjaśnieniach ceny oraz załącznikach znajdują się informacje różnej wagi, także nieposiadające cech tajemnicy przedsiębiorstwa. W takim przypadku wykonawca zastrzegając wiele dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa ponosi ryzyko, że w razie ujawnienia całego pliku dokumentów, zostanie również ujawniona rzeczywista tajemnica przedsiębiorstwa, zasługująca na ochronę, o co wnosi odwołujący.

W tym stanie faktycznym wykonawca nie wykazał ponadto dlaczego w ramach tego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje. Wyjaśnienia zawierają jedynie ogólnikowe twierdzenia, przywołują przesłanki określone art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ogóle rozważania o liberalizacji podejścia do szkody. Nie jest wystarczające wskazanie w pkt 2.2 uzasadnienia, że odtajnienie: naraziłoby wykonawcę na szkodę, bowiem utrudniłoby wykonawcy uzyskanie zamówień w przyszłości w ramach kolejnych postępowań. Wykonawca byłby zmuszony ponownie poszukiwać partnerów biznesowych, negocjować warunki i ceny oferowanych przez nich produktów. Podejmowanie takich działań jest znacznie trudniejsze i czasochłonne”. Również dalsze twierdzenia o utracie wiarygodności nie przekładają się na możliwość poniesienia realnej szkody.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyraźnie wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Posługiwanie się zaś przez wykonawcę twierdzeniami, że ochronie podlegają wszelkie informacje zawarte w wyjaśnieniach wymagało więc od niego wykazania w stosunku do tych informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji.

Próba wykazania, że wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowią autorskie opracowanie, które mogłoby być kopiowane jest chybiona, z uwagi na to, że wyjaśnienia są sporządzane doraźnie, na potrzeby konkretnej oferty, uwzględniającej konkretny opis przedmiotu zamówienia.

W dniu 18 października 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2022 r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom. Przystępujący wskazał, że złożył ważną ofertę w postępowaniu, został sklasyfikowany w rankingu ofert oraz posiada status wykonawcy. Przystępujący ma interes w przystąpieniu do toczącego się postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, bowiem uwzględnienie odwołania prowadzić będzie do polepszenia pozycji przystępującego w rankingu ofert oraz zachowania możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający jedynie w przypadku wybranej oferty przeprowadził pełną procedurę badania i oceny ofert. W przypadku odrzucenia tej oferty, zamawiający zobligowany będzie do dokonania nowych czynności w zakresie badania i oceny

kolejnych ofert (w szczególności weryfikacja podmiotowa wykonawców). Wynik tych czynności nie jest obecnie znany. Przystępujący zachowa prawo do weryfikacji tych czynności oraz korzystania z środków ochrony prawnej, a tym samym możliwość uzyskania zamówienia.

Przystępujący wniósł własne odwołanie, w którym sformułował zarzuty zaniechania odrzucenia ofert, które uplasowały się w rankingu na pozycjach 1, 3 i 4. Finalnie, w postępowaniu wniesione zostały trzy odwołania, w których każdy z odwołujących kwestionuje prawidłowość dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nadto, przystępujący posiada interes w tym, by postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym uczestniczy, było prowadzone przez zamawiającego z poszanowaniem przepisów ustawy, co na chwilę obecną nie ma miejsca w tym postępowaniu.

Powołał wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 5/14.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 sierpnia 2022 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom. Przystępujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, ponieważ zarzuty podnoszone przez odwołującego, w razie ich uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą doprowadzą do przesunięcia WASKO S.A. w rankingu ofert zwiększając tym samym szansę WASKO S.A. na uzyskanie zamówienia. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca FAST IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego. Zaskarżenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej może pozbawić przystępującego uzyskania zamówienia i w konsekwencji może ponieść szkodę w postaci braku możliwości podpisania i wykonania umowy. Wskazał, że jego oferta jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na

podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2022 r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes (art. 525 ust. 1 ustawy) w oddaleniu odwołania, ponieważ

1/ część zarzutów dotyczy oferty przystępującego i zmierza do odrzucenia oferty przystępującego, chociaż:

1) oferta przystępującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a żądania odwołującego mogą pozbawić przystępującego możliwości udzielenia mu zamówienia

2) czynności zamawiającego wobec przystępującego są zgodne z przepisami ustawy, zamawiający wobec przystępującego nie dopuścił się zaniechań sprzecznych z przepisami ustawy

3) w rezultacie, zarzuty, żądania, twierdzenia odwołującego są sprzeczne z przepisami ustawy i interesem przystępującego

4) skutek czynności odwołującego, które są sprzeczne z ustawą, istnieje ryzyko poniesienia przez przystępującego szkody polegającej na braku możliwości uzyskania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia od zamawiającego.

2/ część zarzutów odwołującego dotyczy oferty Fast IT sp. z o.o. — ale przystępujący nie zgadza się z zarzutami odwołującego wobec Fast IT sp. z o.o., które różnią się od zarzutów, twierdzeń i dowodów, które podnosi przystępujący w złożonym przez przystępującego odwołaniu

Część zarzutów odwołującego dotyczy oferty Symmetry sp. z o.o. — ale przystępujący nie zgadza się z zarzutami odwołującego wobec Symmetry sp. z o.o.

Odwołujący twierdzi między innymi, że przystępujący (który zaoferował 8 dni roboczych) i Fast IT sp. z o.o. (który zaoferował 5 dni roboczych) zaoferowali zbyt krótkie terminy realizacji, pomimo, że Symmetry zaoferował 12 dni roboczych. Gdyby Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z takim twierdzeniem odwołującego, nawet jeżeli skierowanym formalnie w części wobec Fast IT sp. z o.o., to oznaczałoby to również konieczność odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego, ponieważ przystępujący zaoferował 8 dni roboczych, co uniemożliwiłoby podpisanie umowy i spowodowałoby szkodę majątkową przystępującego. Również żądanie unieważnienia postępowania uniemożliwi zawarcie umowy przez przystępującego z zamawiającym, przez co przystępujący poniesie szkodę.

3/ W rezultacie, przystępujący posiada interes w oddaleniu odwołania skierowanego przeciwko odwołującemu, Fast IT sp. z o.o., Simplicity Sp. z o.o., ponieważ natura zarzutów odwołującego dotyczy terminów, za które zamawiający przyznawał punkty, a zarzuty przeciwko Simplicity Sp. z o.o. nie zmieniają wyniku postępowania i jedynie prowadzą do przedłużenia postępowania.

W rezultacie, zarzuty, żądania, twierdzenia odwołującego są sprzeczne z przepisami ustawy i interesem przystępującego

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, ponieważ jest bezzasadne.

W dniu 21 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Simplicity spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 października 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, bowiem złożył on w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która ma szansę na pierwsze miejsce w rankingu ofert, w związku z czym mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, w konsekwencji czego przystępujący uzyska zamówienie.

W ocenie przystępującego, dokumenty złożone przez niego w postępowaniu, których odtajnienia domaga się odwołujący zostały zastrzeżone w sposób prawidłowy. W przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie odmowy ujawnienia zastrzeżonych przez przystępującego informacji, w następstwie odtajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego złożonych na wezwanie zamawiającego, doszłoby do nieuprawnionego udostępnienia podmiotom trzecim informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, nadto odwołujący mógłby potencjalnie zakwestionować ocenę ofertę przystępującego dokonaną przez zamawiającego w zakresie złożonych wyjaśnień dot. ceny oferty, przez co przystępujący może ponieść szkodę polegającą na ujawnieniu informacji poufnych, decydujących o przewadze konkurencyjnej przystępującego oraz na nieuzyskaniu zamówienia. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 listopada 2013 roku, sygn. akt KIO 712/13.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy przez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Simplicity złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ustawy oraz załączników do tych wyjaśnień pomimo, że wykonawca nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tych informacji, jako bezzasadnego.

W dniu 27 października 2022 r. IT Solution Factor przedstawił stanowisko pisemne tożsame z przedstawionym w sprawie sygn. akt KIO 2743/22.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania oraz przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów. Wskazał, że z

treści OPZ, umowy, ani pozostałej dokumentacji zamówienia wiążącej ogół wykonawców nie sposób wywodzić, aby odbiór wdrożenia przez zamawiającego – nawet w sytuacji w której przeprowadzane są w ich czasie testy akceptacyjne – należałoby zaliczać do okresu wdrożenia, który wykonawcy powinni uwzględnić w oferowanym w ramach kryteriów oceny ofert terminie wykonania dostawy i wdrożenia sprzętu. Zamawiający nie opisał bowiem kryterium oceny ofert jako „Termin wykonania umowy”, a „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem”. Definicja wdrożenia została ujęta w rozdz. I ust. 1.1-4 i 2.1-4 OPZ, zgodnie z którym wdrożenie polegać ma na: instalacji i konfiguracji dostarczonego Sprzętu, integracji ze środowiskiem zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt III, dostarczeniem projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt IV spełniających wymagania zawarte w pkt II, wraz z gwarancją. Postanowienie to nie odwołuje się bynajmniej do rozdz. V regulującego odbiór wdrożenia. Z kolei zgodnie z rozdz. III ust. 2.5 OPZ zastrzeżono, że zakończenie wdrożenia i dostarczenia dokumentacji powykonawczej ma nastąpić przed przystąpieniem przez zamawiającego do wykonania odbioru, a zgodnie z rozdz. IV ust. 6 OPZ, że po zakończeniu wdrożenia, w tym instalacji i konfiguracji Sprzętu, wykonawca przedstawi zamawiającemu dokumentację powykonawczą.

Zamawiający nie dokonywał też zmiany OPZ w powyższym zakresie, ani nie kierował do wykonawców wyjaśnień zgodnie z którymi odbiór wdrożenia i zawierające się w jego ramach testy akceptacyjne wykonywane przez zamawiającego zawierają się w terminie na wykonanie

wdrożenia. Zauważył, że również w przytoczonej przez odwołującego w treści odwołania odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 3.08.2022 r. zamawiający wymieniając czynności zawierające się we wdrożeniu, nie wymienił odbiorów ani testów akceptacyjnych po stronie zamawiającego.

Co więcej, dokumenty zamówienia, w tym zwłaszcza projekt umowy nie zawierają postanowienia zgodnie z którym przez zakończenie wdrożenia należy rozumieć dzień podpisania przez strony protokołu wdrożenia.

Takie rozwiązanie jest też spójnym z kodeksowymi rozwiązaniami uregulowanymi dla podobnych typów umów do umowy jaka zawierana ma być z postępowaniu, w których odbiór zastrzegany jest jako obowiązek płaćcego wynagrodzenie. Zamawiający powołał art. 535 § 1 k.c, art. 643 k.c.

Za brakiem możliwości uwzględnienia odbioru wdrożenia w terminie na dostawę sprzętu i wykonanie wdrożenia przemawia też fakt, iż termin ten oceniany jest w ramach kryteriów oceny ofert. Takie rozwiązanie ma znaczenie praktyczne oraz posiada walor zapewniający zmaksymalizowanie reguł uczciwej konkurencji. W przeciwnym wypadku, wykonawcy zmuszeni byłiby przy konstruowaniu swojej oferty niejako do antycypowania zachowania zamawiającego jeśli chodzi o czas w jakim przeprowadzi odbiór i uwzględnienia w terminie którym

z założenia mieli konkurować, okoliczności od siebie niezależnych, co zniekształcałoby istotnie premiowany element jakości wykonania zamówienia odzwierciedlający się w ich indywidualnych zdolnościach organizacyjnych do przeprowadzenia prac leżących po ich stronie.

Nie sposób czynić zamawiającemu zarzutu, a tym bardziej traktować jako okoliczności przemawiającej za koniecznością uwzględnienia w terminie wdrożenia czasu na przeprowadzenie odbioru wdrożenia sygnalizowanej przez odwołującego faktu, iż zamawiający nie ustanowił minimalnego terminu wykonania dostawy i wdrożenia. Ustanowienie takiego limitu mogłoby prowadzić do ograniczenia konkurencyjności postępowania przez określenie go na poziomie dłuższym niż pozwalają na to zdolności organizacyjne niektórych wykonawców uniemożliwiając im uczynienia z nich korzyści w świetle składanych ofert. Co więcej, ustalenie takiego limitu prawdopodobnie doprowadziłoby do oferowania minimalnego terminu przez wykonawców bez zidentyfikowania po swojej stronie faktycznych zdolności realizacyjnych i stwarzałoby o wiele większe ryzyko niedoszacowania tych terminów i w konsekwencji prowadziło do tego, iż jedynym różnicującym kryterium byłoby kryterium ceny.

Odnosząc się do kwalifikacji ofert Fast IT oraz ISF jako złożonych w ramach czynu nieuczciwej konkurencji zamawiający powołał wyrok z dnia 23.09.2021 r., sygn. akt: KIO 2517/21.

Odwołujący konstruuje zarzut wyłącznie na podstawie swoich przekonań nie popartych żadnymi dowodami, które sprowadzają się właściwie do stwierdzenia, iż wspomniani wykonawcy zaniżyli termin realizacji dostawy i wdrożenia licząc się z koniecznością poniesienia kar umownych. Tezę o zaniżeniu terminu dostawy i wdrożenia odwołujący wywodzi tylko z okoliczności, iż termin ten, zaoferowany przez Fast IT oraz ISF jest krótszy niż pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Co więcej z treści sformułowanego zarzutu nie można stwierdzić, które z przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji - w ocenie odwołującego – zostały spełnione i winny skutkować odrzuceniem ofert Fast IT oraz ISF. Odwołujący nie załączył na potwierdzenie tej tezy chociażby oświadczenia producenta oferowanych przez wspomnianych wykonawców serwerów, iż nie będą one dla nich dostępne na dzień zawarcia umowy z zamawiającym, czy dowodu potwierdzającego, że możliwości przedsiębiorstw Fast IT lub ISF, w tym organizacyjne i kadrowe nie będą pozwalały na wykonanie dostawy i wdrożenia w zaoferowanym terminie. Wobec braku przedstawienia takich dowodów stwierdzenie czynu nieuczciwej konkurencji jest niemożliwe, zwłaszcza w sytuacji, w której wyjaśnienia wspomnianych wykonawców złożone w toku postępowania co do zgodności zaoferowanych terminów dostawy z OPZ okazały się prawidłowe. W tym zakresie zamawiający zawarł szczegółową argumentację w odpowiedzi na odwołanie złożone przez ISF. ISF w przekazanych wyjaśnieniach co prawda błędnie założył, że wykonanie dokumentacji powykonawczej nie zalicza się do etapu wdrożenia jednak mając na uwadze całość złożonych wyjaśnień oraz oświadczenie złożone przez ISF z „ostrożności”, że uwzględnił czas niezbędny na wy-



konanie dokumentacji powykonawczej. Z tak złożonych wyjaśnień nie sposób wywodzić jakichkolwiek nieprawidłowości skutkujących koniecznością odrzucenia oferty. Tym samym nie można również uznać, iż złożenie oferty w takim kształcie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Gdyby przyjąć tezy i założenia odwołującego zawarte w odwołaniu za prawidłowe i prawdziwe,

w prosty i bezrefleksyjny sposób uznać by należało, iż również oferta złożona przez odwołującego kwalifikuje się jako oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem termin wykonania dostawy i wdrożenia wynosi 12 dni i jest trzecim z najkrótszych terminów zaoferowanych w toku postępowania.

Zarzut związany z żądaniem unieważnienia postępowania w istocie stanowi odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, dla którego to przepis art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy przewiduje termin 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej zamawiającego. Tym samym, odwołanie kwestionujące postanowienia OPZ i IDW w zakresie sposobu oznaczenia terminu wykonania dostawy i wdrożenia sprzętu należy uznać za spóźnione, zwłaszcza, że – jak twierdzi sam odwołujący – dostrzegał rzekome wady konstrukcyjne postanowień dokumentów zamówienia jeszcze przed upływem terminu składania ofert.

Żądanie unieważnienia postępowania jest też o tyle w tym przypadku bezzasadne, że nawet gdyby faktycznie odwołujący nie wiedział w jaki sposób obliczać ma termin zakończenia dostawy i wdrożenia sprzętu, powinien przed otwarciem ofert zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Faktyczną jednak motywacją odwołującego również dobrze może być też próba unieważnienia postępowania tylko i wyłącznie z tego powodu, że inni wykonawcy wykazali się – w drodze konkurencyjnego postępowania – lepszą organizacją i możliwościami wykonania zamówienia plasując się na wyższych pozycjach w rankingu ofert, a sygnalizowane trudności ze zidentyfikowaniem terminu końcowego dostawy i wdrożenia sprzętu są jedynie twierdzeniem na potrzeby tego procesu. Przemawia za tym fakt, że odwołujący zamiast zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ co do wspomnianej daty końcowej, zabiegał o ustalenie minimalnego terminu możliwego do zaoferowania w ramach omawianego kryterium, co jak już wspomniano, byłoby rozwiązaniem zmniejszającym konkurencję w tym postępowaniu.

Sygnalizowana wada nie ma też wpływu na wynik postępowania i również z tej przyczyny, w świetle przepisu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy zarzut w tym zakresie nie może zostać uwzględniony. Należy bowiem wskazać, że zgodnie z rozdz. V ust. 4 OPZ, maksymalny termin odbioru wdrożenia trwać może 5 dni. Przyjmując nawet, że oferty Fast IT oraz ISF (a więc wykonawców, którzy zajęli stanowisko o bezzasadności zaliczania terminu odbioru wdrożenia do terminu dostawy i wdrożenia sprzętu) byłyby „niedoszacowane” w zakresie

tego terminu o wspomniane maksymalne 5 dni, to i tak oferta Fast IT zawierałaby najkrótszy z zaoferowanych wszystkich wykonawców termin dostawy i wdrożenia sprzętu, a tym samym, nadal byłaby ofertą najkorzystniejszą i ranking ofert nie uległby zmianie.

Trudno też zgodzić się z odwołującym, że identyfikowana przez niego wada postępowania stanowić może przyczynę unieważnienia, o której mowa w przepisie art. 255 pkt 6 ustawy.

Wspomniany przepis ustanawia w zasadzie dwie przesłanki:

- 1) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą;
- 2) która to wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z orzecznictwem Izby: Aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie, stosując przesłankę art. 255 pkt 6 musimy mieć do czynienia z wadą postępowania. Dodatkowo jednak nie może to być jakiegokolwiek naruszenie przepisów, ale takie, które powoduje, że nie jest możliwe zawarcie w tym postępowaniu niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2021 r. KIO 3041/21).

Odnosząc się do pierwszej ze wspomnianych przesłanek, w istocie postępowanie nie jest obarczone wadą, a deklarowane przez odwołującego niejasności, jeśli chodzi o zasady obliczania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert:

- 1) wynikają bądź to błędnej wykładni postanowień SWZ przez samego odwołującego lub niefrasobliwości w postaci zaniechania złożenia odwołania lub wniosku o wyjaśnienie treści SWZ przed składaniem ofert;
- 2) bądź są elementem taktyki procesowej mającej na celu doprowadzenie do unieważnienia postępowania, w którym inny Wykonawca złożył ofertę korzystniejszą, wobec braku możliwości organizacyjnych po stronie Odwołującego pozwalających na złożenie oferty równie korzystnej.

W zakresie drugiej ze wspomnianych przesłanek, ani ustawa (w przepisach art. 457-460) ani przepis art. 70(2) k.c. nie dają podstaw do unieważnienia umowy, która została zawarta w toku postępowania obarczonego wadą w postaci niejasnych kryteriów oceny ofert lub innych postanowień dokumentów zamówienia. Takie rozwiązanie legislacyjne jest z pewnością zabiegiem celowym ustawodawcy, bowiem uczestnicy rynku zamówień publicznych, jako profesjonaliści dla których miara należytej staranności jest podwyższoną i mający ku temu odpowiednie narzędzia formalnoprawne, powinni zawczasu, a więc przed upływem terminów składania ofert dążyć do uczynienia postanowień dokumentów zamówienia jasnymi i czytelnymi. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem zaprzeczeniem celu dla którego jest ono wszczynane i czynności tej należy dokonywać z należytą ostrożnością, jako swojego rodzaju *ultima ratio*.

Oddalenie poprzednio omówionych zarzutów odwołania spowoduje, że rozstrzygnięcie związane z oceną zasadności zastrzeżenia przez Simplicity informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie będzie miało wpływu na wynik postępowania i z tego względu, zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy, odwołanie w tym zakresie nie będzie mogło zostać uwzględnione. Podzielenie przez Izbę stanowiska zamawiającego o bezzasadności zarzutów związanych z oceną oferty Fast IT oraz wadą postępowania skutkować będzie przyjęciem, że ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu złożył wspomniany wykonawca Fast IT. Z tego względu dokonywanie oceny prawidłowości czynności zamawiającego względem oferty Simplicity będzie bezcelowym.

Wyłącznie z ostrożności procesowej zamawiający podnosi, iż gdyby Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego co do utrzymania wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazać należy że brak odtajnienia wyjaśnień lub utrzymanie ich w tajemnicy nie ma wpływu na prawidłowość badania i oceny ofert przez zamawiającego w tym badaniu wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.05.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 43/22.

Dokonana przez zamawiającego ocena zasadności zastrzeżenia przez Simplicity informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa była prawidłowa i wpisywała się z normę przepisu art. 18 ust. 3 ustawy.

Wykonawca powołał szereg informacji dotyczących:

- 1) sposobu kalkulacji ceny;
- 2) wysokości ponoszonych przez Simplicity kosztów;
- 3) szczegółów wynegocjowanych warunków cenowych z partnerami biznesowymi;
- 4) konkretnych czynników mających wpływ na cenę oferty;
- 5) marży (spodziewanego zysku z realizacji zamówienia).

Zamawiający analizując uzasadnienie złożone przez Simplicity zgodził się ze stanowiskiem tego wykonawcy, że wyżej wymienione elementy są informacjami technicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą. Simplicity wywodzi w szczególności, że utajnione dane zawierają „informacje stanowiące know-how Wykonawcy w zakresie kalkulacji ceny ofert, które Wykonawca uzyskał w ramach długoletniej działalności na rynku, negocjacji warunków współpracy z różnymi partnerami biznesowymi. Ujawnienie tych informacji dałoby konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową, ponieważ uzyskałyby możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego podejścia do kalkulacji ofert, jak również mogłyby przygotować swoje oferty z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu, w jaki są przygotowywane oferty wykonawcy. Podmioty konkurencyjne uzyskałyby pełną wiedzę o możliwych do wynegocjowania warunkach współpracy z konkretnymi podmiotami funkcjonującymi na rynku w branży IT, i możliwości zaoferowania tym podmiotom innych, lepszych dla nich warunków współpracy, co z kolei naraziłoby wykonawcę na szkodę, bowiem utrudniłoby

wykonawcy uzyskanie zamówień w przyszłości w ramach kolejnych postępowań. Wykonawca byłby zmuszony ponownie poszukiwać partnerów biznesowych, negocjować warunki i ceny oferowanych przez nich produktów.”.

Simplicity zwrócił też uwagę na wartość organizacyjną i handlową tych informacji, bowiem pozwalają one ustalić poziom posiadanego przez tego wykonawcę potencjału w danym sektorze i sytuacji finansowej Wykonawcy, tj. m.in. jakie produkty oferuje, z jakimi podmiotami współpracuje, jakiej wysokości i rodzaju upusty i rabaty otrzymuje, jakie są warunki współpracy z partnerami biznesowymi, jaki jest oczekiwany i osiągnięty przez Simplicity poziom cen (w tym upustów) za nabywane dostawy/usługi. W świetle powyższego, Simplicity wykazał, iż charakter informacji jest organizacyjny i ściśle związany z działalnością gospodarczą oraz, że ma dla niego wartość gospodarczą.

Analizując spełnienie drugiej przesłanki zamawiający zauważył, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są uszczegółowieniem oferty w rozbiciu na jej poszczególne elementy i jako całość nie są upubliczniane. W tym zakresie Wykonawca złożył stosowne oświadczenie, co zostało potwierdzone dowodami załączonymi do przedmiotowych wyjaśnień. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.06.2021 r., sygn. akt KIO 662/21, KIO 668/21). Podkreślić, że odwołujący nie udowodnił, że uzyskał dostęp do zastrzeżonych przez Simplicity informacji, zaś tezy podnoszone w odwołaniu wskazują na to że dane te nie są mu znane i w ramach prowadzonej działalności Odwołujący nie ma do nich dostępu.

W odniesieniu zaś do trzeciej z przesłanek, zawartej w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca Simplicity w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykazał szereg działań, które podjął w celu utrzymania informacji w poufności, z których wszystkie zostały wymienione w treści uzasadnienia z powołaniem się na konkretne dowody, w tym zobowiązania do zachowania w tajemnicy utajnianych informacji zaciągnięte u innych podmiotów czy przytoczenie klauzul poufności stosowanych w ramach prowadzonej działalności. Nie budzi wątpliwości skuteczność i moment zastrzeżenia przez Simplicity przedmiotowych wyjaśnień, gdyż wraz ze złożonymi wyjaśnieniami złożył uzasadnienie objęcia tajemnicą wraz z dowodami przekazanymi pismami.

Przystępujący WASKO w swojej argumentacji odniósł się do zarzutu nieważności postępowania wnosząc o jego uwzględnienie. W jego ocenie dokumentacja postępowania, udzielone odpowiedzi do treści SWAZ, stan po otwarciu ofert, czynności zamawiającego dowodzą, że możliwe było dwojaki rozumieniem pozacenowego kryterium oceny ofert. Złożone oferty są nieporównywalne, bo niektórzy wykonawcy deklarowali w ocenianym kryterium termin realizacji zamówienia podstawowego (wraz z odbiorami, testami i dostarczeniem dokumentacji) a inny tylko termin dostawy sprzętu i wdrożenia. W ocenie WASKO za wąskim rozumieniem kryterium przemawiała wyłącznie jego nazwa. Za szerokim – logika, bo sama dostawa i

wdrożenie nie pozwala zamawiającemu na rozpoczęcie eksploatacji przedmiotu zamówienia, a także wymagania OPZ i Wzoru umowy, według których wdrożenie uważane jest za wykonane po pozytywnym przejściu procedury odbiorowej, testach i przekazaniu dokumentacji, wreszcie wzór formularza ofertowego, do którego należało wpisać „termin wykonania zamówienia”. Po otwarciu ofert ujawniły się skrajne różnice w oferowanych terminach realizacji od 6 do 65 dni, co oznacza, że wykonawcy różnie rozumieli kryterium terminowe. Zamawiający w wezwaniu do FAST IT i IT Solution wskazał na to, że sam rozumie kryterium szeroko, a ci wykonawcy wyrazili dezaprobatę dla takiego stanowiska popierając wąskie rozumienie terminu. Zamawiający zapewne według przystępującego WASKO dostrzegł wadę postępowania w postaci dwóch konkurencyjnych rozumień jednego z kryteriów oceny, bo długo analizował złożone wyjaśnienia. W ich wyniku przyjął wąskie rozumienie tego kryterium przyjmując za wykonawcami skrajnie literalną wykładnię kryterium kłócącą się z logiką projektów wdrożeniowych. WASKO ponownie podkreślił, że wąskie rozumienie nie umożliwia zamawiającemu eksploatacji, bezużyteczność takiego rozumienia kryterium pokazuje inne postępowanie zamawiającego – Dostawa 4 przełączników (directorów) SAN wyposażonych w 4 karty FC64-48 obsadzone wkładkami SFP+64 Gb/s z gwarancją, instalacją, konfiguracją i instalacją, przeszkoleniem, sporządzeniem dokumentacji nr PN/60/22/HSKU, z którego przystępujący zacytował pkt. 20.1.2 SWZ. WASKO wskazał na nieporównywalność ofert oraz na to, że obecnie nie można już go poprawić. Przystępujący podkreślił, że sposób przeliczania punktów w kryterium premiuje skrócenie terminu tak bardzo, że pozwala na to, że zaledwie 5 dni różnicy w terminie dostawy przekłada się na możliwość zaoferowania ceny wyższej o ponad 6 mln zł. Przystępujący zobrazował to stanowisko przedstawieniem sytuacji MBA, Simplicity i WASKO i ich pozycji w rankingu ofert.

Przystępujący Simplicity w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia złożonych przez niego wyjaśnień ceny rażąco niskiej wniósł o oddalenie odwołania Symmetry. Poparł stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Podniósł, że użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy słowo „wykazanie” nie jest tożsame ze słowem „udowodnienie” nie wynika to, ani z ustawy, ani z jednolitego orzecznictwa. Przystępujący uważa jednak, że nawet gdyby przyjąć wykładnię odwołującego, to przystępujący złożył dowody potwierdzające jego działania tj. przytoczył w uzasadnieniu zastrzeżenia skuteczności tajemnicy brzmienie stosowanych przez niego klauzul poufności w stosunku do osób zatrudnianych, które prowadzą własną działalność gospodarczą, treść oferty Inspur, opis organizacji Systemu Kontroli Dostępu pkt. 3.12., 3.13, 3.14 uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy, opisał działania podjęte w celu zachowania poufności. Odnosząc się do zarzutu braku wykazania szkody, to wskazał, że taki obowiązek nie wynika z przepisów, a nadto z uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia pkt. 2.3-2.7 wynika w czym upatruje się wartości gospodarczej pouf-

ności informacji. Powołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 czerwca 2019 sygn. akt XXIII Ga 148/19. Podniósł, że odwołujący jest związany podstawą faktyczną zarzutu i nie może jej uzupełniać. Nie zgodził się ze stanowiskiem, że w świetle orzecznictwa niedopuszczalne jest zastrzeżenie całości wyjaśnień. Odwołujący nie poddał w wątpliwości ceny oferty złożonej przez przystępującego.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ wraz załącznikami, wyjaśnień SWZ z dnia 25 lipca i 3 sierpnia 2022 r., ofert wykonawców, informacji z otwarcia ofert, wezwań skierowanych do wykonawców FAST IT, IT Solution Factor, Simplicity i udzielonych przez nich wyjaśnień, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych do FAST IT oraz udzielonej odpowiedzi, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W SWZ Tom I Instrukcja dla wykonawców zamawiający zawarł następujące postanowienia:

#### **6. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA**

6.1. Przedmiotem zamówienia w zakresie zamówienia podstawowego jest dostawa:

1 ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)

1) 10 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU wraz z oprogramowaniem, wdrożeniem polegającym na instalacji i konfiguracji dostarczonego Sprzętu, integracji ze środowiskiem Zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt III OPZ, dostarczeniem projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt IV OPZ spełniających wymagania zawarte w pkt II, wraz z gwarancją;

2) 40 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX wraz z oprogramowaniem, wdrożeniem polegającym na instalacji i konfiguracji dostarczonego Sprzętu, integracji ze środowiskiem Zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt III OPZ, dostarczeniem projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt IV OPZ spełniających wymagania zawarte w pkt II OPZ, wraz z gwarancją;

3) 3 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.3)\_ORA wraz z oprogramowaniem, wdrożeniem polegającym na instalacji i konfiguracji dostarczonego Sprzętu, integracji ze środowiskiem Zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt III OPZ, dostarczeniem projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt IV OPZ spełniających wymagania zawarte w pkt II OPZ, wraz z gwarancją;

4) 11 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP wraz z oprogramowaniem, wdrożeniem polegającym na instalacji i konfiguracji dostarczonego Sprzętu, integracji ze

środowiskiem Zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt III OPZ, dostarczeniem projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt IV OPZ spełniających wymagania zawarte w pkt II OPZ, wraz z gwarancją;

6.7. W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SWZ, a treścią udzielonych wyjaśnień, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego. Wyjaśnienia udzielone w trybie art. 135 ustawy Pzp, stanowią integralną część SWZ.

6.11. Ilekroć w treści SWZ, w tym w OPZ, stanowiącym TOM III SWZ, przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, Zamawiający dopuszcza zaoferowanie przez wykonawcę rozwiązania równoważnego. Za rozwiązanie równoważne uznaje się produkt lub usługę o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych spełniające minimalne parametry określone przez Zamawiającego w OPZ. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą szczegółową specyfikację, z której w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego będzie wynikało, iż zaoferowany produkt lub usługa posiadają takie same parametry techniczne, jakościowe, funkcjonalne jak określone przez Zamawiającego w OPZ.

6.12. Ilekroć w treści SWZ, w tym w OPZ, stanowiącym TOM III SWZ, wskazane zostały normy, oceny techniczne, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym.

## 7. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA

7.1. Termin realizacji zamówienia będzie wynosił w zakresie:

- 1) zamówienia podstawowego: do 65 dni roboczych od dnia zawarcia umowy (termin stanowi kryterium oceny ofert, zgodnie z ofertą Wykonawcy).
- 2) zamówienia z prawa opcji: do 65 dni roboczych od dnia wysłania przez Zamawiającego Zawiadomienia.

## 14. SPOSÓB KOMUNIKACJI W POSTĘPOWANIU

14.1. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

14.2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie ofert oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zapewnionych przez system zapewniający

obsługę procesu udzielania zamówień publicznych w CIRF za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, zwany dalej Systemem.

15.17. Ofertę stanowi wypełniony Formularz 2.1. - Formularz „Oferta” oraz Formularz 2.2. - Specyfikacja techniczna sprzętu.

15.18. Wraz z Ofertą Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy:

1) odpis lub informację z Krajowego Rejestru Sądowego, Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej lub innego właściwego rejestru, chyba że Zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych a Wykonawca w Formularzu Oferty wskazał dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów w odniesieniu do Wykonawcy, Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jak również w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby;

2) pełnomocnictwo lub inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania Wykonawcy lub podmiotu udostępniającego zasoby chyba, że umocowanie do reprezentacji wynika z dokumentów, o których mowa w pkt 15.18. ppkt 1) IDW;

3) pełnomocnictwo lub inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (np. umowa o współdziałaniu). Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy;

4) oryginał gwarancji lub poręczenia, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniądź, z uwzględnieniem postanowień pkt. 17.3. IDW;

5) zobowiązania wymagane postanowieniami pkt. 11.3. IDW, w przypadku gdy Wykonawca polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wraz z pełnomocnictwami, jeżeli prawo do podpisania danego zobowiązania nie wynika z dokumentów, o których mowa w pkt 15.18. ppkt 1) IDW;

15.19. Zamawiający nie żąda złożenia wraz z Ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

15.20.5. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim.

15.20.6. Podmiotowe środki dowodowe lub inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym Wykonawca przekazuje wraz z tłumaczeniem na język polski.

15.21. W przypadku zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 26 czerwca 2013 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca ma obowiązek wydzielić z oferty te informacje. Podczas dodawania załączników do oferty Wykonawca ma możliwość ustawienia ich jako jawne lub niejawne.

W razie jednoczesnego wystąpienia w danym dokumencie lub oświadczeniu treści o charakterze jawnym i niejawnym, należy podzielić ten plik na dwa pliki i każdy z nich oznaczyć odpowiednim atrybutem. Odpowiednie oznaczenie zastrzeżonej treści oferty spoczywa na Wykonawcy.



Wykonawca zobowiązany jest wykazać, iż złożone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pod rygorem możliwości ich odtajnienia.

W sytuacji, gdy Wykonawca zastrzeże w ofercie informacje, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy lub odrębnych przepisów, informacje te będą podlegały udostępnieniu na takich samych zasadach, jak pozostałe niezastrzeżone informacje.

## 20. KRYTERIA OCENY OFERT

20.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

Cena 60,00 pkt

Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego 40,00 pkt

Badaniu w kryteriach oceny ofert podlegać będą oferty niepodlegające odrzuceniu.

20.1.2. Kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego”

Kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” będzie rozpatrywane na podstawie terminu dostawy podanego przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym. W ramach kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” Wykonawca może uzyskać maksymalnie 40 pkt. Maksymalny „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” nie może być dłuższy niż 65 dni roboczych.

Zamawiający ofercie o najkrótszym terminie dostawy spośród ofert ocenianych przyzna 40 punktów, a każdej następnej zostanie przyporządkowana liczba punktów proporcjonalnie mniejsza, według wzoru:

$$T = T_{\min} / T_{\text{oceniana}} \times 40$$

Uwaga:

Zamawiający informuje, iż w sytuacji, w której Wykonawca nie wskaże w Formularzu Ofertowym „Terminu dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” wówczas Zamawiający zastosuje art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i poprawi ofertę w ten sposób, że Wykonawca oferuje „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” wynoszący 65 dni roboczych (tj. 65 dni robocze maksymalny dopuszczalny termin realizacji dostawy w ramach zamówienia podstawowego) i Wykonawca, o ile wyrazi zgodę otrzyma 0 punktów w tym kryterium.

TOM II Wzór umowy

Dzień Roboczy - Dzień od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, o których mowa w art. 1 ust.1 ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1920) lub dzień wyznaczony jako dzień pracy na podstawie §

2a ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 kwietnia 2007 r. w sprawie czasu pracy pracowników urzędów administracji rządowej (Dz. U. nr 76 poz. 505, z późn. zm.), z wyłączeniem dni wolnych od pracy ustalonych w sposób, o którym mowa ww. rozporządzeniu.

Wdrożenie - Testowanie, instalacja, konfiguracja i integracja Sprzętu z istniejącym u Zamawiającego środowiskiem, opisane w Załączniku nr 1 Rozdział III.

Projekt Techniczny wdrożenia/Projekt Techniczny - Dokumentacja techniczna, o której mowa w Załączniku nr 1 Rozdział IV.

#### § 1. Przedmiot Umowy

1. Przedmiotem Umowy jest:

1) dostawa wraz z rozładunkiem serwerów stelażowych wraz z oprogramowaniem:

a) 10 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU,

b) 40 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX,

c) 3 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.3)\_ORA,

d) 11 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP;

zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 Rozdział III;

2) Wdrożenie zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 w Rozdział III;

3) wykonanie i dostarczenie Projektu Technicznego wdrożenia, zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 w Rozdział IV;

4) wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 w Rozdział IV;

#### § 2. Termin realizacji

1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 3) i § 1 ust. 2 pkt 3) w terminie do 10 Dni roboczych odpowiednio od dnia zawarcia Umowy lub wysłania przez Zamawiającego Zawiadomienia o uruchomieniu prawa opcji.

2. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1, 2, 4) w terminie do ..... Dni roboczych (termin stanowi kryterium oceny ofert, zgodnie ze złożoną ofertą do 65 dni roboczych) od dnia zawarcia Umowy.

3. Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot Umowy określony w § 1 ust. 2 pkt 1, 2, 4) w terminie do 65 Dni roboczych od dnia wysłania przez Zamawiającego Zawiadomienia.

#### § 3. Oświadczenia Wykonawcy dotyczące Sprzętu

3. Wykonawca oświadcza, że Sprzęt:

1) spełnia wszystkie wymogi dotyczące bezpieczeństwa oraz zużycia energii określone w obowiązującym w Polsce prawie,

2) jest fabrycznie nowy, kompletny, nieużywany i bez oznak używania, nierefabrykowany i nieregenerowany, nienaprawiany, nie podlegał ponownej obróbce oraz jest w jednolitej konfiguracji,

- 3) nie wykazuje jakichkolwiek wad fizycznych, prawnych, jak i ograniczających możliwość jego prawidłowego użytkowania,
- 4) został dopuszczony do obrotu gospodarczego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- 5) jest zgodny ze stosowanymi normami technicznymi,
- 6) posiada certyfikaty dopuszczające do stosowania w Unii Europejskiej,
- 7) posiada gwarancję producenta na okres wskazany w § 7.

4. Wykonawca oświadcza, że jest uprawniony do udzielania licencji/sublicencji na Oprogramowanie lub posiada prawo do jego sprzedaży i niniejsza Umowa nie narusza prawem chronionych dóbr osobistych, jak i majątkowych osób trzecich, ani też praw na dobrach niematerialnych, w szczególności: praw autorskich, pokrewnych, praw do wzorów przemysłowych, itp. oraz, że przejmuje wyłączną odpowiedzialność za wszelkie szkody, jakie mogą powstać w związku z użytkowaniem Sprzętu oraz Oprogramowania, pod warunkiem, że Zamawiający korzystał ze Sprzętu oraz Oprogramowania zgodnie z dokumentacją oraz udzieloną mu przez Wykonawcę licencją/sublicencją.

#### § 5. Wynagrodzenie

1. Maksymalna łączna wartość przedmiotu Umowy, wynosi ..... zł brutto (słownie: .....) w tym:

1) zamówienie podstawowe, o którym mowa w § 1 ust. 1 wynosi ..... zł brutto (słownie: .....),

2) zamówienie w ramach prawa opcji, o którym mowa w § 1 ust. 2 Umowy wynosi ..... zł brutto (słownie: ..... złotych).

Szczegółowy wykaz poszczególnych cen jednostkowych zawiera Załącznik nr 2 do Umowy.

3. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 będzie płatne w terminie do 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury wystawionej przez Wykonawcę po podpisaniu przez Strony bez zastrzeżeń odpowiedniego Protokołu Odbioru Wdrożenia, którego wzór stanowi Załącznik nr 7 do Umowy.

#### § 10. Odstąpienie od Umowy

1. Zamawiający może odstąpić od Umowy w całości lub w części, bez wyznaczania terminu dodatkowego, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności, gdy:

3) zwłoka Wykonawcy w wykonaniu Przedmiotu Umowy w ramach zamówienia podstawowego, w zakresie określonym w § 1 ust. 1 pkt 1)-4) wyniesie co najmniej 7 Dni roboczych;

#### § 13. Kary umowne

1. W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczania kary umownej w wysokości 20 % wartości przedmiotu Umowy brutto, określonej w § 5 ust. 1 pkt 1 Umowy.

2. W przypadku zwłoki Wykonawcy w wykonaniu przedmiotu Umowy w zakresie zamówienia podstawowego w terminie określonym w § 2 ust. 1 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

9. Kary umowne przewidziane w niniejszym paragrafie naliczane są niezależnie od siebie, mogą zostać nałożone przez Zamawiającego za każdy przypadek naruszenia Umowy odrębnie i podlegają kumulacji, z tym zastrzeżeniem, że jeśli to samo działanie lub zaniechanie Wykonawcy wypełnia przesłanki do naliczenia dwóch lub więcej kar umownych wskazanych w Umowie, to Zamawiający naliczy karę wyższą, nie może on jednak nałożyć więcej niż jednej kary za to samo działanie czy zaniechanie.

10. Łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych ograniczona jest do 80 % wartości przedmiotu Umowy brutto, określonej w § 5 ust. 1 Umowy.

11. Naliczenie Wykonawcy kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, nie wyłącza prawa Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych powyżej kar umownych na zasadach ogólnych.

14. Kary umowne nie będą naliczone w przypadku zaistnienia siły wyższej albo w przypadkach wyłącznej winy Zamawiającego lub osoby trzeciej.

Załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umownych

TOM III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

II. Wymagania funkcjonalne dotyczące sprzętu

1. Minimalne parametry techniczne i wymagania funkcjonalne dostarczonego Sprzętu.

1.1. Dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU oraz serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU - prawo opcji

Karty sieciowe

Minimalna liczba zainstalowanych portów zintegrowanych z płytą główną określona przez atrybut „MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_PORT”, pracujących z minimalną prędkością określoną przez atrybut „MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_SPEED”.

Minimalna sumaryczna liczba zainstalowanych portów typu SFP28 SR na wszystkich kartach rozszerzeń określona przez atrybut „MINIMUM\_EXT\_ETH\_PORT”, pracujących z minimalną prędkością określoną przez atrybut „MINIMUM\_EXT\_ETH\_SPEED”, obsługiwanych przez co najmniej minimum niezależnych wymiennych kontrolerów PCI określone przez atrybut „MINIMUM\_EXT\_ETH\_CARD”. Wsparcie dla technologii VMQ oraz NetQueue dla interfejsów 25 GbE.

MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_PORT – 2 [szt.]

MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_SPEED – 1 [Gb/s]

MINIMUM\_EXT\_ETH\_CARD – 2 [szt.]

MINIMUM\_EXT\_ETH\_PORT – 4 [szt.]

MINIMUM\_EXT\_ETH\_SPEED – 25 [Gb/s]

1.2 .Dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX oraz serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX - prawo opcji

Karty sieciowe

Minimalna liczba zainstalowanych portów zintegrowanych z płytą główną określona przez atrybut „MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_PORT”, pracujących z minimalną prędkością określoną przez atrybut „MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_SPEED”.

Minimalna sumaryczna liczba zainstalowanych portów typu SFP28 SR na wszystkich kartach rozszerzeń określona przez atrybut „MINIMUM\_EXT\_ETH\_PORT”, pracujących z minimalną prędkością określoną przez atrybut „MINIMUM\_EXT\_ETH\_SPEED”, obsługiwanych przez co najmniej minimum niezależnych wymiennych kontrolerów PCI określone przez atrybut „MINIMUM\_EXT\_ETH\_CARD”. Wsparcie dla technologii VMQ oraz NetQueue dla interfejsów 25 GbE.

MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_PORT – 2 [szt.]

MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_SPEED – 1 [Gb/s]

MINIMUM\_EXT\_ETH\_CARD – 2 [szt.]

MINIMUM\_EXT\_ETH\_PORT – 4 [szt.]

MINIMUM\_EXT\_ETH\_SPEED – 25 [Gb/s]

1.4 . Dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP oraz serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP - prawo opcji

Karty sieciowe

Minimalna liczba zainstalowanych portów zintegrowanych z płytą główną określona przez atrybut „MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_PORT”, pracujących z minimalną prędkością określoną przez atrybut „MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_SPEED”.

Minimalna sumaryczna liczba zainstalowanych portów typu SFP28 SR na wszystkich kartach rozszerzeń określona przez atrybut „MINIMUM\_EXT\_ETH\_PORT”, pracujących z minimalną prędkością określoną przez atrybut „MINIMUM\_EXT\_ETH\_SPEED”, obsługiwanych przez co najmniej minimum niezależnych wymiennych kontrolerów PCI określone przez atrybut „MINIMUM\_EXT\_ETH\_CARD”.

MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_PORT – 2 [szt.]

MINIMUM\_ONBOARD\_ETH\_SPEED – 1 [Gb/s]

MINIMUM\_EXT\_ETH\_CARD – 2 [szt.]

MINIMUM\_EXT\_ETH\_PORT – 4 [szt.]

MINIMUM\_EXT\_ETH\_SPEED – 25 [Gb/s]

5. Wymagania ogólne dla wszystkich serwerów:

5.4. Wraz z dostawą oferowanych komponentów Wykonawca musi dołączyć instrukcje obsługi pochodzące od producenta oferowanego komponentu w języku polskim lub angielskim

w formie papierowej lub elektronicznej (PDF, DOC). Zamawiający dopuszcza przekazanie linku do strony producenta serwera na której opublikowane są dokumenty.

5.5. Wykonawca musi dostarczyć deklarację CE producenta dla oferowanego komponentu wraz z dostawą.

5.6. Wszystkie serwery muszą być dostarczone od jednego producenta.

### III. Wymagania w zakresie dostawy, instalacji i wdrożenia

1.2. Dostawa i wszelkie czynności z nią związane realizowane będą przez Wykonawcę w Dni Robocze w godzinach 7:00 - 19:00.

1.3. Przed rozpoczęciem dostaw, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu pisemnie lub e-mail: [cirf.si@mf.gov.pl](mailto:cirf.si@mf.gov.pl) z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem powiadomienie zawierające co najmniej:

- a) datę, godzinę rozpoczęcia dostawy,
- b) szczegółowy wykaz Sprzętu dostarczanego w ramach dostawy z wyszczególnieniem nazw oraz liczby oraz numerów seryjnych,
- c) listę osób realizujących dostawę z wyszczególnieniem ich imienia i nazwiska oraz markę, model i numer rejestracyjny samochodu, którym zostanie dostarczony Sprzęt.

1.4. W przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminu powiadomienia o dostawie, o którym mowa w ust. 1.3., Zamawiający ma prawo odmówić odbioru dostawy.

### 2. Wymagania w zakresie instalacji i wdrożenia:

2.4. Wykonawca w ramach Wdrożenia Sprzętu:

- a) dokona czynności podłączenia Sprzętu do sieci elektrycznej i teletransmisyjnej oraz naniesie stosowane oznaczenia w formie etykiet na wszystkich przewodach (poza zasilającymi) zgodnie z konwencją nazewniczą stosowaną u Zamawiającego,
- b) dokona czynności instalacji, konfiguracji i integracji Sprzętu z istniejącym u Zamawiającego Środowiskiem, w tym aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) oraz integracji z oprogramowaniem do zarządzania serwerami,
- d) przeprowadzi testy zgodnie z ust. 2.6 i 2.7.

2.5. Wykonawca zobowiązany jest do zakończenia wdrożenia i dostarczenia dokumentacji powykonawczej przed przystąpieniem przez Zamawiającego do wykonaniu odbioru technicznego sprzętu.

2.6. Testy akceptacyjne dostawy serwerów będą polegać na:

- a) sprawdzeniu zgodności wykonanego wdrożenia z dokumentacją powykonawczą opracowaną przez Wykonawcę,
- b) sprawdzenie parametrów dostarczanych serwerów zgodnie z zapisami zawartymi w umowie (Załącznik nr 1 do Umowy)

c) wykonaniu testów redundancji elementów serwerów, poprzez ich odłączenie, wyłączenie lub wymontowanie w trakcie pracy. Czynności te nie mogą spowodować przerwy w działaniu serwerów (musi być zachowany dostęp do testowego systemu operacyjnego),

Testom akceptacyjnym mogą być poddane dowolne/wybrane przez Zamawiającego elementy sprzętowe dostarczanego serwera.

2.7. Wykonawca co najmniej na 3 Dni Robocze przed przystąpieniem do prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu Środowiska Zamawiającego, zobowiązany jest zgłosić potrzebę wyznaczenia okna serwisowego.

2.8. W przypadku niedotrzymania terminu, o którym mowa w pkt 2.7 Zamawiający nie dopuści Wykonawcy do realizacji prac wdrożeniowych.

IV. Wymagania w zakresie Projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej.

1. Przed przystąpieniem do dostawy (a w terminie do 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy) Wykonawca opracuje i prześle Zamawiającemu Projekt Techniczny Wdrożenia zawierający co najmniej informacje, o których mowa w Załączniku nr 10 do Umowy.

1.1. W przypadku uruchomienia prawa opcji Wykonawca opracuje i prześle Zamawiającemu Projekt Techniczny Wdrożenia w terminie do 10 dni roboczych od dnia wysłania przez Zamawiającego Zawiadomienia o skorzystaniu z prawa opcji.

2. Zamawiający w terminie do 3 dni roboczych od przedstawienia Projektu Technicznego przez Wykonawcę dokona odbioru dokumentacji potwierdzone Protokołem Odbioru Produktu lub zgłosi Wykonawcy uwagi. Wykonawca ma obowiązek uwzględnić uwagi Zamawiającego lub uzasadnić ich nieuwzględnienie w terminie do 2 Dni roboczych od daty przesłania uwag.

3. Podstawą do rozpoczęcia wdrożenia jest zaakceptowany przez Zamawiającego Projekt Techniczny.

4. Minimalny zakres Projektu Technicznego Wdrożenia i dokumentacji powykonawczej został określony w Załączniku nr 10 do Umowy

6. Po zakończeniu wdrożenia w tym instalacji i konfiguracji Sprzętu Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dokumentację powykonawczą.

V. Procedura odbiorów:

1. Po dokonaniu odbioru Projektu Technicznego Wdrożenia sporządza się Protokół Odbioru Produktu, którego wzór stanowi Załącznik nr 5 do Umowy.

2. W dniu dostawy/dostaw Zamawiający przystąpi do odbioru Sprzętu, polegającego na ilościowym przyjęciu dostawy według specyfikacji oraz stwierdzeniu braku widocznych uszkodzeń mechanicznych, co zostanie potwierdzone Protokołem Odbioru Ilościowego, którego wzór stanowi Załącznik nr 6 do Umowy.

3. Po dokonaniu odbioru ilościowego bez zastrzeżeń, Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia prac związanych z Wdrożeniem dostarczonego Sprzętu.

4. Po poinformowaniu Zamawiającego przez Wykonawcę o zakończeniu prac i swojej gotowości do odbioru wdrożenia, w następnym dniu roboczym Zamawiający przystąpi do odbioru prac wdrożeniowych. Odbiór prac wdrożeniowych polegać będzie na sprawdzeniu poprawności funkcjonowania Sprzętu poprzez wykonanie testów akceptacyjnych na dowolnych wybranych przez Zamawiającego elementach sprzętowych dostarczanych serwerów oraz sprawdzeniu posiadania gwarancji producenta na dostarczony Sprzęt na okres nie krótszy niż 59 m-cy. Zostanie to potwierdzone Protokołem Odbioru Wdrożenia w terminie do 5 Dni Roboczych od rozpoczęcia testów. Wzór Protokołu Odbioru Wdrożenia stanowi Załącznik nr 7 do Umowy.

5. W przypadku, gdy Sprzęt nie przejdzie pozytywnie odbioru prac wdrożeniowych, Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia nieprawidłowości oraz do przedstawienia Sprzętu do ponownego odbioru w terminie nie dłuższym niż 10 Dni Roboczych od dnia wniesienia zastrzeżeń przez Zamawiającego. Ponowny odbiór będzie polegał na stwierdzeniu zgodności Sprzętu z wymaganiami przewidzianymi w Umowie i powtórzeniu odbioru ilościowego, a następnie technicznego według procedury opisanej w pkt 3 – 4 powyżej.

VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla oprogramowania.

Oprogramowanie równoważnego względem Microsoft Windows Server 2022 Standard musi spełniać poniższe kryteria:

1. Współpracować z procesorami o architekturze x86-64,
2. Umożliwiać instalację i użytkowanie aplikacji 32- i 64- bitowych na dostarczonym przez Wykonawcę systemie operacyjnym,
3. obsłużyć serwer fizyczny wyposażony w 2 procesory oraz 16 rdzeni,
4. umożliwiać pracę w roli klienta domeny Microsoft Active Directory,
5. umożliwiać pracę w roli serwera domeny Microsoft Active Directory na poziomie Microsoft Windows Server 2012,
6. umożliwiać uruchomienie roli serwera DHCP, w tym funkcji klastrowania serwera DHCP (możliwość uruchomienia dwóch serwerów DHCP operujących jednocześnie na tej samej puli oferowanych adresów IP),
7. umożliwiać uruchomienie roli serwera DNS,
8. umożliwiać uruchomienie roli klienta i serwera czasu (NTP),
9. umożliwiać uruchomienie roli serwera plików z uwierzytelnianiem i autoryzacją dostępu w domenie Microsoft Active Directory,
10. umożliwiać uruchomienie roli serwera wydruku z uwierzytelnianiem i autoryzacją dostępu w domenie Microsoft Active Directory,
11. umożliwiać uruchomienia roli serwera stron WWW,



12. zapewniać prawo do użytkowania i dostęp do oprogramowania oferowanego przez producenta systemu operacyjnego umożliwiającego wirtualizowanie zasobów sprzętowych serwera,
13. zapewniać prawo do instalacji i użytkowania systemu operacyjnego na co najmniej dwóch maszynach wirtualnych,
14. umożliwiać migrację maszyn wirtualnych klientów działających na Hyper-V oraz serwerach fizycznych z systemami Microsoft Windows, a zwłaszcza możliwość uruchamiania bez konwersji lub konieczności instalacji dodatkowego oprogramowania środowisk gości generacji 1 i 2,
15. zapewniać prawo do pobierania poprawek systemu operacyjnego, minimalnie przez okres 3 lat bez dodatkowych kosztów, licząc od dnia złożenia oferty,
16. wszystkie wymienione parametry, role i funkcje systemu operacyjnego objęte są dostarczoną licencją (licencjami) i zawarte w dostarczonej wersji oprogramowania (nie wymagają ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów).

Wyjaśnienia treści SWZ z dnia 25 lipca 2022 r.

Pytanie nr 8:

KRYTERIA OCENY OFERT - Kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego”

Pragniemy zauważyć, iż Zamawiający nie określił minimalnego terminu dostawy co za tym idzie nierozsądni Wykonawcy aby zdobyć maksymalną ilość punktów mogą podać czas realizacji jeden dzień a nawet kilka godzin który jest nierealny. Jako doświadczony Wykonawca wskazujemy, iż minimalny okres czasu który pozwoli Wykonawcy na dostawę sprzętu wraz z wdrożeniem bez zastrzeżeń to 14 dni. W związku z powyższym wnosimy o doprecyzowanie minimalnego terminu dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem na 14 dni.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zmienia SWZ.

Pytanie nr 9:

Pytanie dot. kryteriów oceny oferty - pkt. 20 SWZ.

Kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” będzie rozpatrywane na podstawie terminu dostawy podanego przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym.

W ramach kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” Wykonawca może uzyskać maksymalnie 40 pkt. Maksymalny „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” nie może być dłuższy niż 65 dni roboczych.

Zamawiający nie określił dolnego przedziału tj. najkrótszego terminu realizacji.

Z informacji dostępnych na rynku na dzień dzisiejszy szacowany termin realizacji dostawy sprzętu z wdrożeniem wynosi od 50 do 65 dni roboczych. Jeden producent deklaruje krótszy termin realizacji wynoszący poniżej 50 dni. Jednak zastrzega sobie możliwość wydłużenia terminu realizacji ze względu na mogące wystąpić problemy logistyczne związane z COVID oraz sezonem urlopowym.

Spodziewamy się, że niektórzy wykonawcy w celu uzyskania dla siebie korzystnego rozstrzygnięcia zaproponują nierealne terminy wykonania przedmiotu zamówienia np. 20 dni roboczych i przy równoczesnym zaoferowaniu ceny za przedmiot zamówienia równej cenie budżetu Zamawiającego.

W przypadku nie dopełnienia terminu realizacji, oferent będzie składał wnioski o przesunięcie terminu wykonania zamówienia powołując się na przesłanki niezależne od oferenta.

Analiza

$T = T_{min}/T \text{ oceniania} \times 40$

Przykład:

Oferent nr 1 proponuje ceną ok. 23 468 955,83 zł, termin realizacji 20 dni

Oferent nr 2 proponowana cena 15 000 000, 00 zł, termin realizacji 65 dni.

Z przedstawionej analizy wynika, że takie kryterium oceny jest niekorzystane dla Zamawiającego i za możliwość skrócenia terminu wykonania umowy o 45 dni Zamawiający wybierze ofertę która będzie droższa o około 7 milionów.

Wnosimy o zmienne kryteriów oceny oferty w zakresie terminu realizacji na następujący:

(T) liczba punktów w kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” przyzna punkty w następujący sposób:

- 1) w przypadku zaoferowania do 65 Dni Roboczych Wykonawca otrzyma 0 pkt,
- 2) w przypadku zaoferowania do 60 Dni Roboczych Wykonawca otrzyma 20 pkt,
- 3) w przypadku zaoferowania do 50 Dni Roboczych Wykonawca otrzyma 40 pkt.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zmienia SWZ.

Pytanie nr 19

Dotyczy: TOM III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, pkt. II. Wymagania funkcjonalne dotyczące sprzętu, ppkt. 1.1 „Dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU.

Zamawiający w tabeli kolumna „Element/cecha/komponent”, „Gniazda rozszerzeń”, wymaga dostarczenia serwerów posiadających „Łącznie minimum 6 gniazd PCI Express trzeciej lub czwartej generacji w tym minimum dwa gniazda o prędkości x8 oraz minimum 2 gniazda o prędkości x16. Karty zainstalowane w slotcie x16 muszą pracować z prędkością x16.”

Czy Zamawiający uzna za spełniające wymagania OPZ rozwiązanie, w którym jedno z gniazd PCIe występuje w postaci gniazda OCP 3.0, umożliwiające zainstalowanie w nim dowolnej karty sieciowej?

Zgodnie z dokumentacją producenta gniazdo OCP 3.0 jest zgodne ze standardem slotów PCIe x16 (link do dokumentacji <https://dl.dell.com/manuals/common/dell-tech-dfd-collabcontribute-ocp-nic-3-0.pdf>).

Open Compute Project (OCP) to organizacja non-profit składająca się z liderów technologii współpracujących ze sobą w celu zdefiniowania i standaryzacji produktów dla centrum danych. Standard Open Compute Project NIC 3.0 upraszcza instalację obsługiwanych kart od dowolnego dostawcy w serwerach. Obecnie z ww. standardu korzysta kilku producentów serwerów.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza rozwiązanie, w którym jedno z gniazd PCIe występuje w postaci gniazda OCP 3.0. Zamawiający zmienia SWZ - patrz zmiana poz. 5.

Pytanie nr 34

(...) w pytaniu nr 9 wdała się następująca omyłka pisarska.

Zamiast

Przykład:

Oferent nr 1 proponuję ceną ok. 23 468 955,83 zł, termin realizacji 20 dni

Oferent nr 2 proponowana cena 15 000 000, 00 zł, termin realizacji 65 dni

Powinno być

Oferent nr 1 proponuję ceną ok. 23 468 955,83 zł, termin realizacji 20 dni roboczych

Oferent nr 2 proponowana cena 16 468 955,83 zł, termin realizacji 65 dni roboczych.

Odpowiedź:

Patrz odpowiedź na pytanie nr 9.

W poz. 5 zamawiający wprowadził nowe brzmienie:

Gniazda rozszerzeń

Łącznie minimum: 6 gniazd PCI Express trzeciej lub czwartej generacji w tym minimum dwa gniazda o prędkości x8 oraz minimum 2 gniazda o prędkości x16

lub

5 gniazd PCI Express trzeciej lub czwartej generacji w tym minimum dwa gniazda o prędkości x8 oraz minimum 2 gniazda o prędkości x16 oraz 1 gniazdo OCP 3.0

Zmiana SWZ nr 2

Poz. 1. W Tomie III SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA , w pkt III Wymagania w zakresie dostawy, instalacji i wdrożenia , ppkt 2.6 Testy akceptacyjne dostawy serwerów będą polegać na: litera c) o treści:

c) wykonaniu testów redundancji elementów serwerów, poprzez ich odłączenie, wyłączenie lub wymontowanie w trakcie pracy. Czynności te nie mogą spowodować przerwy w działaniu serwerów (musi być zachowany dostęp do testowego systemu operacyjnego),

otrzymuje treść:

c) wykonaniu testów redundancji elementów serwerów, poprzez ich odłączenie, wyłączenie lub wymontowanie w trakcie pracy. Czynności te nie mogą spowodować przerwy w działaniu serwerów,

Wyjaśnienia SWZ z dnia 3 sierpnia 2022 r. :

Pytanie nr 1

Uprzejmie informujemy, iż SWZ posiada błąd w zakresie „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego”. Pomijając już niezgodność z dobrymi praktykami gdzie taką praktyką jest ograniczenie minimalnego terminu dostawy, chroniąc postępowanie przed nierzetelnymi Wykonawcami oferującymi niemożliwe do dostarczenia terminy (wliczając wtedy koszty na ewentualne kary) to SWZ w tej chwili nie chroni nawet przed zaoferowaniem terminu dostawy 0 dni (tzn. dostawa w dniu podpisania umowy). Teoretycznie można by sobie wyobrazić taką sytuację jednak zastosowany przez Zamawiającego wzór w powyższym kryterium nie zadziała - nie można dzielić przez "0".

Prosimy o ograniczenie dolnego przedziału zaoferowanego terminu dostawy do jakiegoś realnego terminu tj. 20 dni roboczych.”

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu zaoferowanie terminu dostawy 0 dni (zero dni) będzie sprzeczne z zapisami SWZ. Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z zapisami SWZ na przykład w Tomie III SWZ-OPZ pkt IV ppkt 1. „Przed przystąpieniem do dostawy (a w terminie do 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy) Wykonawca opracuje i przekaże Zamawiającemu Projekt Techniczny Wdrożenia (...)” natomiast zgodnie z ppkt 2 „Zamawiający w terminie do 3 dni roboczych od przedstawienia Projektu Technicznego przez Wykonawcę dokona odbioru dokumentacji potwierdzone Protokołem Odbioru Produktu lub zgłosi Wykonawcy uwagi.” Podobnie w wymaganiach w zakresie dostawy pkt III OPZ ppkt 1.3 „Przed rozpoczęciem dostaw, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu pisemnie lub e-mail: [circ.si@mf.gov.pl](mailto:circ.si@mf.gov.pl) z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem powiadomienie (...)”. Zatem zaproponowanie terminu dostawy w wysokości 0 dni będzie niezgodne z warunkami zamówienia.

W ofercie FAST IT zaoferował:

W pkt 1. I. zamówienie podstawowe pkt. 1, 2, 4 w kolumnie "Producent oraz oznaczenie pozwalające na identyfikację" wykonawca podał Hewlett Packard Enterprise, Proliant DL385 G10 Plus v2

1a. Deklaruję Termin dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego wynoszący: 5 Dni roboczych

Formularz 2.2 –Specyfikacja techniczna sprzętu

SPECYFIKACJA TECHNICZNA SPRZĘTU

## 1. Zamówienie podstawowe

1.1. serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU – 10 sztuk, pkt. 1.2. 1.2. serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX – 40 sztuk, pkt. 1.4 serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP – 11 sztuk wykonawca podał:

Karty sieciowe

ONBOARD\_ETH\_PORT – 4 [szt.]

ONBOARD\_ETH\_SPEED – 1 [Gb/s]

EXT\_ETH\_CARD – 2 [szt.]

EXT\_ETH\_PORT – 4 (dwie karty po dwa porty każda) [szt.]

EXT\_ETH\_SPEED – 25 [Gb/s]

W ofercie IT Solution Factor zaoferował: 8 Dni roboczych

W ofercie Symmetry zaoferował: 12 Dni roboczych

W ofercie Simplicity zaoferował: 17 Dni roboczych

W ofercie IT arte zaoferował: 45 Dni roboczych

W ofercie Decsoft zaoferował: 65 Dni roboczych

W ofercie MBA System zaoferował: 15 Dni roboczych

W ofercie WASKO zaoferował: 20 Dni roboczych

W ofercie ADT Group zaoferował: 65 Dni roboczych

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że złożono następujące oferty cenowe:

1. IT Solution Factor sp. z o.o. 41 265 668,52 zł w tym:

-zamówienie podstawowe 21 106 779,09 zł

- zamówienie prawo opcji 20 158 889,43 zł

2. Simplicity sp. z o.o. 27 035 400,00 zł w tym:

-zamówienie podstawowe 13 517 700,00 zł

- zamówienie prawo opcji 13 517 700,00 zł

3. IT arte sp. z o.o. 31 650 660,00 zł w tym:

-zamówienie podstawowe 15 825 330,00 zł

- zamówienie prawo opcji 15 825 330,00 zł

4 Decsoft S.A. 40 098 000,00 zł w tym:

-zamówienie podstawowe 20 049 000,00 zł

- zamówienie prawo opcji 20 049 000,00 zł

5. Fast IT sp. z o.o. Sp.k. 37 769 467,32 zł w tym:

-zamówienie podstawowe 18 884 733,66 zł

- zamówienie prawo opcji 18 884 733,66 zł

6. Symmetry sp. z o.o. 39 331 600,00 zł w tym:

-zamówienie podstawowe 19 665 800,00 zł

- zamówienie prawo opcji 19 665 800,00 zł
- 7. MBA System sp. z o.o. 42 885 868,80 zł w tym:
  - zamówienie podstawowe 20 819 349,00 zł
  - zamówienie prawo opcji 22 066 519,80 zł
- 8. WASKO S.A 36 485 982,00 zł w tym:
  - zamówienie podstawowe 17 803 770,30 zł
  - zamówienie prawo opcji 18 682 211,70 zł
- 9. ADT Group sp. z o.o. 40 147 200,00 zł w tym:
  - zamówienie podstawowe 20 073 600,00 zł
  - zamówienie prawo opcji 20 073 600,00 zł

W dniu 23 sierpnia 2022 r. zamawiający wezwał Simplicity do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonej w ww. postępowaniu.

Zamawiający zwrócił uwagę, że cena całkowita złożonej oferty odbiega o ponad 30,00% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, w tym kalkulacji i dowodów, w zakresie całkowitej ceny za realizację zamówienia w tym zamówienia podstawowego i zamówienia z prawa opcji w tym w szczególności wskazania elementów kosztotwórczych dla wskazanych poniżej pozycji:

- 1) wykonania i dostarczenia projektu technicznego, dokumentacji powykonawczej,
- 2) kosztów wynikających z dostawy serwerów,
- 3) kosztów wdrożenia w tym instalacji i konfiguracji dostarczonego sprzętu oraz integracji serwerów ze środowiskiem Zamawiającego w tym kosztów zapewnienia oprogramowaniem do zarządzania serwerami,
- 4) kosztów zapewnienia gwarancji producenta na Sprzęt na okres nie krótszy niż 59 m-cy,
- 5) wykonania serwisu prewencyjnego.

Dodatkowo, wyjaśnienia mogą dotyczyć:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw związanych z realizacją zamówienia;
- 2) oryginalności rozwiązań dostaw oferowanych przez Wykonawcę;
- 3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

W dniu 23 sierpnia 2022 r. zamawiający wezwał FAST IT zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanych w ofercie następujących serwerów:

1 Serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU Hewlett Packard Enterprise, Proliant DL385 G10 Plus v2

2 serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX Hewlett Packard Enterprise, Proliant DL385 G10 Plus v2

3 serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.3)\_ORA Hewlett Packard Enterprise, Proliant DL385 G10 Plus

4 serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP Hewlett Packard Enterprise, Proliant DL385 G10 Plus v2

Zamawiający wymagał w Opisie przedmiotu zamówienia w zakresie wszystkich ww. serwerów aby zaoferowane serwery w poz. zasilacz spełniały wymagania minimalne, tj.:

„Minimum dwa zasilacze wyposażone w złącza C13 lub C19 hot-plug, zapewniające redundancję zasilania na poziomie N+N. Połowa spośród zainstalowanych zasilaczy musi zapewniać możliwość zasilania w pełni wyposażonego serwera, przy zachowaniu jego pełnych możliwości operacyjnych. Oferowane zasilacze muszą być certyfikowane 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum lub równoważny tzn. zasilacze muszą wykazać się minimum 90% sprawnością przy 20% obciążenia, 94% sprawnością przy 50% obciążenia oraz 91% sprawnością przy pełnym obciążeniu”.

Zgodnie z treścią złożonego przez Wykonawcę Formularza 2.2 Specyfikacja techniczna sprzętu poz. 1.1., poz. 1.2, poz. 1.3, poz. 1.4 wynika, że Wykonawca oferuje w każdym rodzaju serwerów „Dwa zasilacze wyposażone w złącza C13 hot-plug, zapewniające redundancję zasilania na poziomie N+N. Połowa spośród zainstalowanych zasilaczy zapewnia możliwość zasilania w pełni wyposażonego serwera, przy zachowaniu jego pełnych możliwości operacyjnych. Oferowane zasilacze są certyfikowane CE Mark, UL, cUL, IEC, EN, KCC, BSMI, CCC, TUV, C-tick, CISPR Class A”.

Wykonawca w ofercie wpisał 11 różnych certyfikatów, które mają potwierdzać spełnienie wymagań Zamawiającego w zakresie zasilaczy.

Na etapie oceny ofert, analizując treść oferty, Zamawiający prosi o wyjaśnienia które ze wskazanych certyfikatów i w jakim zakresie potwierdzają spełnienie. wymagania zawartego w SWZ – Tom III tj.: „certyfikowane 80 PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum lub równoważ-

ny tzn. zasilacze muszą wykazać się minimum 90% sprawnością przy 20% obciążenia, 94% sprawnością przy 50% obciążenia oraz 91% sprawnością przy pełnym obciążeniu”.

Zamawiający wezwał do wskazania dla każdego z zaoferowanych serwerów, który z wymienionych przez Wykonawcę w ofercie certyfikatów, tj. CE Mark, UL, cUL, IEC, EN, KCC, BSMI, CCC, TUV, C-tick, CISPR Class A, potwierdza/ją spełnienie wymagań równoważnych certyfikatów w zakresie zasilaczy, i o ile literalnie nie wskazano wprost sposób spełnienia tego wymagania.

Wyjaśnienia z dowodami wykonawca zobowiązany był przesłać drogą elektroniczną za pośrednictwem systemu, zapewniającego obsługę procesu udzielania zamówień publicznych przez zamawiającego, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30.08.2022r.

W dniu 23 sierpnia 2022 r. zamawiający wezwał IT Solution Factor, a w dniu 24 sierpnia 2022 r. FAST IT do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty złożonej w ww. postępowaniu w zakresie zadeklarowanego terminu dostawy oraz wdrożenia serwerów w zakresie zamówienia podstawowego.

W złożonej ofercie w przedmiotowym postępowaniu, wykonawca zadeklarował termin dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem z zakresie zamówienia podstawowego wynoszący odpowiednio 8 / 5 dni roboczych.

Zamawiający wezwał do wyjaśnienia w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować dostawę wraz z wdrożeniem z zakresie zamówienia podstawowego, obejmującą wszystkie czynności składające się na przedmiot zamówienia, tj. m.in.:

a) dostawę sprzętu, z koniecznością uprzedniego powiadomienia Zamawiającego – roz. III pkt 1.3 Tom III SWZ Opis przedmiotu zamówienia: „Przed rozpoczęciem dostaw, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu pisemnie lub e-mail:

cirf.si@mf.gov.pl z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem powiadomienie (...);

b) wdrożenie, wykonanie i dostarczenie projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej – roz. IV pkt 2 Tom III SWZ Opis przedmiotu zamówienia:

„Zamawiający w terminie do 3 dni roboczych od przedstawienia Projektu Technicznego przez Wykonawcę dokona odbioru dokumentacji potwierdzone Protokołem Odbioru Produktu lub zgłosi Wykonawcy uwagi. Wykonawca ma obowiązek uwzględnić uwagi Zamawiającego lub uzasadnić ich nieuwzględnienie w terminie do 2 Dni roboczych od daty przesłania uwag”;

c) przeprowadzenie przez Zamawiającego przy udziale Wykonawcy wszystkich odbiorów, zgodnie z postanowieniami SWZ - m. in. zastrzeżonych w roz. V pkt 4 Tom III SWZ Opis przedmiotu zamówienia: „Zostanie to potwierdzone Protokołem Odbioru Wdrożenia w terminie do 5 Dni Roboczych od rozpoczęcia testów”;

d) dodatkowo mimo braku wskazania konkretnego czasu przeprowadzenia testów należy uwzględnić także czas ich przeprowadzenia - w roz. V pkt 4 Tom III SWZ Opis przedmiotu zamówienia: „Odbiór prac wdrożeniowych polegać będzie na sprawdzeniu poprawności



funkcjonowania Sprzętu poprzez wykonanie testów akceptacyjnych na dowolnych wybranych przez Zamawiającego elementach sprzętowych dostarczanych serwerów oraz sprawdzeniu posiadania gwarancji producenta na dostarczony Sprzęt na okres nie krótszy niż 59 m-cy”.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do wyjaśnienia w jaki sposób Wykonawca zamierza dotrzymać terminu realizacji deklarowanego w ofercie – 5 dni roboczych w kontekście wyżej wskazanych terminów minimalnych wynikających z SWZ. Zamawiający wzywa do wyjaśnienia poprzez wskazanie ile dni roboczych Wykonawca przeznaczył na wykonanie poszczególnych elementów składających się na dostawę sprzętu wraz z wdrożeniem z zakresie zamówienia podstawowego.

Zamawiający zwraca uwagę, że termin realizacji zamówienia był przedmiotem pytań Wykonawców na etapie przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający pismem z dnia 3 sierpnia 2022 r., znak: CIRF.DZ1.272.43.2022.HCKY.3, zwracał uwagę na konieczności uwzględnienia w ramach zaoferowanego „Terminu dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” wszystkich czynności składających się na realizację przedmiotu zamówienia.

W dniu 24 sierpnia 2022 r. zamawiający wezwał do wyjaśnień zaoferowanej ceny także wykonawcę IT arte.

W dniu 5 września 2022 r. FAST IT w zakresie zasilaczy wyjaśnił:

Wykonawca w Formularzu 2.2 “Specyfikacja techniczna sprzętu”, w wierszu „Zasilacz” dla poz. 1.1, poz. 1.2, poz. 1.3, poz.1.4 wskazał następujące certyfikacje dla zasilaczy w zaoferowanych serwerach firmy Hewlett Packard Enterprise (dalej „HPE”): CE Mark, UL, cUL, IEC, EN, KCC, BSMI, CCC, TUV, C-tick, CISPR Class A. Spośród wymienionych certyfikaty IEC i EN odnoszą się między innymi do efektywności zasilaczy i potwierdzają spełnienie wymagań OPZ. Firma HPE zamieszcza na stronie internetowej następującą Deklarację zgodności:

<https://www.hpe.com/psnow/doc/a50005279enw?section=Document%20Types> , (kopia i tłumaczenie w załączniku do pisma),

która bazuje na normie ISO/IEC 17050-1 i EN 17050-1. Obie to te normy zostały przywołane w nagłówku wyżej wymienionej Deklaracji zgodności (Declaration of Conformity).

Norma EN/IEC-17051-1, zgodnie z dyrektywa unijną (EU) 2019/424 z dnia 15 marca 2019, ANNEX II, punkt 1.1 „PSU efficiency and power factor requirements”, tabela 1 potwierdza spełnienie wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Podsumowując – wskazana przez Wykonawcę w Formularzu 2.2 “Specyfikacja techniczna sprzętu”, certyfikacja zasilaczy zgodnie z normami IEC i EN, potwierdza spełnienie wymagań równoważnych certyfikatów w zakresie zasilaczy, niezależnie od tego, że wszystkie zaoferowane zasilacze są certyfikowane minimum 80 PLUS Platinum.

Link do dokumentu:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0424&from=EN>

(kopia i tłumaczenie istotnych fragmentów w załącznikach do pisma).

Jednocześnie:

- W przedłożonym z ofertą załączniku Formularz 2.2 – Specyfikacja techniczna sprzętu Wykonawca oświadczył, że oferowany sprzęt spełnia wszystkie wymagania określone w Tomie III SWZ-OPZ.

- W przedłożonej ofercie, przygotowanej w oparciu o Formularz 2.1 do SWZ - Wykonawca bezpośrednio wskazał jakie modele serwerów oferuje, podając ich oznaczenia:

Serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU

- Hewlett Packard Enterprise, Proliant DL385 G10 Plus v2

Serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX

- Hewlett Packard Enterprise, Proliant DL385 G10 Plus v2

Serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.3)\_ORA

- Hewlett Packard Enterprise, Proliant DL385 G10 Plus

Serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP

- Hewlett Packard Enterprise, Proliant DL385 G10 Plus v2

Wszystkie wymienione powyżej serwery są również przywołane w ww. Deklaracji zgodności producenta HPE. Dodatkowo, zgodnie z opisem technicznym dostępnym na stronie producenta HPE, wszystkie modele ww. serwerów posiadają zasilacze certyfikowane minimum 80 PLUS Platinum. Producent nie przewiduje możliwości zamówienia zasilaczy o niższej specyfikacji niż Platinum do wymienionych typów serwerów.

- W pkt 5 ppkt 5.2 Załącznika nr 1 TOM III OPZ Zamawiający określa: "Poszczególne komponenty muszą pochodzić od producenta dostarczanego serwera (muszą być kompletnym produktem opatrzonym numerem seryjnym producenta dostarczanego serwera). Nie dopuszcza się komponentów opartych o elementy pochodzące od różnych producentów, które po zintegrowaniu proponowane są przez oferenta w ramach pojedynczego komponentu architektury. Wszystkie komponenty składowe serwerów muszą być identyczne dla wszystkich egzemplarzy danego modelu serwera".

W związku z powyższym Wykonawca nie mógł zaoferować serwerów z zasilaczami innymi niż producenta, firmy HPE a co za tym idzie zaoferowane zostały Serwery HPE z zasilaczami spełniającymi wymagania OPZ. Na potwierdzenie załączamy dokumenty techniczne producenta.

Załączniki:

- Deklaracja zgodności producenta HPE (oryginał i tłumaczenie)

- Dyrektywa Unijna (EU) 2019/424 (oryginał i tłumaczenie fragmentu dotyczącego efektywności zasilaczy w Załączniku nr II)

- Specyfikacje producenta serwerów

- Mail od inżyniera-architekta producenta, z wyjaśnieniami dotyczącymi zasilaczy  
Specyfikacja producenta serwerów została złożona bez tłumaczenia dla HPE ProLiant DL  
385 Gen 10 Plus v 2 Serwer została wydana 15 August 2022

Na str. 2 pkt 10 jest informacja OCP 3.0 Slot

Na str. 10 jest informacja Network Porty None Choice of OCP or stand up card

Na str. 18, 19 i 20 Network Controller BCM 57416 10 GbE 2 p BASE-T OCP3 Adptr plus  
choice of standup card

Na str. 45 jest informacja:

HPE Networking

1 Gigabit Ethernet adapters

Intel I350-T4 Ethernet 1Gb 4-port BASE-T Adapter for HPE P21106-B21

Broadcom BCM5719 Ethernet 1Gb 4-port BASE-T Adapter for HPE P51178-B21

10 Gigabit Ethernet adapters

Marvell QL41132HLRJ Ethernet 10Gb 2-port BASE-T Adapter for HPE P08437-B21

Marvell QL41132HLCU Ethernet 10Gb 2-port SFP+ Adapter for HPE P21933-B21

Marvell QL41134HLCU Ethernet 10Gb 4-port SFP+ Adapter for HPE P10094-B21

Broadcom BCM57416 Ethernet 10Gb 2-port BASE-T Adapter for HPE P26253-B21

Broadcom BCM57412 Ethernet 10Gb 2-port SFP+ Adapter for HPE P26259-B21

Intel X710-DA2 Ethernet 10Gb 2-port SFP+ Adapter for HPE P28787-B21

10/25 Gigabit Ethernet adapters

Mellanox MCX512F-ACHT Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 Adapter for HPE P13188-B21

Mellanox MCX631102AS-ADAT Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 Adapter for HPE P42044-  
B21

Xilinx X2522-25G-PLUS Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 Adapter for HPE P21109-B21

Marvell QL41232HLCU Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 Adapter for HPE P22702-B21

Broadcom BCM57414 Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 Adapter for HPE P26262-B21

Intel E810-XXVDA2 Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 Adapter for HPE P08443-B21

Intel E810-XXVDA4 Ethernet 10/25Gb 4-port SFP28 Adapter for HPE P08458-B21

Notes:

- 4-port adapters go only into Slot 1.
- A minimum of two Gigabytes (2 GB) of server memory is required per each adapter.
- Direct Attach Cable (DAC) for copper environments or fiber transceivers and cables for fiber-optic environments must be purchased separately. Please see the related NIC QuickSpecs for Technical Specifications and additional information

OCP Adapters

Intel I350-T4 Ethernet 1Gb 4-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P08449-B21

Broadcom BCM5719 Ethernet 1Gb 4-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P51181-B21

Marvell QL41132HQCU Ethernet 10Gb 2-port SFP+ OCP3 Adapter for HPE P08452-B21

Marvell QL41132HQRJ Ethernet 10Gb 2-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P10103-B21

Broadcom BCM57416 Ethernet 10Gb 2-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P10097-B21

Broadcom BCM57412 Ethernet 10Gb 2-port SFP+ OCP3 Adapter for HPE P26256-B21

Intel X710-DA2 Ethernet 10Gb 2-port SFP+ OCP3 Adapter for HPE P28778-B21

Broadcom BCM57414 Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10115-B21

Mellanox MCX631432AS-ADAI Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P42041-B21

Mellanox MCX562A-ACAI Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10112-B21

Notes: When this OCP card is selected, the OCP Upgrade Cable Kit (P14603-B21) must be selected.

Marvell QL41232HQCU Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10118-B21

Notes:

- OCP adapters do not consume PCIe slot.
- Only 1 slot is available for OCP adapters.
- Only SFF OCP adapters below 35W can be supported

Intel E810-XXVDA2 Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10106-B21

Intel E810-CQDA2 Ethernet 100Gb 2-port QSFP28 OCP3 Adapter for HPE P22767-B21

Notes: When this OCP card is selected, the OCP Upgrade Cable Kit (P14603-B21) must be selected.

HPE DL385 Gen10 Plus OCP Upgrade Cable Kit P14603-B21

Z korespondencji elektronicznej z dnia 25 sierpnia 2022 r. wynika, że wymaganie Zamawiającego co do zasilaczy jest następujące: „zasilacze muszą być certyfikowane na 2 sposoby: 80

PLUS Titanium lub 80 PLUS Platinum lub równoważny tzn zasilacze muszą wykazać się minimum 90% sprawnością przy 20% obciążenia, 94% sprawnością przy 50% obciążenia oraz 91% sprawnością przy pełnym obciążeniu”. Skoro nie zamieściliśmy certyfikacji 80 Plus do zasilaczy to znaczy, że spełniają one normę równoważną (Oferta zawiera oświadczenie o spełnieniu wszystkich wymagań). W opisie zasilaczy do oferowanych serwerów podana jest informacja o następujących certyfikacjach: „CE Mark, UL, cUL, IEC, EN, KCC, BSMI, CCC, TUV, C-tick, CISPR Class A”.

Spośród wymienionych EN/IEC-17051-1 odnoszą się do efektywności zasilaczy, a HPE zamieszcza na swojej stronie dokument zgodności (HPE ProLiant DL385 DX385 Gen10 Plus Server #UKDoC HSTNS-2161):

Declaration of Conformity based on ISO/IEC 17050-1 and EN 17050-1 Ecodesign Regulation (EU) 2019/424 EN 303470 V1.1.1

Jednocześnie w tym dokumencie informujemy, że zasilacze w tych modelach serwerów spełniają regulację unijną 2019/424 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0424&from=EN>), która w swojej treści specyfikuje jakie mają być minimalne efektywności zasilaczy i tu cytat z dyrektywy

Zgodnie z przedstawionymi powyżej normami nasze zasilacze spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego. Załączone dokumentacje producenta dla zaoferowanych serwerów potwierdzają jednoznacznie spełnienie tych wymagań.

W dniu 5 września 2022 r. FAST IT w zakresie terminu wyjaśnił:

W przywołanym powyżej wezwaniu, Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować dostawę wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego, obejmującą wszystkie czynności składające się na przedmiot zamówienia.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia – TOM\_I\_SWZ pkt 20, ppkt 20.1.2, Zamawiający opisał jedno z kryteriów oceny ofert związane z terminem dostawy i wdrożenia:

20.1.2. Kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego”

Kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” będzie rozpatrywane na podstawie terminu dostawy podanego przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym. W ramach kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” Wykonawca może uzyskać maksymalnie 40 pkt. Maksymalny „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” nie może być dłuższy niż 65 dni roboczych.

Zamawiający nie określił precyzyjnie co rozumie pod pojęciem „dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem”, w opisie kryterium przywołanym powyżej, Zamawiający wręcz ogranicza to kryterium do dostawy (Sprzętu) – „Kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” będzie rozpatrywane na podstawie terminu dostawy podanego przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym”. Zamawiający nie wskazał również konkretnego oczekiwanego czasu dostawy i wdrożenia, pozostawiając wykonawcom interpretację zapisów SWZ.

Zdaniem Wykonawcy, w żadnym wypadku nie mógł on interpretować tego kryterium jako obejmującego „wszystkie czynności składające się na przedmiot zamówienia”, na którą to interpretację wskazuje Zamawiający w powołanym powyżej wezwaniu. Pojęcie „Sprzęt”, którym posługuje się Zamawiający w kryterium jest zdefiniowane w projekcie umowy i oznacza Urządzenia dostarczane przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy. Jedynie więc do-

stawa i wdrożenie tak rozumianego Sprzętu powinno być przedmiotem oceny w kryterium. Należy zauważyć, że Zamawiający nie posłużył się w postanowieniu dotyczącym kryteriów oceny ofert wyrażeniem „Wykonanie przedmiotu zamówienia”, nie może zatem na tym etapie postępowania stosować wykładni rozszerzającej postanowienie, którego użył w SWZ.

Odnosząc się bezpośrednio do pytań zawartych w wezwaniu Zamawiającego w punktach a) - d), Wykonawca wyjaśnia jak niżej.

Ad. a) Przed rozpoczęciem dostaw, Wykonawca dostarczy Zamawiającemu pisemnie lub e-mail: [cirf.si@mf.gov.pl](mailto:cirf.si@mf.gov.pl) z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem powiadomienie zawierające wymagane informacje. Szczegółowo zostało opisane w harmonogramie w dalszej części dokumentu. Tym sam niniejszy warunek SWZ Wykonawca uznaje za spełniony.

Ad. b) Wykonawca uwzględni w opisanych poniżej harmonogramach 3 dni robocze na dokonanie przez Zamawiającego odbioru dokumentacji potwierdzone Protokołem Odbioru Produktu lub zgłoszenie Wykonawcy uwag. Dodatkowo Wykonawca uwzględni w poniższych harmonogramach 1 dzień roboczy na uwzględnienie przez Wykonawcę uwag Zamawiającego lub uzasadnienie ich nieuwzględnienia. Tym sam niniejszy warunek SWZ Wykonawca uznaje za spełniony.

Odnosząc się do wymogu dostarczenia dokumentacji powykonawczej, wskazanego przez Zamawiającego w pierwszym zdaniu punktu b) wezwania, pomimo tego, że zapisy SWZ nie są jednoznaczne w tym zakresie, Wykonawca uwzględnił wykonanie dokumentacji powykonawczej w terminie wskazanym jako termin na dostawę Sprzętu wraz z wdrożeniem.

Pojęcie „wdrożenie” powinno być rozumiane w taki sposób jak wskazuje na to Zamawiający w rozdz. I. pkt 1. ppkt 1.1 – 1.4 oraz 2.1 – 2.4 OPZ, tj. jako instalacja i konfiguracja dostarczonego Sprzętu, integracja ze środowiskiem Zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w rozdz. III. Z tych samych punktów oraz rozdz. III. pkt 2.5. i rozdz. IV. 6. wynika, że wdrożenie nie obejmuje wykonania dokumentacji powykonawczej, a tym samym czas jej opracowywania nie podlega ocenie w kryterium.

W rozdz. III. pkt 2.5. Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do zakończenia wdrożenia i dostarczenia dokumentacji powykonawczej przed przystąpieniem przez Zamawiającego do wykonaniu odbioru technicznego sprzętu. Oznacza to, że Zamawiający określił dostarczenie dokumentacji powykonawczej jako osobną czynność, poza zakresem wdrożenia. W przeciwnym razie Zamawiający zobowiązałby Wykonawcę do zakończenia wdrożenia i w szczególności dostarczenia dokumentacji powykonawczej przed przystąpieniem przez Zamawiającego do wykonaniu odbioru technicznego sprzętu.

W rozdz IV. pkt 6. Zamawiający postawił wymaganie: „6. Po zakończeniu wdrożenia w tym instalacji i konfiguracji Sprzętu Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dokumentację powykonawczą.”. Taki zapis tym bardziej utwierdza Wykonawcę, że dokumentacja powykonawcza nie musi być wykonana w ramach terminu na wdrożenie Sprzętu.

Pomimo powyższych niejednoznacznych zapisów, mając na uwadze sprawną realizację wdrożenia, Wykonawca deklaruje przygotowanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej w ramach opisanych poniżej harmonogramów, m.in. kierując się tym, że dokumentacja powykonawcza wymaga jedynie aktualizacji przygotowanego i uzgodnionego wcześniej Projektu Technicznego.

Ad. c) Zdaniem Wykonawcy wymóg uwzględnienia przeprowadzenia testów przez Zamawiającego przy udziale Wykonawcy, w ramach deklarowanego terminu dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem jest nieuprawniony.

W rozdz. III. Pkt. 2.4 Zamawiający opisał wymagania wobec Wykonawcy:

2.4. Wykonawca w ramach Wdrożenia Sprzętu:

- a) dokona czynności podłączenia Sprzętu do sieci elektrycznej i teletransmisyjnej oraz naniesie stosowane oznaczenia w formie etykiet na wszystkich przewodach (poza zasilającymi) zgodnie z konwencją nazewniczą stosowaną u Zamawiającego,
- b) dokona czynności instalacji, konfiguracji i integracji Sprzętu z istniejącym u Zamawiającego Środowiskiem, w tym aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) oraz integracji z oprogramowaniem do zarządzania serwerami,
- d) przeprowadzi testy zgodnie z ust. 2.6 i 2.7.

gdzie ust. 2.6 i 2.7:

2.6. Testy akceptacyjne dostawy serwerów będą polegać na:

- a) sprawdzeniu zgodności wykonanego wdrożenia z dokumentacją powykonawczą opracowaną przez Wykonawcę,
- b) sprawdzenie parametrów dostarczanych serwerów zgodnie z zapisami zawartymi w umowie (Załącznik nr 1 do Umowy)
- c) wykonaniu testów redundancji elementów serwerów, poprzez ich odłączenie, wyłączenie lub wymontowanie w trakcie pracy. Czynności te nie mogą spowodować przerwy w działaniu serwerów (musi być zachowany dostęp do testowego systemu operacyjnego),

Testom akceptacyjnym mogą być poddane dowolne/wybrane przez Zamawiającego elementy sprzętowe dostarczanego serwera.

Zgodnie z powyższymi zapisami Wykonawca samodzielnie wykona powyższe testy Sprzętu w ramach deklarowanego terminu wdrożenia. Zapis przywołany w pkt. c) przez Zamawiającego: „Zostanie to potwierdzone Protokołem Odbioru Wdrożenia w terminie do 5 Dni Roboczych od rozpoczęcia testów”, odnosi się do odbioru prac wdrożeniowych przez Zamawiającego. Zamawiający przywołał jedynie fragment rozdz. V. pkt. 4., cała treść tego punktu brzmi:

„4. Po poinformowaniu Zamawiającego przez Wykonawcę o zakończeniu prac i swojej gotowości do odbioru wdrożenia, w następnym dniu roboczym Zamawiający przystąpi do odbioru prac wdrożeniowych. Odbiór prac wdrożeniowych polegać będzie na sprawdzeniu popraw-

ności funkcjonowania Sprzętu poprzez wykonanie testów akceptacyjnych na dowolnych wybranych przez Zamawiającego elementach sprzętowych dostarczanych serwerów oraz sprawdzeniu posiadania gwarancji producenta na dostarczony Sprzęt na okres nie krótszy niż 59 m-cy. Zostanie to potwierdzone Protokołem Odbioru Wdrożenia w terminie do 5 Dni Roboczych od rozpoczęcia testów. Wzór Protokołu Odbioru Wdrożenia stanowi Załącznik nr 7 do Umowy.”

Sformułowania „Po poinformowaniu Zamawiającego przez Wykonawcę o zakończeniu prac i swojej gotowości do odbioru wdrożenia...”, „Odbiór prac wdrożeniowych...”, należy interpretować, że testy Zamawiającego będą realizowane po zakończeniu wdrożenia przez Wykonawcę i nie powinny być zaliczane do deklarowanego przez Wykonawcę terminu realizacji dostawy i wdrożenia sprzętu. Termin 5 Dni Roboczych przywołany przez Zamawiającego, dotyczy terminu, do którego powinien być podpisany Protokół Odbioru Wdrożenia. Jednak data zrealizowania wdrożenia, jaka powinna być wskazana w Protokole Odbioru Wdrożenia, powinna być zgodna z datą zakończenia wdrożenia i zgłoszenia gotowości do odbioru przez Wykonawcę. Powyższa interpretacja jest zgodna z zapisami SWZ i praktyką wdrożeń projektów IT.

Ad. d) Wykonawca nie rozumie w pełni intencji Zamawiającego wyrażonych w tym punkcie – „dodatkowo mimo braku wskazania konkretnego czasu przeprowadzenia testów należy uwzględnić także czas ich przeprowadzenia”. Prosimy o doprecyzowanie wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie. Wydaje nam się również że odpowiedź zawarta w punkcie Ad. c) może być wystarczająca również odnośnie punktu d) wezwania.

W końcowej części wezwania, Zamawiający powołuje się na odpowiedzi udzielone w toku postępowania, dotyczące terminu realizacji zamówienia, twierdząc iż: „Zamawiający pismem z dnia 3 sierpnia 2022 r., znak: CIRF.DZ1.272.43.2022.HCKY.3, zwracał uwagę na konieczności uwzględnienia w ramach zaoferowanego „Terminu dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” wszystkich czynności składających się na realizację przedmiotu zamówienia.”

Otóż w przywołanej odpowiedzi na pytania w piśmie z dnia 3 sierpnia 2022 r., znak: CIRF.DZ1.272.43.2022.HCKY.3, Zamawiający nie doprecyzował omawianego kryterium oceny i nie powiązał go z realizacją „wszystkich czynności składających się na realizację przedmiotu zamówienia”. Natomiast w przywołanej odpowiedzi, Zamawiający wskazał m.in. że w terminie dostawy (w tym miejscu należy podkreślić, że Zamawiający ponownie nieprecyzyjnie posłużył się jedynie pojęciem „dostawy” a nie „dostawy i wdrożenia”) należy uwzględnić: opracowanie Projektu Technicznego, odbiór dokumentacji Projektu Technicznego przez Zamawiającego, powiadomienie Zamawiającego o rozpoczęciu dostawy z 2 dniowym wyprzedzeniem. Wykonawca uwzględnił wszystkie wymienione w zdaniu poprzednim czynności w opisanych poniżej harmonogramach.



Biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia, zdaniem Wykonawcy na deklarowaną liczbę dni roboczych dotyczących dostawy i wdrożenia w ramach wskazanego kryterium oceny ofert, zgodnie z SWZ, TOM III, Opis przedmiotu zamówienia, składają się:

1. Wykonanie Projektu Technicznego z ew. poprawkami po uwagach Zamawiającego, gdyż bez projektu nie jest możliwa instalacja i konfiguracja Sprzętu oraz jego integracja ze środowiskiem Zamawiającego,
2. Zgłoszenie dostawy do Zamawiającego,
3. Realizacja dostawy Sprzętu,
4. Wdrożenie dostarczonego Sprzętu (instalacja i testy przeprowadzone przez Wykonawcę),
5. Opracowanie dokumentacji powykonawczej (z zastrzeżeniem uwag Wykonawcy – pkt. Ad. b) powyżej),
6. Poinformowanie przez Wykonawcę Zamawiającego o zakończeniu prac i swojej gotowości do odbioru wdrożenia.

Mimo uwag przedstawionych wyżej, Wykonawca nadal deklaruje wykonanie dostawy i wdrożenia w ciągu 5 dni roboczych, uwzględniając następujący harmonogram działań.

1. Po podpisaniu Umowy z Zamawiającym, Wykonawca przewiduje przekazanie Zamawiającemu Projektu Technicznego w dniu podpisania umowy. W oparciu o dane podane przez Zamawiającego w SWZ i w oparciu o bogate doświadczenie Wykonawcy w realizacji podobnych projektów, Wykonawca dysponuje wiedzą i kompetencjami wystarczającymi do przygotowania projektu technicznego. Dnia tego nie wlicza się do terminu dostawy i wdrożenia sprzętu zgodnie z art. 111 § 2 Kc. Tym samym pierwszym z dni terminu 5 dniowego (5 dni roboczych) na wykonanie dostawy i wdrożenia Sprzętu będzie dzień następny (roboczy). W tym samym dniu Wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do wykonania dostawy w drugim dniu roboczym od zgłoszenia.
2. Wykonawca zrealizuje dostawę w drugim dniu roboczym po podpisaniu umowy i tego samego dnia lub w dniu następnym Strony podpiszą Protokół Odbioru Ilościowego, zgodnie z zapisami rozdz. V, pkt. 2.
3. Zgodnie z zapisami SWZ, Zamawiający w ciągu 3 dni roboczych przedstawi Wykonawcy uwagi do złożonego Projektu Technicznego.
4. Wykonawca uwzględni lub wyjaśni z Zamawiającym uwagi do projektu technicznego i przedstawi końcową wersję projektu w następnym, a więc czwartym dniu roboczym po podpisaniu umowy.
5. Niezwłocznie po przedstawieniu końcowej wersji projektu, Wykonawca przystąpi do realizacji wdrożenia Sprzętu (obejmującej instalację i testy), opracowania i przekazania dokumentacji powykonawczej i zgłoszenia gotowości do odbioru wdrożenia i zakończy te czynności nie później niż w piątym dniu roboczym od podpisania umowy.

6. Nawet w niekorzystnym układzie kalendarza tj. po podpisaniu umowy w poniedziałek – czwarty dzień roboczy to piątek. W ciągu dni wolnych od pracy Wykonawca sporządzi projekt dokumentacji powykonawczej i w poniedziałek (w piątym dniu roboczym) zrealizuje wdrożenie, wykona w/w testy i ich wyniki uwzględni w dokumentacji powykonawczej i prześle Zamawiającemu.

7. W dniu następnym Zamawiający może przystąpić do odbioru prac wdrożeniowych zgodnie z rozdz. V pkt 4. OPZ. Jednakże czynność odbiorów prac wdrożeniowych następuje po wdrożeniu i nie może być wliczana w czas wdrożenia sprzętu.

Wykonawca zwraca uwagę, że podpisanie umowy w inny dzień niż poniedziałek, także powoduje, że w okresie obejmującym 5 dni roboczych na dostawę i wdrożenie Sprzętu wystąpi sobota i niedziela tj. dodatkowy czas na przygotowanie do wdrożenia, wykonanie dokumentacji powykonawczej, etc. Wykonawca deklaruje także, że dokumentację powykonawczą jest gotów wykonać także po zakończonym wdrożeniu i testach (po godzinach pracy Zamawiającego) i zakończy rano dnia następnego, gdyby to ten następny dzień był dniem ostatnim roboczym na wykonanie wdrożenia.

Warto także zauważyć, że każdy wykonawca może uprzedzająco wykonać pewne czynności np. te opisane w pkt 1 można już przygotowywać, po wezwaniu wykonawcy do złożenia dokumentów podmiotowych, co oznacza, że oferta wykonawcy zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jak również po wybraniu oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej lub zaproszeniu wykonawcy do podpisania umowy. W tym miejscu należy dodać, że m.in. z uwagi na konieczność wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie będzie ona podpisana w dniu przesłania zaproszenia przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, zakładając wolę współpracy Zamawiającego przy realizacji zamówienia, w szczególności od momentu wyboru oferty Wykonawcy jako najwyżej punktowanej, możliwe jest zrealizowanie dostawy i wdrożenia w terminie krótszym niż zadeklarowane 5 dni roboczych przez Wykonawcę.

W postępowaniach o wartości co najmniej równej progom unijnym - zgodnie z art. 264 ust. 1 ustawy Pzp - zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu. Powyższy okres Wykonawca może wykorzystać na przygotowanie projektu technicznego. Przy takich założeniach harmonogram działań wyglądałby w sposób następujący:

1. Po wybraniu oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, Wykonawca przystąpi do przygotowania Projektu Technicznego,

2. W dniu przesłania przez Zamawiającego zaproszenia do podpisania umowy, Wykonawca przedstawi Projekt Techniczny i powiadomieni o gotowości do dostawy, z zachowaniem min. 2 dni roboczych powiadomienia przed terminem dostawy.
3. Zgodnie z zapisami SWZ, Zamawiający w ciągu 3 dni roboczych przedstawi Wykonawcy uwagi do złożonego Projektu Technicznego.
4. Wykonawca uwzględni lub wyjaśni z Zamawiającym uwagi do projektu technicznego i przedstawi końcową wersję projektu w ciągu kolejnego 1 dnia roboczego.
5. Po uwzględnieniu powyższych działań, w dniu podpisania umowy Wykonawca przystąpi do realizacji dostawy i tego samego dnia Strony podpiszą Protokół Odbioru Ilościowego, zgodnie z zapisami rozdz. V, pkt. 2. Tym samym w dniu zerowym od podpisania umowy, Wykonawca zrealizuje dostawę Sprzętu.
6. Wykonawca przystąpi do wdrożenia w tym samym lub następnym dniu roboczym po podpisaniu Protokołu Odbioru Ilościowego lub w dniu przedstawienia końcowej wersji Projektu Technicznego, w zależności które z tych zdarzeń wystąpi później. Wdrożenie Wykonawca zrealizuje w ciągu 1 dnia roboczego. Uwzględniając powyższe, w zależności od czasu jaki upłynie od zaproszenia Wykonawcy do podpisania umowy do faktycznego jej podpisania, Wykonawca zakończy wdrożenie i zgłosi Zamawiającemu gotowość do odbioru pomiędzy pierwszym a czwartym dniem roboczym po podpisaniu umowy. Wydłużenie tego terminu będzie leżało wyłącznie po stronie Zamawiającego i będzie spowodowane brakiem współpracy lub opieszałością administracyjną wykraczającą poza dobre praktyki wdrożeń IT.
7. Testy Zamawiającego nie są objęte wdrożeniem Wykonawcy i w związku z tym nie mogą być uwzględniane w ocenie deklarowanego przez Wykonawcę terminu dostawy i wdrożenia. Wykonawca przygotowując się do tego postępowania miał też pełne prawo (oczywiście na swoje ryzyko) zamówić dostawę serwerów od producenta w takim czasie, aby już nimi dysponować w dniu podpisania umowy. To od wykonawcy zależy w jakim stopniu wcześniej przygotuje się on do realizacji danego zamówienia.

W dniu 5 września 2022 r. Simplicity złożyło uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

Simplicity wskazał, że nie mogą zostać udostępnione do wiadomości publicznej oraz podmiotom trzecim:

- a) Wyjaśnienia ceny oferty (Załącznik nr 1 do niniejszego pisma) (dalej: „Wyjaśnienia”)
- b) Załączniki od nr 1 do nr 3 załączone do Wyjaśnień ceny oferty

Jednocześnie wniósł o poinformowanie przez Zamawiającego z wyprzedzeniem o ewentualnym zamiarze odtajnienia zastrzeżonych informacji i dokumentów, w celu umożliwienia Wykonawcy obrony zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na drodze sądowej lub przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Informacje znajdujące się w załączonych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie podlegają ujawnieniu. Przedstawił brzmienie przepisów art. 18 ustawy i art. 11 ust. 2 u.z.n. oraz poglądy doktryny i orzecznictwa. Podał, że:

- 1) Wskazane powyżej dokumenty i informacje mają charakter organizacyjny i handlowy oraz posiadają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą;
- 2) żadna z wyżej wymienionych informacji nie jest „powszechnie znana” ani „łatwo dostępna”;
- 3) Wykonawca podjął działania w celu zachowania wyżej wymienionych informacji i dokumentów w tajemnicy w celu zachowania ich poufności

Wyjaśnienia ceny oferty/Załączniki nr 1 do nr 3 do Wyjaśnień

Zastrzeżone przez Wykonawcę Wyjaśnienia, dokumenty i informacje zawierają szczegółowe informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty złożonej przez Wykonawcę w niniejszym Postępowaniu. Wyjaśnienia wraz z załącznikami szczegółowo opisują wszystkie elementy oferty (zaoferowanego rozwiązania) w połączeniu ze sposobem kalkulacji ceny, wskazują wysokość ponoszonych przez Wykonawcę kosztów, szczegóły wynegocjowanych warunków cenowych z partnerami biznesowymi, oraz konkretne czynniki mające wpływ na cenę oferty, a także ujawniają marżę Wykonawcy (spodziewany zysk z realizacji Zamówienia), które to informacje są powszechnie uznawane i traktowane przez przedsiębiorców jako ich informacje poufne stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte w Wyjaśnieniach i załącznikach do Wyjaśnień informacje pokazują bezpośrednio możliwości handlowe Wykonawcy, a zatem posiadają charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa oraz stanowią wartość gospodarczą. Wyjaśnienia zawierają także szczegóły dotyczące zasad współpracy ze partnerami biznesowymi, klientami oraz podmiotami trzecimi udostępniającymi Wykonawcy swoje zasoby.

O wartości gospodarczej informacji znajdujących się w niniejszych Wyjaśnieniach i załącznikach do Wyjaśnień świadczy także fakt, że zawierają one informacje stanowiące know-how Wykonawcy w zakresie kalkulacji ceny ofert, które Wykonawca uzyskał w ramach długoletniej działalności na rynku, negocjacji warunków współpracy z różnymi partnerami biznesowymi. Ujawnienie tych informacji dałoby konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową, ponieważ uzyskałyby możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego podejścia do kalkulacji ofert, jak również mogłyby przygotować swoje oferty z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu, w jaki są przygotowywane oferty Wykonawcy. Podmioty konkurencyjne uzyskałyby pełną wiedzę o możliwych do wynegocjowania warunkach współpracy z konkretnymi podmiotami funkcjonującymi na rynku w branży IT, i możliwości zaoferowania tym podmiotom innych, lepszych dla nich warunków współpracy, co z kolei naraziłoby Wykonawcę na szkodę, bowiem utrudniłoby Wykonawcy uzyskanie zamówień w przyszłości w ramach kolejnych postępowań. Wykonawca byłby zmuszony ponownie poszukiwać partnerów bizneso-

wych, negocjować warunki i ceny oferowanych przez nich produktów. Podejmowanie takich działań jest znacznie trudniejsze i czasochłonne. Nadto Wykonawca w cenie oferty musiałby skalkulować wyższe ryzyko realizacji zamówienia, bowiem rozpoczęcie współpracy z nowym partnerem biznesowym cechuje znacznie niższy poziom zaufania biznesowego niż w przypadku długoletniej, stałej współpracy z danym podmiotem. Nadto, w takim przypadku występują także znacznie niższe możliwości negocjacyjne w zakresie warunków i cen oferowanych produktów. Tym samym informacje zawarte w Wyjaśnieniach i załącznikach do Wyjaśnień stanowią dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Nieujawienie tych informacji spowoduje znaczne obniżenie kosztów Wykonawcy w postaci braku obowiązku poszukiwania nowych partnerów biznesowych, zachowanie wynegocjowanych cen i warunków dotychczasowej współpracy, co jednocześnie pozwoli na zachowanie potencjału konkurencyjnego Wykonawcy na rynku.

Informacje te stanowią także wartość organizacyjną i handlową, gdyż pozwalają ustalić poziom posiadanego przez Wykonawcę potencjału w danym sektorze i sytuacji finansowej Wykonawcy, tj. m.in. jakie produkty oferuje, z jakimi podmiotami współpracuje, jakiej wysokości i rodzaju upusty i rabaty otrzymuje, jakie są warunki współpracy z partnerami biznesowymi, jaki jest oczekiwany i osiągnięty przez Wykonawcę poziom cen (w tym upustów) za nabywane dostawy/usługi.

Informacje te odnoszą się zatem do sytuacji podmiotowej i finansowej Wykonawcy, co oznacza, że ich pozyskanie przez podmioty konkurencyjne może prowadzić do uzyskania przez nie nieuzasadnionej przewagi rynkowej. Informacje zawarte w Wyjaśnieniach i załącznikach do Wyjaśnień dostarczają informacji o współpracy Wykonawcy z innymi konkretnymi podmiotami oraz sytuacji finansowej Wykonawcy, w tym szczegółowych ustaleniach finansowych, przepływie środków finansowych między konkretnymi klientami/partnerami biznesowymi. Utrzymanie takich informacji w poufności decyduje zatem niewątpliwie o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy.

Wyjaśnieniach zawarte są dane dotyczące ofert i cen uzyskanych konkretnych partnerów biznesowych oraz zawieranych z nimi umów stanowią dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą (są podstawą funkcjonowania Wykonawcy na rynku). Ujawnienie tych informacji może bowiem znacznie wpłynąć na obniżenie potencjału konkurencyjnego Wykonawcy. Ujawnienie powyższych informacji umożliwiłoby podmiotom konkurencyjnym uzyskanie informacji o konkretnych potencjalnych nabywcach/odbiorcach/klientach, w tym wartości upustów i szczegółowych ustaleniach biznesowych co do cen konkretnych produktów nabywanych przez Wykonawcę, a tym samym mogłoby prowadzić do „wrogiego przejęcia” klientów lub partnerów biznesowych Wykonawcy, w szczególności poprzez oferowanie współpracy wyżej wskazanych podmiotom na lepszych warunkach finansowych niż Wykonawca lub ofe-

rowanie bardziej dogodnych warunków współpracy klientom i aktualnym partnerom biznesowym Wykonawcy.

Wartość gospodarcza informacji zawartych w Wyjaśnieniach i załącznikach do Wyjaśnień dla Wykonawcy polega również na tym, że ich odtajnienie podważyłoby wiarygodność Wykonawcy w oczach jego partnerów biznesowych, klientów oraz zaufanie partnerów do Wykonawcy w zakresie powierzanych mu informacji i dokumentów, utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dalszą współpracę w przyszłości. Ujawnienie tych informacji może zatem spowodować szkodę po stronie Wykonawcy, w postaci narażenia Wykonawcy na wysokiej wartości sankcje odszkodowawcze względem jego klientów i utratę partnerów biznesowych, co z kolei spowodowałoby szkodę dla Wykonawcy w postaci znacznego obniżenia jego potencjału i możliwości uzyskania zamówień w postępowaniach w danej branży. Ujawnienie poufnych informacji będzie miało zatem dla Wykonawcy daleko idące konsekwencje nie tylko finansowe, ale również biznesowe (w tym utratę zaufania klientów lub partnerów biznesowych i zakończenie współpracy), co może uniemożliwić Wykonawcy udział w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym uzyskanie wynagrodzenia z realizacji kolejnych zamówień.

Powyzsza okoliczność jest szczególnie istotna biorąc pod uwagę co najmniej kilka podobnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca może wziąć udział w najbliższej przyszłości. Biorąc pod uwagę fakt, że krąg wykonawców ubiegających się o zamówienia tego typu jest ograniczony i podobny w każdym kolejnym przetargu, ujawnienie szczegółowej kalkulacji ceny oferty znajdującej się w Wyjaśnieniach i załącznikach do Wyjaśnień podmiotom konkurencyjnym może znacząco obniżyć szansę Wykonawcy na uzyskanie kolejnych zamówień lub całkowicie uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia w kolejnych postępowaniach.

Możliwość, zasadność i skuteczność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji obejmujących wyjaśnienia ceny oferty, w tym kalkulację ceny oferty potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, między innymi w poniższych wyrokach:

- 1) Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2013 r., KIO 2602/13,
- 2) Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO 1039/17,
- 3) Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 495/14, KIO 507/14, KIO 508/14,
- 4) Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r., KIO 756/16,
- 5) Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. XIX Ga 167/07.

Z powyższych orzeczeń wynika jednoznacznie, że dotychczas analogiczne informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny oferty były traktowane przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz sądy powszechne jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Należy także wyraźnie podkreślić, że przedkładane przez Wykonawcę Wyjaśnienia i załączniki do Wyjaśnień stanowią wartość gospodarczą w postaci unikalnego zestawienia konkret-

nych elementów ceny oferty (dla konkretnego oferowanego rozwiązania) z podziałem na konkretne ceny wynegocjowane u konkretnych partnerów biznesowych, które Wykonawca uzyskał, skalkulował i przygotował specjalnie w celu wzięcia udziału w niniejszym Postępowaniu.

Informacje znajdujące się w dokumentach objętych niniejszym zastrzeżeniem nie są upubliczniane i nie znajdują się ani na stronie internetowej Wykonawcy, podmiotów udostępniających zasoby, ani partnerów biznesowych Wykonawcy. Wykonawca podkreśla także, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach i załącznikach do Wyjaśnień nie były ujawnione do wiadomości publicznej jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Wiedzę o warunkach współpracy, uzyskiwanych cenach, upustach i rabatach od partnerów biznesowych dla Wykonawcy miał ściśle określony, wąski krąg osób zaangażowanych w przygotowanie dokumentów do oferty na potrzeby niniejszego Postępowania oraz kadra finansowa i zarządcza, posiadająca odpowiednie upoważnienia.

Ceny jednostkowe poszczególnych elementów zamówienia i kalkulacja całkowitej ceny oferty stanowią istotne elementy oferty, co do którego żaden z uczestników rynku poza Wykonawcą (jego upoważnionymi pracownikami) nie ma powszechnego dostępu. Wysokość uzyskiwanych cen i upustów oraz negocjowanego wynagrodzenia zależy od szeregu okoliczności związanych z danym partnerem biznesowym, czy konkretnym przedmiotem zamówienia, które to okoliczności zostały szczegółowo opisane w Wyjaśnieniach i przedstawione w załącznikach do Wyjaśnień.

Wykonawca dokonał czasochłonnej analizy wielu parametrów produktów oraz rodzaju i zakresu usług dostępnych na rynku pod kątem spełnienia wszystkich wymagań postawionych przez Zamawiającego, skompletował zestaw urządzeń i oprogramowania, tj. rozwiązanie posiadające konkretne parametry i funkcjonalności. W tym zakresie wielokrotnie kontaktował się z podmiotami oferującymi konkretne produkty, rozwiązania i usługi oraz negocjował ceny w celu uzyskania najkorzystniejszej dla Wykonawcy oferty w zakresie konkretnego Zamówienia, co niewątpliwie stanowi know-how Wykonawcy, a tym samym niezwykle cenną wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Wyjaśnienia i załączniki do Wyjaśnień stanowią zatem kompilację potencjału Wykonawcy i sytuacji finansowej Wykonawcy, które stanowią o jego przewadze konkurencyjnej nad innymi wykonawcami. (swoistego know-how w tym zakresie). Jak już wskazywał wcześniej Wykonawca, nieujawnienie tych informacji spowoduje znaczne obniżenie kosztów Wykonawcy w postaci braku obowiązku poszukiwania nowych partnerów biznesowych, zachowanie wynegocjowanych cen i warunków dotychczasowej współpracy, co jednocześnie pozwoli na zachowanie potencjału konkurencyjnego Wykonawcy na rynku

W przypadku udostępnienia Wyjaśnień i załączników do Wyjaśnień podmioty konkurencyjne uzyskają gotowe, opracowane zestawienie konkretnych produktów, usług, partnerów biznesowych i przypisanych konkretnych wynegocjowanych cen przez Wykonawcę pod konkretne Zamówienie, których uzyskanie byłoby niemożliwe dla tych podmiotów lub bardzo utrudnione i czasochłonne. Ujawnienie Wyjaśnień i załączników do Wyjaśnień znacznie osłabiałoby pozycję i potencjał konkurencyjny Wykonawcy wobec innych podmiotów ubiegających się o udzielenie Zamówienia, a tym samym może narazić Wykonawcę na szkodę. Podmioty konkurencyjne bowiem pozyskują szczegółową wiedzę o możliwych do negocjowania warunkach, stawkach i cenach z konkretnymi podmiotami działającymi w danej branży, a tym samym będą mogły zweryfikować i zmodyfikować własny sposób kalkulacji ceny oferty w taki sposób, aby móc skutecznie obniżyć własną cenę oferty lub zaoferować partnerom biznesowym Wykonawcy lepsze warunki współpracy. Jednocześnie będzie oznaczało to obniżenie potencjału konkurencyjnego Wykonawcy w postępowaniach i znacznie mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia.

W związku z tym, że Wykonawca wykazuje, że ww. informacje stanowią dla niego wartość gospodarczą, w tym miejscu należy przywołać także stanowisko doktryny, gdzie wskazuje się, że „Wartość gospodarczą mają informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać również wszelkie informacje o wykonawcy, które w toku konkurencji mogą zachwiać pozycją wykonawcy w określonym segmencie rynku”. Dodatkowo należy podkreślić, że dostęp do konkretnych informacji zawartych w Wyjaśnieniach i załącznikach do Wyjaśnień nie jest ogólny, nieograniczony i możliwy dla każdego podmiotu bez uzasadnienia potrzeby wglądu w takie informacje. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że swoiste, przygotowane zestawienie konkretnych produktów, usług, elementów oferowanego rozwiązania oraz przypisanie im konkretnych cen stanowi informację już przetworzoną, która nie może być ujawniona jakiegokolwiek zainteresowanemu podmiotowi.

Jak wynika z treści art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (dalej jako: „UDIP”) każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu tej ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie tam określonych. Jednocześnie art. 3 ust. 1 pkt 1 UDIP określa ograniczenie prawa dostępu do informacji publicznej w zakresie w jakim informacja ta stanowi informację przetworzoną, bowiem dostęp do uzyskania informacji przetworzonej jest możliwy jedynie jeżeli jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego.

W doktrynie i orzecznictwie wypracowany został podział na informację prostą oraz informację przetworzoną, przy czym informacja prosta to informacja której zasadnicza treść nie ulega zmianie przed jej udostępnieniem.



Informacja przetworzona jest natomiast jakościowo nową informacją, nieistniejącą dotychczas w przyjętej ostatecznie treści i postaci, nawet jeżeli jej źródłem są materiały znajdujące się w posiadaniu zobowiązanego, bądź też informacją powstałą w wyniku zebrania lub zsumowania pojedynczych wiadomości, znajdujących się w posiadaniu zobowiązanego. Należy zatem zauważyć, że zestawienie wybranych, szczegółowych informacji dotyczących umów realizowanych przez Wykonawcę i podmioty trzecie nie stanowi informacji prostej, a informację przetworzoną. Zgodnie z jednym z wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie przetworzenie może bowiem polegać na wydobyciu poszczególnych informacji cząstkowych z posiadanych przez organ zbiorów dokumentów (które to zbiory mogą być prowadzone w sposób uniemożliwiający proste udostępnienie gromadzonych w nich danych) i odpowiednim ich przygotowaniu na potrzeby wnioskodawcy (opracowaniu nawet prostego zestawienia w tym zakresie). Tym samym również suma informacji prostych, w zależności od wiążącej się z ich pozyskaniem wysokości nakładów jakie musi ponieść organ, może być traktowana jako informacja przetworzona.

W wyroku WSA w Poznaniu wskazano natomiast, że „informacja przetworzona to taka informacja, na którą składa się określona liczba tzw. informacji prostych, podlegających jednak wyodrębnieniu w sposób dostosowany do żądania wnioskodawcy poprzez konieczność dokonania stosownych analiz, wyciągów bądź zestawień. Obok konieczności podjęcia określonych czynności w celu wyodrębnienia materiału źródłowego dla potrzeb stworzenia informacji przetworzonej, szczególnie istotnym czynnikiem uznania informacji za informację przetworzoną będzie intelektualny wysiłek podmiotu zobowiązanego, a właściwie jego zasobów kadrowych, związany z taką realizacją tych czynności, aby wytworzona informacja publiczna była zgodna z oczekiwaniem wnioskodawcy. Proces przetwarzania informacji prostych prowadzić musi przy tym do wyodrębnienia informacji publicznej o nowej treści, co oznacza że wytworzona informacja - w momencie złożenia wniosku - jeszcze nie istniała i powstała wyłącznie z inicjatywy osoby domagającej się jej udostępnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że w celu uzyskania takiego zestawienia informacji, jakie zostało ujęte w Wykazie usług, Wykazie robót budowlanych i referencjach dany podmiot musiałby domagać się uzyskania bardzo szczegółowych, konkretnych informacji oraz wykazać szczególnie istotny interes publiczny.

Przesłankę "szczególnej istotności dla interesu publicznego", określoną w art. 3 ust. 1 pkt 1 UDIP, należy uznać za wypełnioną w takiej sytuacji, w której pozyskanie określonej informacji i jej upublicznienie leży w interesie nie tylko wnioskodawcy, ale także innych obywateli.<sup>11</sup> W konsekwencji za informację szczególnie istotną dla interesu publicznego nie będzie mogła zostać uznana informacja, która nie służy ogólnie pojmowanemu dobru społecznemu, lecz tylko i wyłącznie realizacji indywidualnych (prywatnych) celów, nie mających związku z poprawą funkcjonowania Państwa, samorządów, wspólnot lokalnych, itp. Udostępnienie infor-

macji znajdujących się w zastrzeżonych Wykazach i referencjach podmiotom konkurencyjnym będzie służyło zatem jedynie realizacji ich indywidualnych celów, tj. pozyskania informacji o potencjale, zasobach i sytuacji finansowej Wykonawcy, a tym samym znacznego zwiększenia własnej przewagi konkurencyjnej, a nie miało za cel ogólnie pojmowanego dobra obywateli (szczególny interes publiczny).

Co istotne, takie rozumienie „informacji przetworzonej” i „szczególnej istotności dla interesu publicznego” funkcjonuje wśród wielu zamawiających, w tym Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako: „GDDKiA”). W jednej ze spraw prowadzonych przed WSA w Warszawie, w której uczestnikiem była GDDKiA sąd wskazał, że „w uzasadnieniu decyzji organ [GDDKiA – przyp. Odwołującego] wskazał, że w piśmie z dnia (...) czerwca 2018 r. skierowanym do organu, wnioskodawca nie udzielił merytorycznej odpowiedzi na pismo z dnia (...) czerwca 2018 r., odnoszącej się do wezwania do wykazania szczególnego interesu publicznego w uzyskaniu informacji przetworzonych wskazanych we wniosku z dnia (...) maja 2018 r. W ocenie organu wnioskodawca nie wykazał, jakiemu dobru uniwersalnemu ma służyć żądana przez niego informacja, tym samym nie wypełnił normy zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p., na podstawie której zobowiązany został do wykazania, że uzyskanie żądanych przez niego informacji jest szczególnie istotne dla interesu publicznego. GDDKiA stwierdził, że po przeprowadzeniu postępowania i wszechstronnym oraz wyczerpującym przeanalizowaniu okoliczności faktycznych i prawnych przedmiotowego wniosku, nie odnalazł przesłanek pozwalających na stwierdzenie, że udostępnienie wnioskowanej przetworzonej informacji publicznej jest szczególnie istotne dla interesu publicznego. Wyjaśnił przy tym, że kwalifikację danych określonych we wniosku z dnia (...) maja 2018 r., oparł na ustaleniu, iż zakres żądanych w tym wniosku informacji przekracza ramy normalnego sposobu korzystania z informacji publicznej, jako że stanowi przede wszystkim informację przetworzoną. Dalej organ wskazał, że przez pojęcie przetworzenia należy rozumieć wszystkie te działania podejmowane przez pracowników podmiotu zobowiązanego, które wymagają intelektualnego wkładu w celu stworzenia treści informacji. W tym ujęciu informacja przetworzona jest informacją nową, nieistniejącą dotychczas w przyjętej ostatecznie treści i postaci, chociaż jej źródłem są dokumenty (materiały) znajdujące się w posiadaniu zobowiązanego. Przetworzenie przybiera więc postać czynności wymagających gruntownych analiz dokumentów znajdujących się w posiadaniu zobowiązanego podmiotu, jak również takich, które sprowadzają się do sporządzenia różnego rodzaju porównań, a także zestawienia danych itp., które nie wynikają z działań sprawozdawczych, opracowanych na podstawie obowiązujących przepisów prawa. GDDKiA wskazał, że w doktrynie uważa się iż, informacja przetworzona to taka informacja, która została przygotowana „specjalnie” dla wnioskodawcy według wskazanych przez niego kryteriów. Taką informacją może być np. zestawienie umów z ostatnich kilku lat wraz ze wskazaniem wykonawców i kwot, jakie otrzymali za wykonane prace.”<sup>12</sup>

Niezaprzeczalnie zatem przedstawione przez Wykonawcę Wyjaśnienia i załączniki do Wyjaśnień obejmują swoim zakresem informacje, które stanowią istotną, nieocenioną wartość gospodarczą dla Wykonawcy.

Środki podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności

Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji i dokumentów, bowiem bez zachowania ich poufności nie mógłby skutecznie konkurować na wolnym rynku.

Wymagania bezpieczeństwa i zastosowanych środków zabezpieczeń odpowiadają wartości biznesowej oraz potencjałowi szkody dla działalności biznesowej, które mogłyby być wynikiem braku tych zabezpieczeń. Wykonawca podejmuje wszelkie właściwe kroki w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony własnych systemów informatycznych i informacji, mających istotne znaczenie dla interesów Wykonawcy, przed wszelkiego rodzaju zagrożeniami.

Wykonawca stosuje szereg zabezpieczeń o charakterze fizycznym i prawnym, które potwierdzają, że podejmuje on odpowiednie środki w celu zachowania zastrzeżonych informacji (dokumentów) w poufności.

Zastrzeżone informacje i dokumenty nie są upubliczniane i nie znajdują się na stronie internetowej Wykonawcy. Wiedzę o nich posiada określony, wąski krąg osób, a pracownicy Wykonawcy realizujący zamówienia podpisują zobowiązania o zachowaniu poufności.

Wykonawca posiada w swoim przedsiębiorstwie procedury gwarantujące zachowanie w poufności informacji i ograniczył do nich dostęp wyłącznie osobom posiadającym odpowiednie uprawnienia.

Odnosząc się do wyjaśnienia jakie działania zostały podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji, uprzejmie informuję, że Wykonawca stosuje procedury gwarantujące zachowanie poufności informacji i dostęp do nich wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia, których krąg ogranicza się tylko do osób zaangażowanych w przygotowanie oferty na potrzeby niniejszego Postępowania oraz kadrę finansową i zarządczą.

Wszyscy pracownicy Simplicity, bez względu na rodzaj umowy (na czas nieokreślony, na okres próbny, umowa zlecenie, umowa o dzieło, umowa o współpracę itd.) mają w umowie zawarte postanowienia dotyczące zachowania w poufności informacji dotyczących przedsiębiorstwa. Powyższe oświadczenie znajduje się w treści umowy zawieranej z wszystkimi pracownikami Wykonawcy przystępującymi do pracy. Osoby trzecie wykonujące prace na rzecz Wykonawcy, których rodzaj prac związany jest z dostępem do zasobów informacyjnych, zobowiązane są podpisać i złożyć u pracownika recepcji klauzulę poufności, za wyjątkiem sytuacji, gdy klauzula o dochoowaniu poufności informacji zawarta jest w umowie o współpracy.

W związku z powyższym każda z osób mająca do czynienia z informacjami poufnymi jest zobowiązana do zachowania poufności na podstawie oświadczenia o zachowaniu poufności zawartym w umowie o pracę zarówno podczas trwania stosunku pracy, jak i po jego rozwiązaniu lub w składanym oświadczeniu w postaci klauzuli poufności.

Na potwierdzenie powyższego Wykonawca wskazuje na fragment wzoru z klauzuli poufności, która stanowi treść umów zawieranych z osobami prowadzącymi działalność gospodarczą, działających w imieniu Simplicity, które mają dostęp do dokumentacji składającej się na ofertę Wykonawcy w Postępowaniu.

1. „Informacje Poufne” oznaczają wszelkie informacje lub dane dotyczące działalności Dającego zlecenie, w szczególności: informacje o klientach, zbiory korespondencji oraz inne informacje związane z klientami i firmami zewnętrznymi Dającego zlecenie, dokumentacje robocze, informacje koncepcyjne, technologiczne, techniczne, prawne, finansowe, organizacyjne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, w szczególności informacje niepubliczne, których ujawnienie mogłoby wpłynąć na sytuację rynkową Dającego zlecenie, a także informacje uzyskane w wyniku analizy lub przetworzenia dostarczonych informacji, niezależnie od sposobu ich ujawnienia Przyjmującemu zlecenie, zarówno przed, jak i po dacie niniejszej Umowy.

2. Agent zobowiązuje się zachować Informacje Poufne Dającego zlecenie w tajemnicy, w szczególności zaś zobowiązuje się do podjęcia w stosunku do nich wszelkich możliwych środków ostrożności, zapobiegających ich nieupoważnionemu ujawnieniu, kopiowaniu lub wykorzystaniu przez osoby trzecie.

3. Agent nie będzie wykorzystywał informacji w celach innych, niż dotyczące realizacji celu, dla którego została zawarta niniejsza Umowa, w szczególności we własnych projektach lub na rzecz osoby trzeciej.

4. Agent nie będzie rozpowszechniać jakichkolwiek informacji, a w szczególności Informacji Poufnych, których rozpowszechnianie mogłoby naruszyć imię lub interes Dającego zlecenie lub podmiotów z nim współpracujących.

5. Strony zgodnie ustalają, iż nie będą wykonywane żadne kopie lub reprodukcje Informacji Poufnych, chyba że ich wykonanie będzie niezbędne i zasadne do prawidłowego wykonania Umowy. W przypadku wykonania kopii lub reprodukcji, będą one stanowiły własność Dającego zlecenie. Wszelkie Informacje Poufne oraz ich kopie zostaną zwrócone Dającemu zlecenie niezwłocznie po ustaniu łączącego Strony stosunku, bądź po otrzymaniu przez Agenta pisemnego żądania zwrotu w/w dokumentów, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia otrzymania żądania lub ustania stosunku łączącego Strony.

6. Agent nie przekaze Informacji Poufnych, ani w całości ani w części, żadnej osobie trzeciej, w tym podmiotom współpracującym ze stroną ujawniającą oraz jej pracownikom w zakresie, w jakim nie będzie to niezbędne dla prawidłowego wykonania Umowy. Ponadto, Agent

oświadcza, że będzie wykorzystywał te informacje wyłącznie dla realizacji celu Umowy, oraz nie wykorzysta tych informacji, ani żadnej ich części, komercyjnie, w celach zarobkowych lub innych, bez uprzedniej pisemnej zgody Dającego zlecenie.

7. Agent zobowiązany jest do zachowania w tajemnicy Informacji poufnych zarówno w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy, jak również w okresie 5 lat po jej zakończeniu.

Wykonawca jako autoryzowany partner producenta Inspur jest także zobowiązany do przestrzegania standardów postępowania i praktyk biznesowych, w tym do zachowania poufności zgodnie z polityką Inspur. Naruszenie kodeksu postępowania Inspur przez partnera wiąże się z utratą zaufania. Wykonawca udostępniając informacje i dokumenty dotyczące szczegółowych warunków współpracy i cen ustalonych z Inspur może ponieść szkodę w postaci utraty zaufania do niego jako partnera IBM, a także utraty statusu partnera Inspur i możliwości dalszej współpracy na dotychczas wypracowanych zasadach. Obowiązek zachowania w poufności informacji otrzymanych przez Inspur wynika zarówno z treści Umowy o zachowaniu w poufności podpisanej przez Inspur, jak i samej treści oferty otrzymanej od producenta, która została oznaczona przez Inspur jako Confidential/Poufna.

g) The Buyer shall not disclose any Offer Information to any other persons or entities except for the Receiving Party's secret-related employee. If the behavior of the Receiving Party's former or current employees violates this Offer, it is assumed that the Receiving Party violate the provisions of this Offer.

h) If Simplicity discovers any unauthorized use of Information by any persons or entities, Simplicity shall immediately inform Inspur of such and fully cooperate with Inspur to regain possession of Information to prevent further dissemination. The Buyer shall be responsible for any breach of the confidentiality restrictions by herein by such employees and should compensate all the damages and relative expenses.

Wykonawca informuje zatem, że w odniesieniu do informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji, w szczególności poprzez: (1) nie rozpowszechnianie tych informacji na stronie internetowej Wykonawcy oraz w publikacjach i komunikatach kierowanych do mediów, (2) zobowiązanie w umowach z pracownikami i współpracownikami do zachowania poufności informacji dotyczących w szczególności planów i strategii handlowych, negocjowanych, zawieranych i realizowanych umowach z klientami, (3) zobowiązanie do zachowania poufności informacji dotyczących przygotowywanych ofert i wniosków, (4) zamieszczanie w umowach handlowych klauzul o obowiązku zachowania poufności informacji przekazywanych w związku ze realizowanymi umowami, (5) zastrzeżenie w uzasadnionych przypadkach jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert i wniosków składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienie publicznego, jak i konkursach.

Wykonawca oprócz odpowiednich kroków prawnych dba również o bezpieczeństwo fizyczne przetwarzanych informacji poprzez wdrożenie w swoich siedzibach Systemu Kontroli Dostępu zabezpieczającego przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich. Pracownicy mają obowiązek pozostawiania miejsca pracy w czystości (uporządkowania dokumentów oraz odpowiedniego ich zabezpieczenia po zakończeniu pracy) a także każdorazowego blokowania ekranu komputera po odejściu od stanowiska pracy

Wykonawca zatem oprócz odpowiednich kroków prawnych dba również o bezpieczeństwo fizyczne przetwarzanych informacji, poprzez ustanowienie odpowiednich środków technicznych i procesy ochrony danych oraz poprzez wdrożenie w swojej siedzibie Systemu Kontroli Dostępu zabezpieczającego przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich. Pracownicy mają obowiązek pozostawiania miejsca pracy w czystości (uporządkowania dokumentów oraz odpowiedniego ich zabezpieczenia po zakończeniu pracy) a także każdorazowego blokowania ekranu komputera po odejściu od stanowiska pracy.

W praktyce informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są chronione u Wykonawcy poprzez przechowywanie papierowych egzemplarzy dokumentów zawierających dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w pomieszczeniach, do których dostęp jest kontrolowany, jak i w formie elektronicznej poprzez umieszczenie informacji na nośnikach danych zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem za pomocą haseł, a także odpowiednim oprogramowaniem (antywirusowym, firewall).

Wobec powyższego należy stwierdzić, że informacje o których mowa powyżej ze względu na swoją treść mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz zważywszy, że Wykonawca jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji nie ujawnił ich do wiadomości publicznej, a także z zachowaniem należytej staranności podjął kroki zmierzające do zachowania ich w tajemnicy, należy stwierdzić, że utajnienie tych informacji jest uzasadnione w świetle art. 18 ust. 3 PZP.

Jednocześnie Wykonawca zwraca uwagę na treść art. 18 ust. 3 zdanie pierwsze PZP, a tym samym obowiązek Wykonawcy do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie udowodnienia. Nie można zatem twierdzić, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia dowodów, na co wskazuje literalne brzmienie art. 18 ust. 3 PZP, który nie stanowi o „udowodnieniu”, a jedynie o „wykazaniu” i nie można nakładać na wykonawcę dalej idących obowiązków niż to wynika z treści przepisu (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 30 marca 2018 r., sygn. KIO 496/18). Ustawodawca w powyższym przepisie odróżnia pojęcie „wykazania” od „udowodnienia”, a zatem umożliwia stronom postępowania skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie załączonych do oferty wyjaśnień w tym zakresie, bez konieczności przedkładania dowodów potwierdzających treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębior-

stwa nie jest zobowiązany do przedkładania dowodów dla wykazania okoliczności posiadania waloru tajemnicy przedsiębiorstwa przez informacje, którym walor ten przypisuje.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, „wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest zobowiązany do przedkładania dowodów dla wykazania okoliczności posiadania charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa przez informacje, którym walor ten przypisuje. (...) nie sposób uznać, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia dowodów, na co wskazuje literalne brzmienie art. 8 ust. 3 p.z.p., który nie stanowi o udowodnieniu, a jedynie wykazaniu i nie można nakładać na wykonawcę dalej idących obowiązków niż to wynika z treści przepisu.”<sup>13</sup>. Powyższe potwierdza także wyrok KIO z dnia 3 marca 2020 r. gdzie wskazano, że „Wykazania nie należy jednoznacznie utożsamiać z udowodnieniem, gdyż sama ustawa posługuje się tymi dwoma określeniami i należy przyjąć, że na potrzeby stosowania ZamPublU można założyć podobieństwo tych określeń, ale nie można ich używać zamiennie. Samo natomiast wykazanie może wynikać z samej argumentacji zawartej w wyjaśnieniach, szczególnie, że przedstawienie dowodów może być niemożliwe.”<sup>14</sup>

Istotny w tym kontekście jest także wyrok KIO wydany w dniu 12 czerwca 2017 r. (sygn. KIO 1015/17).

Dodatkowo, Wykonawca wyraża wolę zachowania przedmiotowych informacji w poufności czego przejawem jest ich zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślenia wymaga fakt, iż zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00) "tajemnica" nie traci swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie. Do takich osób można przykładowo zaliczyć pracowników i współpracowników Wykonawcy, czy też przedstawicieli podmiotów posiadających status zamawiających na gruncie ustawy – PZP lub kontrahentów Wykonawcy, którzy mogli powziąć wiedzę objętą tajemnicą przedsiębiorstwa jednak są zobowiązani do zachowania jej w poufności na podstawie klauzul o poufności zawartych w umowach z kontrahentami prywatnymi bądź też w przypadku podmiotów publicznych na mocy objęcia takich informacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Prawidłowość interpretacji powyższych działań, że Wykonawca podejmuje stosowne kroki w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji, potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r. (KIO 1195/11) w którym wskazano, że „do działań podejmowanych w celu zachowania w poufności informacji można zaliczyć przykładowo: klauzule umowne, zawarte zobowiązania do ochrony informacji stanowiących tajemnicę innych podmiotów, wewnętrzne regulaminy”.

Z wyjaśnień ceny rażąco niskiej Simplicity oraz załączonych do niej dowodów Izba ustaliła, że w pkt. 1.1.2, 1.1.3 i 2.1 wykonawca podał charakter zastrzeganych danych związanych z oferta Inspur oraz wartość gospodarczą zastrzeganej w tym zakresie informacji, w pkt. 1.1.2, 1.1.3 oraz 2.2. podał informacje dotyczące kształtowania wynagrodzeń oraz organizacji pra-

cy i zakresu zadań przydzielanych poszczególnym specjalistom w związku z przewidywaną realizacją zamówienia, a także zakładaną czasochłonność, co w ocenie Izby odpowiada informacjom o charakterze organizacyjnym. Wartość gospodarcza informacji w ujęciu procentowym, ale także w postaci przewagi konkurencyjnej został jednoznacznie określona w tiret 1,2 i 4 oświadczenia Insur, zaś fakt, że Simplicity został zobowiązany do zachowania poufności potwierdza lit. h oferty Inspur.

W dniu 5 września 2022 r. wykonawca IT Solution Factor wyjaśnił, zaoferował realny dla Wykonawcy do wykonania termin wynikający ze wskazanych w SWZ terminów wykonania poszczególnych zadań, poparty doświadczeniem Wykonawcy w realizacji podobnych zamówień.

Zgodnie z ofertą 8 dni roboczych ma obejmować jedynie wykonanie czynności wchodzących w zakres Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego.

Jakie czynności wchodzi w zakres powyższej dostawy i wdrożenia - zostało zdefiniowane we wzorze umowy § 2 pkt. 2 w związku z w § 1 ust. 1 pkt 1, 2, 4) wzoru umowy i obejmują:

1) § 2 pkt. 2 wzoru umowy:

„2. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1, 2, 4) w terminie do ..... Dni roboczych (termin stanowi kryterium oceny ofert, zgodnie ze złożoną ofertą do 65 dni roboczych) od dnia zawarcia Umowy.” 2) § 1 ust. 1 pkt 1, 2, 4) wzoru umowy:

- 1) dostawa wraz z rozładunkiem serwerów stelażowych wraz z oprogramowaniem: a) 10 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.1)\_GPU,  
b) 40 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)\_ESX,  
c) 3 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.3)\_ORA,  
d) 11 szt. serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.4)\_BKP; zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 Rozdział III;
- 2) wdrożenie zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 w Rozdział III;
- 4) wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 w Rozdział IV z zastrzeżeniem § 2 ust. 3.

Jak widać powyżej zaoferowany termin 8 dni roboczych: miał wyłącznie uwzględniać dostawę z rozładunkiem, wdrożenie zgodnie z wymaganiami w z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 Rozdział III oraz wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 w Rozdział IV.

Czyli, wyłącznie prace określone powyżej, w tym określone wyłącznie w rozdziałach załącznika nr 1 III i IV mogą być rozliczane w tym kryterium oceny ofert.



Nie mogą być rozliczane przez zamawiającego prace w tym kryterium oceny ofert, których: Wykonawca ma wykonać w innych terminach przy okazji wykonywania innych zadań (a które są określone we wzorze umowy, OPZ) - na przykład są określone w rozdziale V załącznika nr 1, czyli są przeznaczone później do wykonania.

4W żadnej z powyższych definicji (zacytowanych precyzyjnie powyżej w punkcie 2) nie ma wymogu, żeby zaoferowany w kryterium termin miał uwzględniać testy Zamawiającego opisane w rozdziale V załącznika nr 1 - Procedura odbiorów, a które to czynności - Zamawiający omyłkowo zamieścił w swoim wezwaniu do Wykonawcy.

W wyjaśnienia do SWZ z dnia 03.08.2022 r. na pytanie 1 również nie rozszerzyły obowiązku uwzględnienia testów odbiorowych z Rozdziału V Załącznika nr 1 w trakcie terminu zadeklarowanego w ofercie – na który Wykonawca zadeklarował 8 dni roboczych.

W rezultacie, wyłącznie czynności do wykonania z rozdziału III i IV, a nie rozdziału V - z załącznika nr 1 mogą być rozliczane w kryterium oceny ofert.

Propozycja zawarta w piśmie Zamawiającego o rzekomej konieczności uwzględnienia w oferowanym w kryterium pozacenowym terminie czynności do wykonania określonych w Rozdziale V załącznika 1

– na przykład testów akceptacyjnych, na których przeprowadzenie Zamawiający ma 5 dni roboczych jest niezasadne i sprzeczne z postanowieniami SWZ.

SWZ jest jasno opisany i Zamawiający nie może rozszerzać jego zakresu po jego opublikowaniu i rozliczać oferty Wykonawcy z wymogów, których nie postawił w SWZ. Ewentualne błędne opisanie SWZ nie powinno wpływać na negatywną ocenę oferty Wykonawcy.

Zgodnie ze wszystkimi wymaganiami SWZ Wykonawca zaoferował termin realizacji zadań opisanych w § 1 ust. 1 pkt 1, 2, 4) wzoru umowy zgodnie z poniższym podziałem.

1) Część prac będzie wykonywana równolegle, ponieważ nie ma na to zakazu w umowie ani innych dokumentach.

2) Zgodnie z oświadczeniami i zobowiązaniami już przed zawarciem umowy z Zamawiającym, potrzebny do dostarczenia:

A) sprzęt - będzie przebywał na terenie Polski w magazynach dystrybutora i będzie gotowy do dostarczenia już w dniu podpisania umowy przez Wykonawcę.

B) oprogramowanie (licencje), które trzeba dostarczyć, również będą wcześniej, już przed zawarciem umowy z Państwem – uzgodnione i przygotowane do dostarczenia i będą gotowe do dostarczenia już w dniu podpisania umowy przez Wykonawcę z Państwem.

C) podobnie inne świadczenia: usługi, które mają wykonać specjaliści – będą zorganizowani i gotowi do świadczeń już od dnia zawarcia Umowy z Państwem

3) Poniżej przedstawił plan w podziale na roboczodni na poszczególne zadania. Ważne dla obliczeń terminów jest fakt zgodnych z umową świadczeń. Nie zakładał, ponieważ nie

miął takiego obowiązku - konieczności poprawek dla poszczególnych zadań, ponieważ Wykonawca nie jest zobligowany do zakładania, że popełni błąd.

Przypominając - prace, które ma Wykonawca wykonać w terminie 8 dni roboczych, a które są oceniane w kryterium oceny ofert - są wskazane w § 2 pkt. 2 w związku z w § 1 ust. 1 pkt 1, 2, 4) wzoru umowy (zacytowane wyżej).

Ad 1) dostawa wraz z rozładunkiem serwerów stelażowych wraz z oprogramowaniem: (...) zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 Rozdział III

Rozdział III pkt „Wymagania w zakresie dostawy, instalacji i wdrożenia” zawiera wymogi w odnośnie dostawy w pkt: „1. Wymagania w zakresie dostawy” w pkt 1.1 - 1.6 i:

1) W dniu podpisania umowy z zamawiającym będziemy posiadali sprzęt z oprogramowaniem na magazynie z możliwością niezwłocznej dostawy

2) Zgodnie z pkt 1.3 rozdziału III musimy wliczyć 2 dniowe wyprzedzenie przed rozpoczęciem dostawy

„1.3. Przed rozpoczęciem dostaw, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu (...) z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem powiadomienie (...)”

3) Tym samym, gdyby przykładowo umowa była podpisana 10 października 2022 r. (poniedziałek), Zamawiający otrzyma w dniu 11 października (wtorek) od Wykonawcy zawiadomienie o dostawie, która nastąpi 13-14 października (czwartek-piątek), czyli zachowamy termin: 2 dniowego wyprzedzenia.

4) Wszystkie czynności określone w tym rozdziale III związane z dostawą wykonamy w terminie 2 dni (przykładowo: 13.10-14.10: czwartek-piątek), a biorąc pod uwagę obowiązek wysłania powiadomienia, w przykładzie powyżej – wykonanie czynności składających się na tę część zadania - nastąpiłoby już 14 października 2022 r.

Ad 2) wdrożenie zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 w Rozdział III – czynności, które należy wykonać w ramach tego wdrożenia zostały określone w punkcie: „2. Wymagania w zakresie instalacji i wdrożenia” i:

1) W pkt 2.1-2.8 tego rozdziału opisano czynności do wykonania przez wykonawcę, w tym: testy określone w ust. 2.6 i 2.7 (są to testy do wykonania przez Wykonawcę, a nie przez Zamawiającego) 2) Zwracamy uwagę na bardzo ważny punkt 2.5:

„2.5. Wykonawca zobowiązany jest do zakończenia wdrożenia i dostarczenia dokumentacji powykonawczej przed przystąpieniem przez Zamawiającego do wykonaniu odbioru technicznego sprzętu.”

Jest to ważny punkt, ponieważ określa on co się dzieje z momentem zakończenia wdrożenia przez Wykonawcę:

A) Proszę zwrócić uwagę na wyrazy: „zakończenie wdrożenia” – co oznacza, że zakończenie wdrożenia następuje zanim Zamawiający przystąpi do swoich odbiorów (proszę zwrócić uwagę na wyrazy „przed przystąpieniem przez Zamawiającego (...)”)

B) po zakończeniu wdrożenia – Wykonawca przekazuje Zamawiającemu dokumentację powykonawczą

C) po zakończeniu wdrożenia i przekazaniu dokumentacji powykonawczej – następuje rozpoczęcie przez Zamawiającego odbioru technicznego. Zwracamy uwagę, że przystąpienie przez Zamawiającego do wykonania odbioru technicznego - to już nie są czynności, które są wliczane do zadań do wykonania przez Wykonawcę w terminie 8 dni roboczych ocenianych w kryterium oceny ofert

3) Proszę zwrócić uwagę na punkt 2.7:

„Wykonawca co najmniej na 3 Dni Robocze przed przystąpieniem do prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu Środowiska Zamawiającego, zobowiązany jest zgłosić potrzebę wyznaczenia okna serwisowego.

Według wiedzy na etapie postępowania (wynikającej z SWZ, OPZ, wyjaśnień) - nie ma pewności, czy te 3 dni robocze trzeba również doliczyć do obliczania terminów czy nie.

Wykonawca z ostrożności doliczył te 3 dni robocze (czyli przewidział, że zgłoszenie nastąpi w ramach 8 dni roboczych), ale zrobił tak z ostrożności, bo nie jest pewne, czy do obliczenia terminu w kryterium oceny ofert, trzeba było je wliczyć, bo może nie będzie potrzeby wykonania prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu środowiska Zamawiającego. Można tak przypuszczać, ale nie ma pewności, zależy to od uzgodnień, specyfiki konkretnych prac. itd.

4) Tym samym, gdyby przykładowo umowa była podpisana 10 października (poniedziałek), i biorąc z ostrożności hipotetyczny obowiązek z pkt 2.7 powyżej – zawiadomienia Zamawiającego z 3 dniowym (dni robocze) wyprzedzeniem - to oznacza, że:

A) Zawiadomienie z pkt 2.7 Zamawiający otrzyma w dniu 12 października (środa) i Wykonawca wyznaczy okno serwisowe na dzień 17-19 października (poniedziałek-środa)

B) możemy wykonać wszystkie usługi, które ten rozdział przypisuje do wykonania Wykonawcy w dniu 17-19 października 2022 r. (poniedziałek-środa)

5) Wszystkie czynności określone w tym rozdziale wykonamy w odpowiednim i planujemy poświęcić na to zadanie pracę wielu specjalistów, którzy wielokrotnie wykonywali już tego typu zadania, co powoduje, że zakończenie tego zadania w tym czasie jest możliwe.

Ad 4) wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi Załączniku nr 1 w Rozdział IV z zastrzeżeniem § 2 ust. 3, określone są czynności do wykonania:

1) Przekazanie projektu technicznego zgodnie z pkt 1:

„Przed przystąpieniem do dostawy (a w terminie do 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy) Wykonawca opracuje i przekaże Zamawiającemu Projekt Techniczny Wdrożenia zawierający co najmniej informacje, o których mowa w Załączniku nr 10 do Umowy.”

W postanowieniu jest określone „do” – czyli możemy spełnić to świadczenie wcześniej (czyli wcześniej przekazać projekt techniczny)

Zgodnie z art. 457 Kodeks cywilny: „Termin spełnienia świadczenia oznaczony przez czynność prawną poczytuje się w razie wątpliwości za zastrzeżony na korzyść dłużnika.” – to jest Wykonawca ma prawo spełniać świadczenia wcześniej.

Przewidzieliśmy, że prześlemy Zamawiającemu Projekt Techniczny, w naszym przykładzie powyżej, najpóźniej 11 października.

Projekt techniczny wykonamy: stosując nasz przykład: w terminie pomiędzy 10-11 października 2022 r., prześlemy Zamawiającemu 11 października. Planujemy poświęcić na to zadanie pracę wielu specjalistów, którzy wielokrotnie wykonywali już tego typu zadania, co powoduje, że zakończenie tego zadania w tym czasie jest możliwe.

2) Zamawiający ma prawo zgodnie z pkt IV.2: „Zamawiający w terminie do 3 dni roboczych od przedstawienia Projektu Technicznego przez Wykonawcę dokona odbioru dokumentacji potwierdzone Protokołem Odbioru Produktu lub zgłosi Wykonawcy uwagi.” – i uwzględniliśmy te dni, które ma Zamawiający na odbiór projektu technicznego, z uwagi na pkt 3.4 tego rozdziału (o czym niżej) do harmonogramu, przy czym zakładamy, że nasz projekt techniczny nie będzie miał uwag od Zamawiającego, ponieważ nie mamy obowiązku zakładać, że prześlemy wadliwy projekt techniczny.

Zakładamy zgodnie z rozsądkiem i prawem, że prześlemy zgodny z umową, bez wad projekt techniczny i nie będzie uwag Zamawiającego do niego. Z tego powodu nie musimy uwzględniać do naszych terminu punktu potencjalnych kolejnych 2 dni roboczych, przewidzianych na potencjalne czynności nieuwzględniania uwag Zamawiającego (o czym jest w punkcie, który brzmi: „Wykonawca ma obowiązek uwzględnić uwagi Zamawiającego lub uzasadnić ich nieuwzględnienie w terminie do 2 Dni roboczych od daty przesłania uwag.”).

Z ostrożności wskazujemy, że gdyby Zamawiający miał uwagi, to uwzględnimy je tego samego dnia, w którym je otrzymamy (przykładowo: tu 14.10), co powoduje, że nie musimy doliczać kolejnych dni.

W naszym przykładzie najpóźniej Projekt Techniczny będzie zatwierdzony z upływem 14 października (piątek), niezależnie od tego czy Zamawiający wniesie czy nie wniesie uwag.

3) Zgodnie z pkt 3.4 rozdziału IV

„Podstawą do rozpoczęcia wdrożenia jest zaakceptowany przez Zamawiającego Projekt Techniczny”

Ten punkt jest ważny, ponieważ oznacza, że w przykładowym dla pokazania obrazu obliczania terminów: możemy już 17 października (poniedziałek) zacząć wdrożenie, to jest czynności z rozdziału III pkt 2, o czym pisaliśmy wyżej.

4) Proszę zwrócić uwagę, znowu, na bardzo ważny punkt w rozdziale IV 6:

„Po zakończeniu wdrożenia w tym instalacji i konfiguracji Sprzętu Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dokumentację powykonawczą”

Oznacza on, że jak Wykonawca skończył wdrożenie: to przekazuje Zamawiającemu dokumentację powykonawczą.

Ściśle mówiąc: wyłącznie do tego dnia (w którym następuje przekazanie dokumentacji powykonawczej) Zamawiający może rozliczać Wykonawcę w kryterium oceny ofert. Jest to zupełnie jasne, jak się popatrzy na dokładny zakres, który może Zamawiający rozliczać przy ocenie 8 dni roboczych – co wskazaliśmy na początku pisma.

W naszym przykładzie skończymy wdrożenie w dniu 19 października i prześlemy Zamawiającemu dokumentację powykonawczą w dniu 19 października (środa).

To znaczy, że zmieściliśmy się w 8 dniach roboczych i mamy nawet 1 dzień roboczy zapasu (20.10 – czwartek).

Wykonawca nie miał obowiązku wliczać do swoich 8 dni roboczych czynności z rozdziału V załącznika, który opisuje czynności Zamawiającego do wykonania:

1) Łatwo to stwierdzić czytając co wchodzi w zakres czynności do wykonania w rozdziale V:

„1. Po dokonaniu odbioru Projektu Technicznego Wdrożenia sporządza się Protokół Odbioru Produktu, którego wzór stanowi Załącznik nr 5 do Umowy.”

To znaczy: protokół odbioru sporządza się już po dokonaniu odbioru projektu technicznego i ten protokół stanowi jedynie pokwitowanie.

Pokwitowanie w myśl art. 461 i następnego kc, to jedynie dokument potwierdzający fakt wykonania świadczenia.

Wykonawca nie musi wliczać do swoich czynności czasu na sporządzenie tego pokwitowania (protokołu), a gdyby w ocenie Zamawiającego powinien, co naszym zdaniem jest niezasadne, i stwierdzamy to jedynie z ostrożności - to w naszym przykładzie – przedstawilibyśmy to pokwitowanie (protokół) w dniu 14 października (piątek).

2) Podobne uwagi są do pkt 2 rozdziału V, z tym, że tam już opisano wyłącznie czynność Zamawiającego, więc Wykonawca nie musi jej wliczać do swoich terminów ocenianych w kryterium oceny ofert.

3) Pkt 3 rozdziału V: „Po dokonaniu odbioru ilościowego bez zastrzeżeń, Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia prac związanych z Wdrożeniem dostarczonego Sprzętu.” Zgodnie z podanymi informacjami, w podanym przykładzie odbiór ilościowy nastąpi w dniu 14 października.

4) Tym samym rozpoczniemy wdrożenie po odbiorze ilościowym, ale biorąc pod uwagę konieczność rozpoczęcia wdrożenia po odbiorze projektu technicznego – wdrożenie wykonamy w naszym przykładzie 17-19 października (poniedziałek – środa). 5) Wskazujemy na bardzo ważny punkt 4 rozdziału V

„Po poinformowaniu Zamawiającego przez Wykonawcę o zakończeniu prac i swojej gotowości do odbioru wdrożenia, w następnym dniu roboczym Zamawiający przystąpi do odbioru prac wdrożeniowych (...).

Proszę rozróżnić 2 rzeczy:

A) Gdy Wykonawca zakończy prace, z których może być rozliczany w ramach kryterium oceny ofert 8 dniu roboczym, to jest w naszym przykładzie w dniu 19 października.

B) to Zamawiający przystępuje do odbioru prac wdrożeniowych – a to już nie są nasze czynności, z których możemy być rozliczani w ramach kryterium oceny ofert: do realizacji w ramach 8 dni roboczych.

6) Podobne uwagi dotyczą następnych punktów. Zwracamy jedynie uwagę ponownie jedynie, że czym innym jest:

A) Sprawdzanie przez Zamawiającego jakości świadczenia czy podpisanie protokołu przez Zamawiającego

B) a czym innym są zadania i terminy, które ma Wykonawca w terminie 8 dni roboczych, z których jest rozliczany.

Protokół to pokwitowanie, potwierdzenie oceny Zamawiającego i podstawa do wystawienia faktury.

Sprawdzanie to są czynności Zamawiającego, a nie Wykonawcy.

Nie wliczamy, bo nie mamy takiego obowiązku prawnego, do obliczeń terminu na wykonanie prac w kryterium oceny ofert, czynności z rozdziału V, które ma wykonać Zamawiający.

W rezultacie, możemy też przedstawić nasze czynności w postaci takiej tabeli – zakładając dla przykładu zawarcie umowy 10.10.2022 r.

Wykonawca zapewnił 1 dzień zapasowy na ewentualne przesunięcia

Zgodnie z ofertą mamy czas do 20.10.2022 r., to jest w naszym przykładzie: do czwartku (to 8 dzień roboczy licząc od dnia podpisania umowy; nie wliczamy soboty i niedzieli do obliczania terminu).

Jak widać w powyższej odpowiedzi Wykonawca zaadresował wszystkie wymagane przez SWZ terminy na wykonanie poszczególnych zadań i termin 8 dni roboczych w pełni odpowiada wszystkim wskazanym pracom we wzorze umowy (gdzie zostanie wpisany zgodnie z opisem PPU). Jest terminem realnym oraz poprawnym ze względu na wszystkie opisane wymagania.

Dowody złożone przez IT Solution Factor:

- dokumentacja techniczna HPE Proliant DL385 G10 Plus v2 wersja 13 z 13 czerwca 2022, wersja 14 z dnia 15 sierpnia 2022 i wersja 15 z dnia 6 września 2022 r.

Izba porównała przedstawione przez odwołującego strony tych dokumentacji i ustaliła, co następuje:

Str. 1 – brak różnic w dokumentacjach,

Str. 2 – brak różnic w dokumentacjach w pkt 10 jest przedstawiony OCO 3.0 slot,

Str. 10 – brak różnic w dokumentacji w Interfaces – Network Ports None. Choice of OCP or stand up card

Str. 44-45 wersja 13, str. 46-47 wersja 14 i 46-47 wersja 15 różnią się tylko jednym OCP Adapters w wersji 13 jest BCM 5719 1 Gb 4 p BASE-T OCP Adapter, a w pozostałych Broadcom BCM 5719 Ethernet 1 Gb 4-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE

Str. 63-64 wersja 13, str. 65-66 wersja 14 i str. 67-68 wersja 15 dotyczą podsumowania zmian oraz daty publikacji dokumentacji

Z dowodu dotyczącego wyciągu z dokumentacji dla HPE Proliant DL20 Gen 10 Plus Server wynika, że w interfejsach podano – Interfaces Network ports: 2x1GbE embedded NIC (standard on all chassis types), w tłumaczeniu odwołującego : Porty sieciowe: 2 wbudowane karty sieciowe 1 GbE (standard we wszystkich typach obudów)

Dowód Symmetry:

Z wyciągu ze specyfikacji na dostawę 4 przełączników (directorów) SAN wyposażonych w 4 karty FC64-48 obsadzone wkładkami SFP+ 64 Gb/s z gwarancją, instalacją, konfiguracją i integracją, przeszkoleniem, sporządzeniem dokumentacji znak sprawy PN/60/22/HSKU wynika, że w pkt. 20.1.2 zamawiający przewidział:

**Kryterium „Termin wykonania przedmiotu Umowy” (T):**

Kryterium „Termin wykonania przedmiotu Umowy” będzie rozpatrywane na podstawie terminu: dostawy, instalacji, konfiguracji i integracji Sprzętu, przeprowadzenia przeszkolenia oraz dostarczenia dokumentacji. Termin ten zostanie podany przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym. W ramach kryterium „Termin wykonania przedmiotu Umowy” Wykonawca może uzyskać maksymalnie 40 pkt.

UWAGA:

Wykonawca deklarując „Termin wykonania przedmiotu Umowy” zobowiązany jest uwzględnić czas niezbędny na wykonanie wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, w tym terminów podanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiący Załącznik nr 1 do PPU. Ponadto „Termin wykonania przedmiotu Umowy” uwzględniać musi minimalny czas niezbędny na przeprowadzenie odbiorów przez Zamawiającego zakończonych podpisaniem bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Końcowego.

Maksymalny „Termin wykonania przedmiotu Umowy” nie może być dłuższy niż 40 dni.

Zamawiający ofercie o najkrótszym terminie dostawy spośród ofert ocenianych przyzna 40 punktów, a każdej następnej zostanie przyporządkowana liczba punktów proporcjonalnie mniejsza, według wzoru:

$$T = T_{min} / T_{oceniana} \times 40,00$$

**T** - liczba punktów w kryterium „Termin wykonania przedmiotu Umowy”

**T<sub>min</sub>** – najkrótszy zaoferowany „Termin wykonania przedmiotu Umowy”  
spośród złożonych ofert Wykonawców

**T oceniana** – zaoferowany „Termin wykonania przedmiotu Umowy” wskazany w ocenianej ofercie

Z harmonogramu projektu wynika, że Symmetry przewidział:

Podpisanie umowy : liczba osób 1, dzień rozpoczęcia 1, czas trwania 1

Przekazanie Projektu Technicznego – Rozdział IV. Pkt. 1 (bazując na doświadczeniu z podobnych dostaw u tego klienta projekt techniczny zostanie sporządzony przed podpisaniem umowy) liczba osób 2, dzień rozpoczęcia 1, czas trwania 1

Zgłoszenie o dostawie – Rozdział III., pkt. 1, ust. 1.3. ( z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem) liczba osób 1, dzień rozpoczęcia 1, czas trwania 1

Dostawa sprzętu (dwa dni po zgłoszeniu) liczba osób 4, dzień rozpoczęcia 3, czas trwania 1

Odbiór ilościowy potwierdzony podpisaniem Protokołu Odbioru Ilościowego – Rozdział V pkt. 2 ( następuje w dniu dostawy) liczba osób 1, dzień rozpoczęcia 3, czas trwania 1

Odbiór dokumentacji (Projektu Technicznego) potwierdzony Protokołem Odbioru Produktu – Rozdział IV pkt 2 (do 3 dni roboczych po przedstawieniu projektu technicznego) liczba osób 1, dzień rozpoczęcia 4, czas trwania 1

Wdrożenie – Rozdział II, pkt. 2 ust. 2.4. - liczba osób 6, dzień rozpoczęcia 5, czas trwania 3

Zakończenie prac i zgłoszenie gotowości odbioru – rozdział V pkt. 4 liczba osób 1, dzień rozpoczęcia 7, czas trwania 1

Dostarczenie dokumentacji powykonawczej – Rozdział III pkt 2 ust. 2.5 (aktualizacja projektu technicznego) liczba osób 2, dzień rozpoczęcia 7, czas trwania 1

Przystąpienie Zamawiającego do odbioru prac wdrożeniowych. Rozpoczęcie testów akceptacyjnych – Rozdział V pkt 4 ( w następnym dniu roboczym po zakończeniu prac wdrożeniowych i zgłoszeniu gotowości odbioru) liczba osób 2, dzień rozpoczęcia 8, czas trwania 1

Podpisanie Protokołu Odbioru Wdrożenia – Rozdział V pkt 4 (w terminie do 5 dni roboczych od rozpoczęcia testów) liczba osób 1, dzień rozpoczęcia 8, czas trwania 5

Dowód MBA:

Oświadczenie Enicom, z którego wynika, że ta firma specjalizuje się w dostawach i wdrożeniach sprzętu enterprise, w tym serwerów DELL, które to doświadczenie pozwala na wykonywanie instalacji i konfiguracji w możliwie najkrótszym czasie. Firma posiada doświadczenie w montażu serwerów u zamawiającego, gdzie wykonywała już wdrożenia serwerów marki Dell na zlecenie MBA System i Komputronik Biznes. Firma po analizie postanowień SWZ Tom III i Tom II oświadczyła, że :



Czynności konieczne do wykonania:

1. rozpakowanie 64 serwerów wraz z usunięciem opakowań,
2. dokonanie pomiarów odległości pomiędzy poszczególnymi szafami w celu przygotowania dedykowanego okablowania odpowiedniej długości – łącznie 768 kabli
3. oznaczenie etykietami okablowania oraz rozmieszczenie LAN oraz SAN między szafami rack (podłoga techniczna nie pozwala na szybkie prace przy ogólnie działającym pozostałej infrastrukturze klienta średnio 8 kabli krzyżowo/redundantnie między serwerami i SAN używając okablowania LAN/FC)
4. montaż 64 serwerów w szafach (średnio instalacja jednego serwera zajmuje minimum 45 minut)
5. przetestowanie połączeń kablowych
6. konfiguracja infrastruktury SAN/LAN
7. integracja serwerów z oprogramowaniem do zarządzania serwerami oraz infrastrukturą zarządzającą
8. uruchomienie serwerów
9. przetestowanie pracy serwerów, w tym weryfikacja czy serwery mają odpowiedni przepływ powietrza w celu uniknięcia przegrzania

oraz czynniki u zamawiającego:

10. pomieszczenie techniczne przygotowane do 4 osób
11. mała rampa do rozładunku, rozładunek ręczny
12. konieczność użycia wózków technicznych akumulatorowych do przewożenia serwerów (ilość wózków jest ograniczona)

Firma oświadczyła, że według jej najlepszej wiedzy oraz doświadczenia nie ma fizycznie możliwości wykonania wdrożenia 64 serwerów, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, w czasie krótszym niż 5 dni roboczych. 5 - dniowy termin realizacji jest terminem minimalnym, biorąc pod uwagę zakres obowiązków po stronie wykonawcy oraz uwarunkowania po stronie zamawiającego, a jego dotrzymanie będzie wymagało maksymalnego zaangażowania po stronie wykonawcy realizującego umowę

Dowód przystępującego Simplicity:

Izba ustaliła, że dowód przedstawiony przez przystępującego to w rzeczywistości jego stanowisko procesowe dotyczące portów zintegrowanych z płytą główną. Przystępujący stawia, a następnie wyjaśnia tezę, że porty zintegrowane z płytą główną oznaczają porty zamocowane bezpośrednio na płycie głównej. Według przystępującego, aby taka konstrukcja zadziałała płyta główna musi posiadać zamontowany na płycie głównej układ elektroniczny (chip) sieciowy, bez konieczności montażu karty w porcie rozszerzeń OCP lub PCI (jak sama nazwa wskazuje – taka karta jest karta rozszerzeń, opcjonalną, a nie

zintegrowaną ). Taka konstrukcja nazywa się LOM czyli LAN on Motherboard. Z chipa wychodzą ścieżki do portów zamocowanych na płycie głównej. W tym miejscu zamieszczono rysunek techniczny płyty głównej, według przystępującego Lenovo SR250, gdzie wskazano LAN 2 connector i LAN 1 connector (shared with XCC). Z kolei według przystępującego porty niezintegrowane z płytą główną oznaczają, że są zintegrowane z czymś innym. Np. gdy mamy do czynienia z dodatkową kartą, która posiada własny chip odpowiedzialny za działanie sieci. Karta to płytka drukowana posiadająca m. in. wlutowany chip sieciowy i porty. Karta ma złącze (ten złoty grzebień). Kartę taką wkłada się stroną złącza do portu rozszerzeń na płycie głównej np. PCI lub OCP. Porty są więc zintegrowane, ale z kartą, a nie z płytą główną. Przystępujący odnoszą się do argumentacji FAST IT wskazał, że Lenovo nigdzie nie pisze, że ma porty zintegrowane z płytą główną. Według przystępującego Lenovo posiada serwery posiadające porty sieciowe na płycie głównej Networking Onboard i niespełniające takiego wymogu. Odnosząc się do przykładu FAST IT dotyczącego serwerów DELL, to producent DELL mówi o portach wbudowanych w LOM o zintegrowanych na opcjonalnych kartach OCP. Dla kart OCP rozwiązanie DELL postanowień OPZ nie spełnia, bo wprost są postanowienia wskazujące, że porty są zintegrowane w karta OCP, a nie płytą główną. Przystępujący powołał też :

<https://www.euro.com.pl/artykuly/wszystkie/artykul-zintegrowana-karta-graficzna-co-to-znaczy-wady-i-zalety.bhtml>

Co to zintegrowana karta graficzna?

Zintegrowana karta graficzna oznacza sytuację, w której GPU zostało wbudowane w procesor komputera (CPU). Karta graficzna i procesor współdzielą pamięć komputera RAM, co wpływa na mniejszą wydajność karty. Co ważne, GPU ma odgórnie ustalony maksymalny przydział pamięci. Można go próbować lekko zmienić z poziomu BIOS-u, jednak jest to zadanie wymagające większej wiedzy informatycznej.

Dowody zamawiającego :

Wyciąg z instrukcji obsługi serwera HPE ProLiant DL385 Gen 10 Plus v2 Server z elementów płyty głównej wynika, że poz. 24 występuje OCP 3.0 adapter bay (czyli wnęka adaptera w tłumaczeniu zamawiającego.

Zamawiający skierował zapytanie do HPE o treści:

Dzień dobry

W nawiązaniu do naszej rozmowy telefonicznej proszę o pomoc w udzieleniu odpowiedzi na pytanie:

„Pozyskanie dowodów, że karta sieciowa jest dydykowana do danego serwera”

Dotyczy serwera zaoferowanego w postępowaniu

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

dostawę serwerów stelażowych wraz z wdrożeniem. Numer referencyjny:  
PN/21/22/HCKY

dotyczy karty OCP

Czytając dokumentację producenta HPE sekcja NetworkController

[https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw.html?jumpid=in\\_pdp-psnow-qs](https://www.hpe.com/psnow/doc/a50002560enw.html?jumpid=in_pdp-psnow-qs)

W dalej jest info

<https://www.hpe.com/psnow/doc/PSN1013291283USEN.pdf>

Z góry dziękujemy za pomoc.

Z pisma M. D. z dnia 26 października 2022 r. wynika, że :

W pierwszym z poniżej zamieszczonych linków do dokumentacji serwera DI385G10 +v2 jest podana lista kart sieciowych dedykowanych do slotu OCP, w tym konkretnym modelu serwera:

OCP Adapters

Intel I350-T4 Ethernet 1Gb 4-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P08449-B21

Broadcom BCM5719 Ethernet 1 Gb 4-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P51181-B21

Marvell QL41132HQCU Ethernet 10Gb 2-port SFP+ OCP3 Adapter for HPE P08452-B21

Marvell QL41132HQRJ Ethernet 10Gb 2-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P10103-B21

Broadcom BCM57416 Ethernet 10Gb 2-port BASE-T OCP3 Adapter for HPE P10097-

B21 Broadcom BCM57412 Ethernet 10Gb 2-port SFP+ OCP3 Adapter for HPE P26256-

B21 Intel X710-DA2 Ethernet 10Gb 2-port SFP+ OCP3 Adapter for HPE P28778-B21

Broadcom BCM57414 Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10115-B21

Mellanox MCX631432AS-ADAI Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P42041-B21

Mellanox MCX562A-ACAI Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10112-B21

Marvell QL41232HQCU Ethernet 10/25Gb 2-port SFP28 OCP3 Adapter for HPE P10118-B21

Notes:

– OCP adapters do not consume PCIe slot.

Karty do slotu OCP to nie są standardowe karty do montowania w slotach rozszerzeń PCI (jak widać w załączonym na czerwono zdaniu), ale są przeznaczone do wmontowania bezpośrednio w płytę główną serwera. Taka czynność integracji karty w płytę główną serwera jest wykonywana w procesie produkcji serwera. Karta OCP jest dostosowana konstrukcyjnie (wymiary, punkty mocowania) do specyficznych wymagań konkretnego serwera i nie jest wymienna pomiędzy różnymi producentami serwerów.

Z dalszej korespondencji e-mailowej z M. D. wynika, że zamawiający w dniu 4 listopada 2022 r. prosił o potwierdzenie, że zaoferowane serwery w postaci tychże kart OCP spełniają wymagania w zakresie integracji kart sieciowej z płytą główną w rozumieniu naszego postępowania – OPZ-u.

W dniu 4 listopada 2022 r. M. D. potwierdził, że zaoferowane serwery posiadają karte OCP i spełniają wymagania w zakresie integracji kart sieciowej z płytą główną w rozumieniu przedmiotowego postępowania.

Wyciąg z dokumentacji serwera HPE Proliant DL385 Gen10 Plus v2 server wersja z 13 czerwca – treść zgodna z dokumentami przedstawianymi przez odwołującego IT Solution Factor.

Z wyciągu z HPE Proliant DL385 Gen10 Plus v2 server wersja z 13 czerwca 2022 wynika, że Network controller \_ Kontroler sieci BCM 57416 10 GbE 2 p BASE-T OCP 3 Adptr plus choice of standup card (wybór karty autonomicznej)

Z dokumentacji INSPUR NF5280M6 wynika suport OCP 3.0 (optional) and 10/25/40/100/200 G network interface i 1 OCP3.0 (opcjonalnie) 10/25/40/100/200 G 2 Wbudowane porty Ethernet 10G Standardowe karty sieciowe 1/10/25/40/100 G

Z dokumentacji PowerEdge R7525 wynika : Embedded NIC 2x1GE LOM i Networking Options OCPx16 Mezz 3.0

Z dokumentacji Lenovo ThinkSystem SR665 Server wynika, że serwer jest wyposażony w dedykowane, zgodne ze standardem branżowym gniazdo SFF (Small Form Factor) OCP 3.0 z interfejsem PCIe4.0x16 obsługujące różne karty sieciowe Ethernet. Prosty mechanizm wymiany ze śrubami radełkowanymi i uchwytami umożliwia beznarzędziowa instalacje i demontaż adaptera. Obsługuje współdzieloną łączność w pasmach bocznych sieci BMC, aby umożliwić zarządzanie systemami poza pasmem.

Przystępujący IT Solution Factor przedstawił następujące dowody:

- umowy o współpracę i umowy o prace na czas nieokreślony wraz z certyfikatami
- w tym 14 umów o współpracę i 10 umów o pracę oraz certyfikaty o różnych zakresach potwierdzające umiejętności pochodzące od firm DELL, HPE, Oracle, Hitachi i Vmware, Liczba osób przekracza podaną przez przystępującego ITSF liczbę 15 osób zespołu projektowego
- umowy zawarte z zamawiającym:
  1. umowa z dnia 19 października 2018 r. dotycząca dostawy 2 urządzeń firewall i wdrożenia na kwotę 460 676,36zł. wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie,
  2. umowa z dnia 15 maja 2021 r. na dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie oprogramowania BackBox Security Devices (BLK-SD+BLK-SD-AMB), BackBox Network

Devices (BLK-ND+BLK-ND-AMB) oraz 1 szt serwer dedykowanego dla dostarczonego oprogramowania o wartości 799 500zł. wraz z referencjami i zamówieniem na opcję,

3. umowa z dnia 13 września 2021 r. na dostawę, instalację, wdrożenie 2 szt. Fortinet FortiGate 3600E (1szz. FG-3600E+5szz. FC-10-F3K6E-928-02-12+10szz. FN-TRAN-SFP+SR+4szz. FN-TRAN-GC) o wartości 2 429 309,04zł. wraz z referencjami,
4. umowa z dnia 21 stycznia 2022 r. na dostawę 20 pkt. dostępowych Wi-Fi (WLAN Acces Points) o wartości 64 575 zł. wraz z protokołem odbioru,
5. zamówienie z dnia 26 stycznia 2022 r. na realizację naprawy modułu baterii w serwerze HP wraz z protokołem odbioru,
6. zamówienie z dnia 22 lutego 2022 r. na realizację dostawy dysku do serwera HP Proliant ML 350p wraz z protokołem odbioru,
7. zamówienie z dnia 25 kwietnia 2022 r. dotyczące dostawy dysku systemowego do serwera JP ML 350 wraz z protokołem odbioru.

- umowy z innymi zamawiającymi dotyczące dostawy, instalacji i wdrożenia serwerów:

1. umowa z pocztą polską z dnia 25 października 2021 r dotycząca 5 półek typu Blade i 34 szt. serwerów typu Blade o wartości 5 324 631,99 wraz z referencjami,
2. umowa z Grupą Generali z dnia 16 grudnia 2019 dotycząca 2 szt. skrzyń do serwerów i 14 szt. serwerów o wartości 1 144 304,62 wraz z referencjami,
3. umowa z CeZ z 2 marca 2021 dotycząca dostawy 25 szt. Serwerów RAC o wartości 5 846 055, 93zł. wraz z zamówieniem opcji i referencjami,
4. umowa z Nest Bank z dnia 1 marca 2019 r. dotycząca 11 szt. Urządzeń serwerowych HPE o wartości 1 187 745,33zł. wraz z referencjami,
5. umowa z Nest Bank z dnia 21 grudnia 2018 dotycząca dostawy serwerów IBM Power 9 o wartości 1 696 908 zł. wraz z referencjami
6. umowa z CeZ z dnia 29 września 2021 r. dotycząca 41 szt. Serwerów HPE Proliant o wartości 4 425 964,35 zł. wraz z zamówieniem na opcję i referencjami
7. umowa z CeZ z dnia 25 listopada 2021 r. na 50 szt. Serwerów HPE Proliant o wartości 9 510 873,82zł. wraz z zamówieniem opcji i referencjami,
8. umowa z CeZ z dnia 9 października 2020 r. dotycząca dostawy 28 serwerów HPE Proliant o wartości 3 142 955, 04zł., wraz z zamówieniem opcji i referencjami,
- 9 zamówienie z Bank Pekao z dnia 26 listopada 2018 r. na dostawę 2 szt. Serwerów HPE i 10 szt. Taśm o wartości 430 500zł. wraz z referencjami.

- umowy z Zespołem osób, którymi dysponuje przystępujący ITSF wraz z certyfikatami: Przystępujący ITSF przedstawił harmonogram z którego wynika, że podpisanie umowy nastąpi w jednym dniu, zgłoszenie dostawy nastąpi dnia następnego, stworzenie projektu technicznego będzie realizowane w dniu podpisania umowy i następnym roboczym, w następnym roboczym dniu po podpisaniu umowy przystępujący przekaże projekt tech-

niczny zamawiającego, w 3 dniu roboczym zgłosi ewentualne okno serwisowe, od trzeciego do piątego dnia roboczego od podpisania umowy zamawiający wykona odbiór projektu technicznego, od czwartego do piątego dnia roboczego nastąpi dostawa, rozładunek, wniesienie i podobne, od szóstego do ósmego dnia roboczego (wliczając podpisanie umowy nastąpi wdrożenie: instalacja, konfiguracja i testy wykonawcy i w tym samym czasie wykonawca stworzy dokumentację powykonawczą i w ósmym dniu przekaże ją zamawiającemu. Przy czym jak wynika z harmonogramu przystępujący nie wliczył do ocenianego terminu dnia zawarcia umowy, zatem ósmy dzień roboczy opisany powyżej jest 7 dniem liczonego przez przystępującego terminu. Przystępujący przewidział jedno roboczy dzień zapasowy.

W ramach etapu dostawy przystępujący przewidział:

- przygotowanie projektu technicznego i jego odbiór przez zamawiającego,
- dostawę sprzętu i akcesoriów,
- segregację i ułożenie opakowań ze sprzętem
- przygotowanie narzędzi i tu je wymienił
- przygotowanie etykiet do oznaczania kabli,
- przygotowanie zespołu wdrożeniowego
- przygotowanie harmonogramu instalacji

Wskazał, że przewiduje 13 osobowy zespół projektowy w tym 8 specjalistów w czterech grupach, trzech specjalistów zmienników, jednego architekta, 1 kierownika projektu.

Wskazał, że proces wdrożenia składa się z :

- instalacji fizycznej, podłączenia do sieci teleinformatycznej, konfiguracji serwerów,
- konfiguracji oprogramowania i jej integracji z systemami zamawiającego,
- testów wykonawcy,
- sporządzenia dokumentacji powykonawczej jako procesu równoległego do wdrożenia.

Opisał czynności wdrożenia pojedynczego serwera w tym czas na poszczególną czynność i osoby realizujące i wskazał, że z tego wyliczenia wynika, że wdrożenie pojedynczego serwera wynosi do 1 godziny. Prace wdrożeniowe będą prowadzone przez 4 zespoły techniczne po dwie osoby plus pięć pozostałych osób kierownika, architekta i osoby pomocnicze. Każdy zespół będzie instalował po 16 serwerów fizycznych, co według przystępującego zajmie dwa dni robocze. Po zakończeniu instalacji wykonane zostaną:

- konfiguracja oprogramowania do zarządzania i integracja z systemami zamawiającego – 8h tj. do połowy trzeciego dnia roboczego za pomocą 2 inżynierów specjalistów,
- testy wykonawcy będą prowadzone od połowy drugiego dnia i obejmą:
  - a) sprawdzenie poprawności umieszczenie fizycznych elementów w szafach RACK
  - b) testy poprawności sprzętu do 6h jednej osoby równolegle pracuje 13 osób,

c) sprawdzenie oporności na awarię wybranej próbki serwerów – do 4 godzin pracuje 13 osób

d) sprawdzenie poprawności konfiguracji oprogramowania do zarządzania serwerami – do 1 godziny, pracuje 13 osób

łącznie testy 12 h zaczynają się w drugim dniu wdrożenia,

- wykonanie dokumentacji powykonawczej – przez zespół w biurze firmy.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy.

Izba w pierwszej kolejności odniesie się do odwołania sygn. akt KIO 2744/22 z uwagi na to, że zawiera ono najdalej idący zarzut zmierzający do nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania. W przypadku uznania zarzutu za zasadny, pozostałe postawione zarzuty zostaną, w tym zarzucie skonsumowane.

### **Sygn. akt KIO 2744/22**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Fast IT sp. z o.o. sp. K oraz IT Solution Factor sp. z o.o. pomimo, że wykonawcy zaoferowali niezgodny z SWZ i niemożliwy do osiągnięcia termin dostawy i wdrożenia, co stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w postaci działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, które narusza interes innych wykonawców.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdziła przede wszystkim, że dla oceny zarzutu postawionego przez odwołującego Symmetry istotne jest dokonanie dwóch ustaleń:

1. treści SWZ w takim w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla oceny, jakie czynności własne lub zamawiającego, wykonawcy powinni byli uwzględnić przy obliczaniu terminu stanowiącego kryterium oceny ofert, tak aby ustalić wzorzec stanowiący punkt wyjścia do oceny spełniania przez wykonawców kryterium oceny ofert.

2. wzorca prawidłowego (zgodnego z prawem lub zgodnego z dobrymi obyczajami) zachowania wykonawców przy obliczaniu terminu stanowiącego kryterium oceny ofert, w celu oceny czy działanie wykonawców Fast IT i IT Solution przy obliczaniu terminu na potrzeby kryterium ten wzorzec naruszało i czy to naruszeniem mogło prowadzić do naruszenia interesów innych wykonawców.

Dla dokonania ustalenia wzorca prawidłowego zachowania niezbędne jest dokonanie ustalenia wzorca terminu z SWZ.

Jeśli bowiem takiego wzorca nie dałoby się ustalić, to nie możliwe byłoby porównanie zachowań wykonawców do wzorca i dokonanie ustaleń, czy wynik tego porównania wskazuje na naruszenie prawa lub dobrego obyczaju, o ile dane prawo lub obyczaj w badanej sferze istnieją.

Powyższe prowadzi do wniosku, że punktem wyjścia do rozważań Izby muszą być wymagania zamawiającego, co do:

- czynności, które wykonawcy powinni uwzględniać w ramach kryterium oceny ofert,
- istnienia terminów, w tym maksymalnych lub minimalnych określonych SWZ, które wykonawcy muszą uwzględnić przy obliczeniu terminu na potrzeby kryterium oceny ofert.

Słusznie bowiem zauważa odwołujący Symmetry, że zamawiający ma bezwzględny obowiązek opisać kryteria w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Ustawodawca nadto wymaga, aby kryteria nie pozostawiały zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej oraz umożliwiały weryfikację i porównanie poziomu wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (art. 240 ust. 1 i 2 ustawy). Istota prawidłowego określenia kryteriów oceny ofert przekłada się na zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. dopuszczalność udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy). Przy czym wybór zgodny z przepisami ustawy ma być wyborem zapewniającym zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W świetle tych przepisów prawa Izba w pierwszej kolejności zbadała, czy możliwe jest ustalenie, jakie kryterium oceny ofert zamawiający ustanowił i tak:

- w pkt. 7.1.1 zamawiający wskazał termin realizacji zamówienia będzie wynosił w zakresie zamówienia podstawowego: 65 dni roboczych od dnia zawarcia umowy (termin stanowi kryterium oceny ofert, zgodnie z ofertą wykonawcy)
- w pkt. 20.1.2 kryterium „Termin dostawy wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego” będzie rozpatrywane na podstawie terminu dostawy podanego przez wykonawcę w Formularzu ofertowym
- w formularzu ofertowym : Deklaruję Termin dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego wynoszący: ..... Dni roboczych. W pouczeniu -



Wpisać oferowany Termin dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego. Maksymalny termin dostawy to 65 dni roboczych.

- we wzorze umowy: par. 2 Termin realizacji. 2. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy, o którym mowa w par. 1 ust. 1 pkt 1, 2, 4 w terminie do .... Dni roboczych ( termin stanowi kryterium oceny oferty, zgodnie ze złożoną ofertą do 65 dni roboczych) od dnia zawarcia umowy

Z powyższego zestawienia wynika, że zamawiający posługuje się 4 pojęciami i do wszystkich odnosi kryterium oceny ofert: termin realizacji zamówienia, termin dostawy wraz z wdrożeniem, termin dostawy, termin wykonania przedmiotu umowy.

Do wszystkich tych terminów wskazuje, że nie mogą one przekroczyć 65 dni od dnia zawarcia umowy, ale nie wynika z tych pojęć, czy dotyczą one wszystkich czynności składających się na realizację zamówienia, czy tylko czynności dostawy sprzętu, czy czynności dostawy wraz z innymi czynnościami – wdrożeniem, i czy wlicza się do tego terminu czas na dokonanie czynności wzajemnych zamawiającego. Termin 65 dni jako maksymalny może sugerować, że chodzi o wykonanie przedmiotu umowy w zakresie zamówienia podstawowego, w tym czynności wykonania i dostarczenia projektu technicznego, dokumentacji powykonawczej, odbiorów, a nawet gwarancji, jeśli spojrzeć na pkt.6.1. Tomu I IDW pkt. 1, 2, 3 i 4, gdzie wskazano, że przedmiotem zamówienia jest dostawa serwerów, wraz z oprogramowaniem, wdrożeniem polegającym na instalacji i konfiguracji sprzętu, integracji ze środowiskiem zamawiającego zgodnie z wymaganiami pkt. III OPZ, dostarczeniem projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej zgodnie z wymaganiami pkt. IV OPZ wraz z gwarancją. Co więcej z pkt. 6.1. wynika, że zamawiający całość realizacji zamówienia określił jako dostawa.

Natomiast termin dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem sugeruje, że chodzi o niektóre z czynności składające się na wykonanie zamówienia, dla których dostawa jest inną czynnością (ograniczoną do dostawy wraz rozładunkiem zamawianych serwerów wraz z oprogramowaniem), niż realizacja przedmiotu zamówienia, o której mowa w pkt. 6.1 IDW. Z pkt. 7.1.1. SWZ wynika, że z terminu realizacji zamówienia nie wydziela się osobnego terminu na przedstawienie projektu technicznego – takie wydzielenie przewiduje z kolei par. 2 ust. 1 wzoru umowy.

Prawo odstąpienia i kary umowne dotyczą zwłoki w wykonaniu tak dostawy, wdrożenia i dostarczenia dokumentacji powykonawczej jak i projektu technicznego – par. 10 ust. 1 pkt 3 i par. 13 ust. 2 ustawy. Te zatem przepisy nie pomagają w identyfikacji czynności, które wykonawcy powinni uwzględnić przy obliczeniu terminu w ramach kryterium oceny ofert.

Jeśli przyjąć, że zamawiający rozumiał kryterium oceny ofert wąsko jako wyłącznie dostawę, to zgodnie z par. 1 ust. 1 pkt 1 dostawa obejmuje rozładunek wraz z oprogramo-

waniem, jeśli zaś rozumieć je jako dostawę i wdrożenie, to obejmuje dostawę wraz z rozładunkiem i oprogramowaniem oraz zgodnie z definicją wdrożenia z wzoru umowy testowanie, instalację, konfigurację i integrację sprzętu z istniejącym u zamawiającego środowiskiem opisanym w załączniku nr 1 rozdział III.

Z par. 2 ust. 2 wynika, że zamawiający do terminu stanowiącego kryterium oceny ofert zalicza czynności opisane w par. 1 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 czyli dostawę wraz z rozładunkiem serwerów stelażowych wraz z oprogramowaniem, wdrożenie zdefiniowane w umowie - testowanie, instalację, konfigurację i integrację sprzętu z istniejącym u zamawiającego środowiskiem, zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 1 w rozdziale III (definicja wdrożenia pokrywa się z pkt. 2.4 – 2.8 Rozdziału III Tomu III OPZ) i wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 1 w rozdziale IV. Takie odesłanie wskazywałoby na to, że do czynności składających na termin oceniany w kryterium nie zaliczają się wykonanie projektu technicznego oraz odbiory zamawiającego.

Zatem z powyższego wynika, że na gruncie SZW możliwe było przyjęcie szerokiego rozumienia terminu w ramach kryterium oceny ofert jako wszystkich czynności składających się na realizację przedmiotu zamówienia – takiego sformułowania używa sam zamawiający w wezwaniu z dnia 23 i 24 sierpnia 2022 r. skierowanym do wykonawców Fast IT i IT Solution Factor, jak i również znajduje potwierdzenie w treści dokumentacji zamówienia wąskie rozumienie obejmujące dostawę wraz z rozładunkiem serwerów stelażowych wraz z oprogramowaniem, wdrożenie - testowanie, instalację, konfigurację i integrację sprzętu z istniejącym u zamawiającego środowiskiem – rozdział III, zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 1 w rozdziale III (definicja wdrożenia pokrywa się z pkt. 2.4 – 2.8 Rozdziału III Tomu III OPZ) i wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej – rozdział IV.

Zamawiający posługując się różnym nazewnictwem przy wskazywaniu, że dany termin jest terminem podlegającym ocenie w kryterium oceny ofert spowodował niezrozumiałość kryterium określonego w SWZ i wprowadził w błąd wykonawców, co do tego jakie czynności i terminy należy uwzględniać przy obliczaniu terminu w kryterium, czy będą to wszystkie czynności zamawiającego i wykonawcy składające się na przedmiot zamówienia, czy będą to jedynie czynności związane z dostawą i wdrożeniem bez odbiorów.

Izba następnie dążyła do ustalenia, jakie terminy, w tym minimalne i maksymalne wykonawcy powinni uwzględnić przy obliczaniu oferowanego terminu w ramach kryterium oceny ofert.

Izba ustaliła, że wykonawca w terminie do 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy miał wykonać i dostarczyć zamawiającemu projekt techniczny (rozdział IV pkt. 1 tomu III OPZ).

Przedstawienie projektu technicznego jest wymagane przed przystąpieniem do dostawy – pkt. 1 rozdziału IV tomu III OPZ, przy czym dla dostawy nie jest wymagane zaakceptowanie przez zamawiającego projektu technicznego – pkt 3 rozdziału IV tomu III OPZ. Sam projekt techniczny Wskazano odrębny termin w par. 2 ust. 1 wzoru umowy) nie był wymieniony w par. 2 ust. 2 jako element terminu premiowanego w kryterium, jednak od jego przedstawienia i akceptacji zależało czy wykonawca może przystąpić do dostawy i czy może przystąpić do wdrożenia.

Dostawa musi nastąpić nie wcześniej niż po upływie 2 dni od dnia powiadomienia zamawiającego o dostawie – pkt.1.3. rozdziału III tomu III OPZ – bo wykonawca ma powiadomić z minimum dwudniowym wyprzedzeniem, przy czym to powiadomienie nie wymaga zachowania wyprzedzenia dwóch dni roboczych, czyli można powiadomić w piątek i realizować w poniedziałek. Zestawiając postanowienia pkt. IV.1 i 1.3 nie ma przeszkód, aby przekazanie projektu technicznego i powiadomienie zamawiającego o dostawie nastąpiło tego samego dnia.

W tym miejscu Izba zwróciła uwagę na wyjaśnienia wykonawców FAST IT i IT Solution  
Wykonawca FAST IT przewidział:

„Po podpisaniu Umowy z Zamawiającym, Wykonawca przewiduje przekazanie Zamawiającemu Projektu Technicznego w dniu podpisania umowy. (...) Dnia tego nie wlicza się do terminu dostawy i wdrożenia sprzętu zgodnie z art. 111 § 2 Kc. Tym samym pierwszym z dni terminu 5 dniowego (5 dni roboczych) na wykonanie dostawy i wdrożenia Sprzętu będzie dzień następny (roboczy). W tym samym dniu Wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do wykonania dostawy w drugim dniu roboczym od zgłoszenia. 2. Wykonawca zrealizuje dostawę w drugim dniu roboczym po podpisaniu umowy i tego samego dnia lub w dniu następnym Strony podpiszą Protokół Odbioru Ilościowego, zgodnie z zapisami rozdz. V, pkt. 2.

Co oznacza, że wykonawca rozumie dwudniowe wyprzedzenie w ten sposób, że na drugi dzień roboczy od powiadomienia może wykonać dostawę.

Wykonawca IT Solution natomiast:

„Tym samym, gdyby przykładowo umowa była podpisana 10 października 2022 r. (poniedziałek). Zamawiający otrzyma w dniu 11 października (wtorek) od Wykonawcy zawiadomienie o dostawie, która nastąpi 13-14 października (czwartek – piątek), czyli zachowamy termin dwudniowego wyprzedzenia.”

Z powyższego wynika, że wykonawca IT Solution rozumiał dwudniowe wyprzedzenie, jako upływ do najmniej 2 dni między powiadomieniem, a wykonaniem dostawy.

Zgodnie z pkt. 3 rozdziału IV tomu III OPZ podstawą rozpoczęcia wdrożenia jest zaakceptowany przez zamawiającego projekt techniczny.

Zgodnie z pkt. 2 rozdziału IV tomu III OPZ zamawiający w terminie do 3 dni roboczych od przedstawienia projektu technicznego dokona odbioru dokumentacji lub zgłosi uwagi, które wykonawca rozpatrzy do 2 dni roboczych.

Oznacza to, że wykonawcy nie mogą przystąpić do wdrożenia wcześniej niż od 1 do 3 dni od daty przekazania projektu, a jeśli były uwagi zamawiającego, to nie wcześniej niż 2 do 5 dni od przekazania projektu.

Wykonawca FAST IT przewidział 3 dni na akceptację projektu przez zamawiającego oraz ocenił, że ewentualne uwagi do projektu uwzględni w 4 dniu i w tym samym dniu rozpocznie wdrożenie – pkt. 4 str. 6 wyjaśnień.

Wykonawca IT Solution przewidział dostawę w dniach 13- 14 października, a więc również po 3 dniach od zawarcia umowy (10 października 2022 r.). Wykonawca założył, że projekt nie będzie miał uwag od zamawiającego, bo będzie zgodny z umową i bez wad. Z ostrożności wskazał, że jeśli zamawiający miałby uwagi, to uwzględni je tego samego dnia, czyli tak jak wykonawca FAST IT.

Po tych dniach według zamawiającego w SWZ, przystępującego FAST IT i IT Solution ma rozpocząć się wdrożenie.

Na wdrożenie składają się wg. Rozdziału III Tomu III OPZ: podłączenie do sieci elektrycznej i teletransmisyjnej oraz oznaczenie w formie etykiet na przewodach (pkt. 2.4. lit. a rozdziału III OPZ), instalacja, konfiguracja i integracja sprzętu, w tym aktualizacja oprogramowania wewnętrznego oraz integracja z oprogramowaniem do zarządzania serwerami (pkt. 2.4. lit. b), przeprowadzenie testów (pkt. 2.4. lit d), w tym (pkt. 2.6.): sprawdzenie zgodności wdrożenia z dokumentacją powykonawczą opracowaną przez wykonawcę, sprawdzenie parametrów dostarczanych serwerów, wykonanie testów redundancji elementów serwerów przez ich odłączenie, wyłączenie lub wymontowanie w trakcie pracy. Zamawiający zastrzegł, że czynności te nie mogą spowodować przerwy w działaniu serwerów. Testom akceptacyjnym mogą być poddane dowolne/wybrane przez zamawiającego elementy sprzętowe serwera.

W pkt. 2.7. zamawiający podał, że wykonawca co najmniej na 3 dni robocze przed przystąpieniem do prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu środowiska zamawiającego, zobowiązany jest zgłosić potrzebę wyznaczenia okna serwisowego. Zgodnie z pkt. 2.8. W przypadku niedotrzymania terminu, o którym mowa w pkt. 2.7 zamawiający nie dopuści wykonawcy do realizacji prac wdrożeniowych.

Zamawiający podnosił, że pkt. 2.7 wymaga zastosowania tylko, gdy wykonawca przewiduje, że prace mogą spowodować przerwy w działaniu środowiska zamawiającego i faktycznie o fakultatywnym charakterze tego postanowienia mogłoby świadczyć użycie sformułowania „mogą spowodować przerwy”, jednak w pkt. 2.8. zamawiający zamierza nie dopuścić wykonawcy do realizacji prac wdrożeniowych, jeśli nie zachowa okna serwi-

sowego. Zamawiający nie opisał kto i w jaki sposób będzie oceniał, czy prace mogą spowodować przerwy, ani nie przewidział, że wykonawca ma składać oświadczenie, co do tego, że prace, które zamierza wykonać nie będą powodować przerw. Nie przewidział także procedury postępowania, w sytuacji, gdy zabroni wykonawcy wykonywać prace, bo uzna, że prace mogą spowodować przerwy, a wykonawca się z nim nie zgodzi. W ocenie Izby zatem te postanowienia, mimo pozornie fakultatywnego charakteru, wskazywały na konieczność zgłoszenia potrzeby wyznaczenia okna serwisowego. Bez tego zamawiający mógł uznać, że wykonawca nie może wykonywać prac. Tym samym brak zgłoszenia tego okna, mógł powodować nierealność zakładanych terminów dostawy i wdrożenia, bo zamawiający mógł nie dopuścić wykonawcy do realizacji prac wdrożeniowych.

Wykonawca FAST IT w złożonych przez siebie wyjaśnieniach nie wskazał na przewidzenie okna serwisowego, dopiero w postępowaniu odwoławczym wywodził, że takie zgłoszenie jest możliwe w terminie zgłoszenia projektu technicznego, co pozwala na uznanie, że termin może być zachowany.

Podobnie podszedł do tego zagadnienia IT Solution, który wskazał, że nie ma pewności czy te 3 dni robocze trzeba również doliczyć do obliczania terminów, czy nie. Wykonawca z ostrożności doliczył te trzy dni (czyli przewidział, że zgłoszenie nastąpi w ramach 8 dni roboczych), ale zrobił tak z ostrożności, bo nie jest pewne, czy do obliczenia terminu w kryterium oceny ofert, trzeba było je wliczyć, bo może nie będzie potrzeby wykonania prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu środowiska zamawiającego. Ten wykonawca również miał zamiar ewentualnie zgłosić okno serwisowe przed rozpoczęciem wdrożenia (w harmonogramie 12 października 2022).

Kolejnym elementem, który mieli wykonać wykonawcy było przekazanie dokumentacji powykonawczej. Z pkt. 2.5 rozdziału III wynika, że wykonawca jest zobowiązany do zakończenia wdrożenia i dostarczenia dokumentacji powykonawczej przed przystąpieniem przez zamawiającego do odbioru technicznego sprzętu. Z pkt. 6 rozdziału IV wynika, że po zakończeniu wdrożenia, w tym instalacji i konfiguracji sprzętu wykonawca przedstawi zamawiającemu dokumentację powykonawczą. Z tych postanowień wynika, że przedstawienie dokumentacji powykonawczej nie jest elementem wdrożenia i tak to rozumieli wezwani do wyjaśnień wykonawcy. FAST IT, który stwierdził, że „Oznacza to, że zamawiający określił dostarczenie dokumentacji powykonawczej jako osobną czynność poza zakresem wdrożenia. W pkt. 6 harmonogramu Fast IT wskazał, że w ciągu dni wolnych wykonawca sporządzi projekt dokumentacji powykonawczej i w poniedziałek ( w piątym dniu roboczym) zrealizuje wdrożenie, wykona testy i ich wyniki uwzględni w dokumentacji powykonawczej ii przekaże zamawiającego.”

IT Solution Factor wskazał. „po zakończeniu wdrożenia – wykonawca przekazuje zamawiającemu dokumentację powykonawczą”, „4) Proszę zwrócić uwagę znowu, na bardzo ważny punkt w rozdziale IV.6:

„Po zakończeniu wdrożenia, w tym instalacji i konfiguracji sprzętu, Wykonawca przedstawi zamawiającemu dokumentację powykonawczą”

Oznacza on, że jak wykonawca skończył wdrożenie: to przekazuje zamawiającemu dokumentację powykonawczą.

Ściśle mówiąc: wyłącznie do tego dnia (w którym następuje przekazanie dokumentacji powykonawczej) zamawiający może rozliczać wykonawcę w kryterium oceny ofert.”

W ocenie Izby przedstawione wyjaśnienia wpisują się wprost w treść SWZ. Wykonawcy założyli dostawę i wdrożenie, w tym testy własne wykonawcy w sposób zgodny z wymaganiami SWZ. Mieli też prawo założyć, że skoro we wdrożenie wchodzi testy – pkt. 2.4. lit d, to są to testy przeprowadzane przez wykonawcę, a zamawiający prowadzi własne testy po zakończeniu wdrożenia w ramach procedury odbiorowej z rozdziału V, do którego nie odsyłały par. 1 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 wzoru umowy, ani nie wynikało to z literalnego brzmienia nazwy kryterium oceny ofert.

Jednak Izba dostrzega, że literalne podejście do wymagań zamawiającego powoduje problem z wykonaniem testów we wszystkich trzech krokach opisanych w pkt. 2.6., gdyż z definicji wdrożenia wynika, że wdrożenie obejmuje testowanie (pkt. 2.4.d), a z pkt. 2.6. lit. a wynika, że testy mają polegać na sprawdzeniu zgodności wykonanego wdrożenia z dokumentacją powykonawczą.

W ocenie Izby nie da się pogodzić postanowień pkt. 2.6. lit a z rozumowaniem, że dokumentacja powykonawcza kończy wdrożenie, a jednocześnie ma być punktem odniesienia do przeprowadzanych testów, które są wykonywane przed zakończeniem wdrożenia, jako element wdrożenia pkt. 2.4 lit. d).

Co więcej w pkt. 2.6 lit. a zamawiający posługuje się pojęciem dokumentacji opracowanej, a więc będącej już dziełem zakończonym, ale nie dopiero podlegającym zmianom w skutek uwzględnienia wyników testów – jak określił to wykonawca FAST IT.

W ocenie Izby zamawiający po raz kolejny wprowadził w błąd wykonawców zamieszczając w pkt. 2.4. lit d jako element wdrożenia testy akceptacyjne. Wprowadzenie pkt. 2.4. lit. d spowodowało, że w Opisie przedmiotu zamówienia pojawiły się dwa rodzaje testów:

- testy wykonawcy z pkt. 2.4 lit. d jako element wdrożenia (choć nie możliwe do wykonania w elemencie sprawdzenia z dokumentacją powykonawczą, która sporządzana jest po zakończeniu wdrożenia) i
- testy zamawiającego z pkt. V.4 stanowiące element odbioru.

W ocenie Izby wydaje się logiczne, że jest tylko jeden rodzaj testów – testy akceptacyjne odbiorowe, które zamawiający przeprowadza w ramach odbioru wdrożenia po otrzymaniu

dokumentacji powykonawczej. Za tym przyjęciem przemawia systematyka rozdziału III, która najpierw opisuje dostawę, potem wdrożenie (z wyjątkiem pkt. 2.4.d), następnie przekazanie dokumentacji powykonawczej, a potem testy.

Wydaje się, że poza przyjętym przez wykonawców składających wyjaśnienia rozumowaniem, równie uprawnione na gruncie SWZ jest rozumowanie, że po odbiorze dostawy wykonawca wykonuje wdrożenie obejmujące czynności wynikające z pkt. 2.4. lit a i b czyli podłączenia do sieci elektrycznej i teletransmisyjnej, oznaczenie okablowania oraz konfigurację, instalację i integrację sprzętu ze środowiskiem zamawiającego i oprogramowaniem do zarządzania serwerami. Następnie kończy wdrożenie i dostarcza dokumentację powykonawczą i wspólnie z zamawiającym przystępują do testów akceptacyjnych. W ramach tej czynności wykonawca zgłasza okno serwisowe, jeśli czynności przewidziane w pkt. 2.6 lit. c mogą spowodować przerwy w działaniu serwerów. Wówczas to okno serwisowe i jego fakultatywny charakter nabiera sensu, bo skoro to zamawiający decyduje o wyborze testowanych elementów sprzętowych, to w zależności od tego wyboru, mogą wystąpić prace wymagające przerwy w działaniu środowiska zamawiającego, a tym samym wykonawca jest w stanie ocenić potrzebę zgłoszenia okna serwisowego.

Niezależnie od tego, które rozumowanie przyjęć, nadal nie jest jednoznaczne, czy odbiory i wykonywane w ramach nich testy są elementem niezbędnym do uwzględnienia w terminie ocenianym w kryterium oceny ofert. Jeśli przyjęć, że są dwa rodzaje testów, a par. 2 pkt 2 wzoru umowy nie odsyła do rozdziału V, to wówczas tych testów na pewno się nie wlicza, jeśli przyjęć, że są tylko testy odbiorowe, to też można uznać, że ich się nie wlicza, bo jest to element rozdziału V, a opis elementów testowych został ujęty w rozdziale III nie dlatego, że testy są elementem wdrożenia, ale dlatego, że ten rozdział ogólnie omawia obowiązki wykonawcy. Wreszcie możliwe jest też zinterpretowanie SWZ w świetle pkt. 6.1., 7.1.1., i terminu z par. 2 ust. 2 rozumianego jako wykonanie przedmiotu umowy, że testy akceptacyjne, jak i całość odbiorów należy uwzględnić przy obliczaniu terminów jako element realizacji zamówienia podstawowego.

Izba w nawiązaniu do ostatniej możliwości wykładni postanowień SWZ dostrzega dodatkowo, że w opracowanym przez siebie wzorze Protokołu Odbioru Wdrożenia załącznik nr 7 zamawiający zamierzał oceniać, czy przedmiot umowy w zakresie objętym odbiorem został, czy nie, wykonany w terminie. W uwadze znalazło się dodatkowe pole do wypełnienia „Zgodnie z Umowa wykonanie Przedmiotu Umowy objętego niniejszym odbiorem powinno nastąpić do .....”

Przy czym zauważyć należy, że jedynym terminem, który podlega uzupełnieniu w umowie z chwilą jej podpisania, jest termin z par. 2 ust. 2, a więc termin oceniany w kryterium oceny ofert, co przemawiałoby za tezą, że odbiory, w tym testy akceptacyjne należało uwzględnić przy obliczaniu terminu.

W ocenie Izby zamawiający dodatkowo utrudnił wykonawcom zdekodowanie treści SWZ w zakresie liczenia terminu ocenianego w kryterium oceny ofert udzielając odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 3 sierpnia 2022 r., bowiem nie wymienił czynności jakie składałyby się na termin dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem, ale podał jedynie przykładowo trzy czynności i związane nimi terminy tj.

- termin dla wykonawcy powiadomienia z 2 dniowym wyprzedzeniem o dostawie,
- termin dla wykonawcy opracowania i przekazania Projektu technicznego – do 10 dni od podpisania umowy i
- termin dla zamawiającego do 3 dni na akceptację projektu technicznego.

Co więcej posłużył się nie pełną nazwą kryterium, ale pojęciem dostawy, które jak wskazano powyżej mogło mieć dwa desygnaty: dostawa sprzętu i dostawa przedmiotu zamówienia, które zakresowo były zupełnie różne. Nadto wyliczenie zamawiającego było przykładowe i nie usuwało wątpliwości, co do tego jakie czynności i czasy ich trwania należy uwzględnić przy wyliczeniu terminu ocenianego w kryterium oceny ofert.

Zamawiający w wezwaniach do wykonawców z dnia 23 i 24 sierpnia 2022 r. wprowadził wskazał na pojęcie odpowiadające nazwie kryterium oceny ofert „w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować dostawę wraz z wdrożeniem w zakresie zamówienia podstawowego”, ale z drugiej strony zamawiający podał, że czynność ta obejmuje wszystkie czynności składające się na przedmiot zamówienia i w pkt. c i d powołał terminy dotyczące procedur odbiorowych.

Co mogłoby wskazywać na to, że skłaniał się do szerokiego rozumienia pojęcia terminu dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem.

Zatem po raz kolejny zamawiający nie skorzystał z możliwości wskazania jednoznacznie i zrozumiale, jak należy obliczyć termin w kryterium, bowiem w wyjaśnieniach SWZ pokazując jedynie część czynności i to przykładowo, pozwalał wykonawcom na przyjęcie wąskiego rozumienia kryterium – wszystkie wymienione tam czynności mają miejsce przed odbiorami i nawet czynność zamawiającego jest czynnością, którą muszą wykonawcy uwzględnić tylko dla tego, że od jej zakończenia możliwe jest dalsze liczenie terminu, konkretnie jest to ustalenie momentu, w którym wykonawcy mogą przystąpić do wdrożenia.

Z drugiej w wezwaniach wskazał, że w kryterium mieści się termin realizacji zamówienia podstawowego – rozumienie szerokie.

W ocenie Izby wszystkie powyższe okoliczności:

- niejednoznaczność nazewnictwa odnoszącego się do kryterium oceny ofert,
- brak definiowania zakresu pojęciowego kryterium i przerzucenie na wykonawców konieczności zdekodowania, jakie czynności i terminy składają się na termin punktowany w kryterium oceny oferty,



- brak wyraźnego oddzielenia czynności i ujęcie tożsamego pojęcia testów akceptacyjnych, tak w rozdziale III jak i w rozdziale V bez wskazania czy są to te same czynności, czy różne,
- niejednoznaczne wyjaśnienia treści SWZ,

Spowodowały, że wykonawcy w różny sposób zrozumieli swoje obowiązki w ramach kryteriów oceny ofert.

O tym, że kryterium było niejednoznaczne świadczą wprost wyjaśnienia wykonawców FAST IT i IT Solution Factor:

Fast IT: „Zamawiający nie określił precyzyjnie co rozumie pod pojęciem „dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem” (...), zamawiający wręcz ogranicza to kryterium do dostawy. (...) Zamawiający nie wskazał również konkretnego oczekiwanego czasu dostawy i wdrożenia pozostawiając wykonawcom interpretacje zapisów SWZ.” (...) Odnosząc się do wymogu dostarczenia dokumentacji powykonawczej, wskazanego przez zamawiającego w pierwszym zdaniu punktu b) wezwania, pomimo tego, że zapisy SWZ nie są jednoznaczne w tym zakresie. (...) „W przeciwnym razie zamawiający zobowiązałby wykonawcę” (...) „Pomimo powyższych niejednoznacznych zapisów” (...) „należy interpretować, że testy zamawiającego będą realizowane po zakończeniu wdrożenia” (...) „Zamawiający nie doprecyzował omawianego kryterium oceny i nie powiązał go z realizacją „wszystkich czynności składających się na realizację przedmiotu zamówienia””

IT Solution : „W żadnej z powyższych definicji (zacytowanych precyzyjnie powyżej w pkt 2 nie ma wymogu, żeby zaoferowany w kryterium termin miał uwzględniać testy zamawiającego opisane w rozdziale V załącznika nr 1 – Procedura odbiorów, a które to czynności – Zamawiający omyłkowo zamieścił w swoim wezwaniu do wykonawcy. „Propozycja zawarta w piśmie zamawiającego o rzekomej konieczności uwzględnienia w oferowanym kryterium pozacenowym terminie czynności do wykonania określonych w rozdziale V załącznika 1 – na przykład testów akceptacyjnych, na których przeprowadzenie zamawiający ma 5 dni roboczych jest niezasadne i sprzeczne z postanowieniami SWZ.” (...) „Według wiedzy na etapie postępowania (wynikającej z SWZ, OPZ, wyjaśnień) – nie ma pewności, czy te 3 dni robocze trzeba również doliczyć do obliczania terminów czy nie.

W ocenie Izby w świetle powyższego nie da się w sposób jednoznaczny ustalić, że oferty FAST IT i IT Solution Factor są niezgodne z wymaganiami zamawiającego postawionymi w SWZ w zakresie opisu kryterium oceny ofert. Stanowisko FAST IT i IT Solution jest zgodne z postanowieniami SWZ, ale również zgodnie z postanowieniami SWZ jest stanowisko Symetry, że odbiory były elementem, który należało uwzględnić w ramach kryterium oceny ofert. W ocenie Izby nie da się w sposób jednoznaczny obecnie zrekonstruować wzorca kryterium oceny ofert, który byłby jednakowy i zrozumiały dla wszystkich uczestników postępowania. Sam zamawiający komunikował wykonawcom dwa podejścia – wąskie w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 3 sierpnia 2022 i szerokie z wezwania do wyjaśnień. Skoro nie można

ustalić jednego wzorca, do którego możliwe byłoby przyłożenie oferty i stwierdzenie jej niezgodności, to nie ma podstaw do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego tego przepisu. Izba nie znalazła także podstaw do przyjęcia, że wykonawcy FAST IT i IT Solution Factor złożyli oferty w czynnie nieuczciwej konkurencji. Skoro zamawiający użył różnych pojęć nazywając to samo kryterium. Jednych wąskich – termin dostawy, termin dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem, z drugiej szerokich – termin wykonania przedmiotu umowy, termin realizacji przedmiotu zamówienia. Skoro wyjaśnił jedynie tyle, że termin nie może wynosić 0 dni i więcej niż 65 dni, oraz jedynie przykładowo wskazał czynności składające się na ten termin, to nie można uznać za przejaw czynu nieuczciwej konkurencji faktu, że wykonawcy próbowali na własną rękę zinterpretować treść SWZ. Taka interpretacja mieściła się w granicach postanowień SWZ i w ocenie Izby nie stanowiła, ani obejścia prawa, ani naruszenia dobrych obyczajów, w szczególności podnoszonej przez odwołującego Symmetry uczciwości kupieckiej. Przeciwnie ze złożonych wyjaśnień wynika, że wykonawcy byli głęboko przekonani, że prawidłowo zrekonstruowali wymagania zamawiającego, gdyż wprost zarzucają zamawiającemu, że na etapie procedury wyjaśnień zmienia postawione przez siebie wymagania, czy też zarzucają mu omyłkę w wezwaniu. Porównując wyjaśnienia przede wszystkim IT Solution i harmonogram złożony przez odwołującego Symmetry, to należy dojść do wniosku, że wykonawcy oferując krótkie terminy nie działali w celu eliminacji konkurencji, ale w oparciu o odtworzoną przez siebie treść SWZ. Założenia bowiem przyjęte u IT Solution i Symmetry różnią się praktycznie jedynie czasem na odbiory. W ocenie Izby te wszystkie okoliczności przemawiają także za tym, że Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, tj. SWZ zawiera sprzeczne informacje co do tego w jaki sposób należy obliczać termin dostawy stanowiący kryterium pozacenowe, co uniemożliwiło złożenie porównywalnych ofert.

Zarzut potwierdził się.

Zgodnie z art. 255 pkt. 6 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zatem dla stwierdzenia zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania należy ustalić, czy:

1. w postępowaniu istnieje wada,

2. wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
3. wada jest niemożliwa do usunięcia.

Izba ustaliła, że w postępowaniu istnieje wada, która polega na opisanu kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i taki, który został zrozumiany przez różnych wykonawców w różny sposób.

Niejednoznaczność kryterium oceny ofert Termin dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem wyraża się w tym, że zamawiający nie opisał sposobu spełniania kryterium w sposób umożliwiający identyfikację pojęć w nim użytych. Przeciwnie zamawiający kilkakrotnie wskazując na to, że dany termin jest oceniany w kryterium oceny ofert posłużył się różnymi pojęciami: realizacji przedmiotu zamówienia podstawowego, wykonania przedmiotu umowy, dostawy, dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem. Opisując przedmiot zamówienia opisał szerokie rozumienie dostawy, z kolei w samym kryterium posłużył się pojęciem dostawa sprzętu, gdzie sprzęt to urządzenia dostarczane przez wykonawcę w ramach realizacji umowy. Posługując się pojęciem terminu wykonania przedmiotu umowy – par. 2 ust. 2 odwołał się do części czynności składających się na ten przedmiot tj. do dostawy z rozładunkiem serwerów, wdrożenia i wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej. Ponadto z jednej strony w pkt. 2.4. lit. d zdefiniował testy akceptacyjne jako element wdrożenia, z drugiej użył takiego samego pojęcia dla czynności odbiorowych w pkt. 4 rozdziału V OPZ. Nadto udzielając odpowiedzi do treści SWZ podał, że termin 0 dni jest niedopuszczalny, ale nie określił, jakie czynności przy obliczaniu tego terminu należało uwzględnić. W konsekwencji tej niejednoznaczności nie można było odczytać z treści SWZ, w jaki sposób należy obliczyć termin będący kryterium oceny ofert. Dodatkową trudność niewątpliwie stanowiło również to, że większość terminów wskazanych w OPZ nie była terminami ścisłym, ale maksymalnymi, dodatkowo były to terminy zastrzegane tak dla wykonawcy, jak i zamawiającego i nie znana była intencja zamawiającego, co do tego czy do obliczenia terminu należy przyjmować oba rodzaje terminów, czy też tylko te zależne od wykonawcy, jak twierdził zamawiający w postępowaniu odwoławczym.

W efekcie niejednoznaczności SWZ w zakresie opisu kryteriów oceny ofert doszło do złożenia ofert odnoszących się do różnych terminów. Część wykonawców skupiła się na językowym brzmieniu kryterium oceny ofert z pkt. 20.1.2 uznając, że tylko tak zakreślone czynności mogą podlegać uwzględnieniu przy obliczaniu terminu, a w konsekwencji ocenie spełnienia przez wykonawcę kryterium oceny ofert. Ci wykonawcy dekonstruowali pojęcia literalnie użyte w kryterium odwołując się do ich definicji we wzorze umowy i ściśle przestrzegając odesłań do konkretnych rozdziałów OPZ. Z kolei pozostali uznali że zamawiający wyjaśnił kryterium przez odwołanie się do niego, jako realizacji przedmiotu umowy w zakresie zamówienia podstawowego, a więc jako wykonanie wszystkich czyn-

ności składających się na wykonanie tego zamówienia. Taki sposób rozumowania również dawał się odczytać z treści SWZ, co więcej rozumowanie to prezentował również zamawiający w wezwaniach z 23 i 24 sierpnia br. Oba podejścia były usprawiedliwione w świetle postanowień SWZ i nadawały się do obrony pod względem logicznym. Jednak uznanie, że oba stanowiska były prawidłowe musiało prowadzić do ustalenia, że złożone w tych warunkach oferty były nieporównywalne. Zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy kryteria oceny ofert muszą umożliwiać porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach. Izba ustaliła, że informacje przedstawione w ofertach nadawały się do porównania w tym sensie, że dotyczyły tych samych wielkości fizycznych tj. terminu liczonego w dniach roboczych, jednak nie spełniały drugiego z wymagań ustawowych, to znaczy nie możliwe było ustalenie poziomu oferowanego wykonania zamówienia, bo wykonanie zamówienia było w tym kryterium niejednoznaczne. Można powiedzieć, że SWZ opisywała dwa wzorce wykonania zamówienia jako kryterium oceny ofert o znaczącej wadze 40%:

1. wzorzec wykonania zamówienia podstawowego w sposób umożliwiający złożenie żądania o wypłatę wynagrodzenia,
2. wzorzec wykonania zamówienia podstawowego w części za którą odpowiedzialność ponosi wykonawca tj. wykonanie dostawy, wdrożenia i dokumentacji powykonawczej w sposób umożliwiający zamawiającemu sprawdzenie poziomu wykonania zamówienia, ale przed dokonaniem odbioru.

Oba wzorce wynikały z treści SWZ, jednak wymagały uwzględnienia różnego zakresu czynności: pierwszy szerokiego, drugi wąskiego. W efekcie niemożliwe było porównanie ofert w taki sposób, aby uzyskać odpowiedź na pytanie, która z ofert spełnia najbardziej wymagania zamawiającego.

Skoro nie można było ustalić, która z ofert spełnia najbardziej wymagania zamawiającego, to niemożliwe było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przez pryzmat przyjętych kryteriów oceny ofert, co jest obowiązkiem zamawiającego z art. 239 ust. 1 ustawy. W konsekwencji zaś niemożliwe było udzielenie zamówienia podmiotowi wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a zatem zrealizowanie zasady postępowania z art. 17 ust. 3 ustawy.

Izba doszła do przekonania, że zaistniała wada postępowania. Bezsporne jest, że upłynął już termin składania i otwarcia ofert, a więc na obecnym etapie nie możliwe jest wyjaśnienie wykonawcom, w jaki sposób (wąsko czy szeroko) powinni rozumieć kryterium oceny ofert. Wyjaśnienie takie bowiem mogłoby zmienić treść złożonych ofert, gdyby wykonawcy znali je na etapie przygotowywania oferty, wówczas mogliby złożyć ofertę o innej treści niż obecnie. Zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy niedopuszczalne jest doko-

nywanie zmiany treści oferty w toku badania i oceny ofert. Tym samym wada jest na obecnym etapie postępowania nieusuwalna.

Pozostała zatem ostatnia przesłanka niezbędna do stwierdzenia nieważności postępowania, czyli ustalenie, czy wada ma taki charakter, że uniemożliwia zawarcie ważnej umowy.

Ustawodawca przewidział podstawy nieważności umowy w art. 457 ust. 1 ustawy, a także nieważności zmian umowy w art. 458 ustawy i w ocenie Izby żadna z tych podstaw nieważności umowy w tej sprawie nie ma zastosowania.

Do zawarcia umowy nie doszło, zamawiający nie zmieniał również postanowień umowy, a Izba nie dopatrzyła się przeszkód wymienionych w art. 457 ust. 1 ustawy, którymi są :

- 1) udzielenie zamówienia z naruszeniem obowiązków publikacyjnych
- 2) zawarcie umowy z naruszeniem okresu standstill
- 3) zawarcie umowy z naruszeniem terminu dla ogłoszenia o wyniku postępowania z wolnej ręki
- 4) naruszenie przepisów ustawy przy udzieleniu zamówienia objętego umową ramową;
- 5) naruszenie przepisów ustawy przy udzieleniu zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

W ocenie Izby brak zaistnienia tych przesłanek nie powoduje, że niemożliwe jest stwierdzenie nieważności umowy. Z art. 457 ust. 4 ustawy należy wywieść, że ustawodawca zakazał powództwa o ustalenie ważności umowy, tylko o ile możliwe jest unieważnienie umowy w oparciu o przepisy art. 457 ust. 1 i 458 ustawy. Oznacza to, że we wszystkich przypadkach, w których nie ma miejsca zastosowanie art. 457 ust. 1 i 458 ustawy możliwe jest unieważnienie postępowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, czyli przede wszystkim na podstawie art. 58 par. 1 kc. Przepis ten stanowi, że nieważna jest czynności prawna sprzeczna z ustawą lub mająca na celu obejście ustawy. Przepis ten ma zastosowanie w odniesieniu do bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Tym samym nie ma możliwości stwierdzenia nieważności w sytuacji, gdy czynność jest niezgodna z przepisem zakładającym nieważność względną. W ocenie Izby przepisem bezwzględnie obowiązującym w ustawie Prawo zamówień publicznych jest przepis nakazujący zamawiającemu udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Drugim przepisem bezwzględnie obowiązującym jest przepis nakazujący zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W badanej sprawie zamawiający takiego wyboru dokonać nie może, bo musiałby wybrać dwie oferty najkorzystniejsze. Pierwszą spośród ofert, które oferowały termin dostawy sprzętu wraz wdrożenia bez uwzględniania czynności odbiorowych zamawiającego i drugą spośród ofert, które obliczały termin realizacji zamówienia podstawowego uwzględniający wszystkie

czynności składające się na wykonanie umowy. Zamawiający nie zawiera umowy ramowej, nie ustanawia dynamicznego systemu zakupów ani nie prowadzi konkursu, a więc postępowanie powinno zakończyć się wyborem tylko jednej oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby dokonanie wyboru jednej oferty nie jest możliwe w tym postępowaniu bez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, bo nie da się porównać jednakowo dwóch różnych zakresów świadczenia ujętych w termin oceniany w kryterium oceny ofert. Czynność prawna zamawiającego polegająca na wyborze jednej oferty, ale w sposób porównujący oferty nieporównywalne zakresowo jest zatem sprzeczna z art. 239 ust. 1 ustawy w związku z art. 17 ust. 3 ustawy, a w konsekwencji umowa zawarta w wyniku takiego wyboru byłaby obciążona wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.

W tym miejscu należy powołać Komentarz Prawo Zamówień Publicznych pod red. H. Nowakach i M. Winiarza str. 1226-1227 zgodnie z którym:

Niezmiernie istotne jest przywołanie art. 457 ust. 4 Pzp, stanowiącego, że z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458 Pzp, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 Kpc. Wzruszalność umowy naruszającej przepisy Pzp w zakresie określonym w art. 457 ust. 1 Pzp w żadnym przypadku nie oznacza jednak, że katalog przesłanek unieważnialności umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zamknięty i nie wyklucza nieważności (z mocy prawa) takiej umowy, jeśli narusza ona inne bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się ogólną regułę ustaloną w art. 58 Kc. Art. 58 § 1 Kc stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. To oznacza, że naruszenie konkretnej bezwzględnie obowiązującej normy prawnej skutkuje nieważnością umowy, chyba że przepis odnoszący się do normy naruszanej stanowi inaczej (tak jak w przypadku art. 457 Pzp). W przypadku nieważności bezwzględnej opartej na regule określonej w art. 58 Kc i naruszeniu konkretnego przepisu innego niż wskazane w art. 457 ust. 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna z mocy prawa (nie wywołuje skutków prawnych). Każdy, kto ma w tym interes prawny, może skorzystać z powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego wykreowanego tą umową na podstawie art. 189 Kpc, a stwierdzający nieważność tej umowy wyrok sądu powszechnego ma charakter deklaratoryjny. Ponadto na bezwzględną nieważność umowy z mocy prawa może się powołać każdy, choćby w formie zarzutu procesowego albo w powództwie innym niż złożone na podstawie art. 189 Kpc. Sankcją bezwzględnej nieważności umowy obwarowane jest przykładowo niedochowanie formy pisemnej zgodnie z art. 432 Pzp, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

W ocenie Izby skoro dopuszczalne jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy, to wykonawcy nie mogą zostać pozbawieni możliwości korekty czynności zamawiającego polegających na sporządzeniu SWZ, tylko z tego względu, że nie zaskarżyli postanowień SWZ w terminie do wnoszenia środków ochrony prawnej na postanowienia SWZ. Izba stoi na stanowisku, że takie podejście byłoby nieracjonalne i niezgodne z celem ustawowym, którym jest zawarcie ważnej umowy o zamówienie. Co więcej pozbawienie wykonawcy możliwości zaskarżenia zaniechania czynności unieważnienia postępowania godziłoby w efektywność procedur odwoławczych, których zadaniem jest wyeliminowanie wad postępowania na etapie przed zawarciem umowy.

Uznanie, że skoro upłynął termin do skarżenia postanowień SWZ, to nie mogą one być oceniane jako sprzeczne z ustawą, zmuszałoby wykonawców do zawierania umów obciążonych ryzykiem ich unieważnienia w trybie powództwa z art. 189 kpc. Konsekwencje zawarcia takiej nieważnej umowy i trudności z późniejszym rozliczeniem wzajemnie spełnionych świadczeń z nieważnej umowy wskazują na nieefektywność stanowiska o niedopuszczalności podnoszenia zarzutów wywodzonych z treści SWZ na etapie po upływie terminu składania ofert. W ocenie Izby sytuacje uwzględnienia takich zarzutów wobec konieczności wykazania, że czynność zamawiającego jest sprzeczna z ustawą (bezwzględnie obowiązującymi przepisami tej ustawy), nie są i nie będą sytuacją nagminną, która mogłaby wypaczyć skuteczność systemu środków ochrony prawnej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy przez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Simplicity złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ustawy oraz załączników do tych wyjaśnień pomimo, że wykonawca nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tych informacji.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zamawiający nie dokonuje oceny uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oderwaniu od informacji, które wykonawca uważa za swoją tajemnicę. Zamawiający musi ustalić, jakie informacje są zastrzegane i czy rzeczywiście są to informacje o charakterze wskazywanym w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Dokonując tej oceny może również ustalić, czy wykonawca podaje zgodne z rzeczywistością informacje o wiążącej go umowie o poufności, czy o ewentualnej wartości gospodarczej przedstawianych informacji. W ocenie Izby właśnie taka sytuacja miała miejsce w badanej sprawie. Wykonawca podał, że zastrzega informacje głównie o charakterze organizacyjnym tj. z kim współpracuje, jaki ma status w ramach tej współpracy, jaki posiada zespół osób, jaki ich wynagradza, w jaki sposób przewiduje organizację pracy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Te wszystkie informacje zawarte były w

wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej i potwierdzały charakter informacji mieszczący się w art. 11 ust. 2 uznk. Nadto wykonawca wskazał, że ma obowiązek zachować te informacje w poufności. Konieczność zachowania informacji w poufności została przez niego wykazana oferta Inspur lit. h tej oferty. Co więcej również wartość gospodarcza zastrzeganych informacji została wykazana w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej, do których dołączono oświadczenie Inspur, z które da się wprost ustalić jaką szkodę poniósłby Simplicity, gdyby z powodu niezachowania poufności Inspur wycofałby się ze współpracy z Simplicity. Izba wzięła pod uwagę, że właśnie fakt tej współpracy ma istotne znaczenie dla wartości złożonej w tym postępowaniu oferty, wynika to przede wszystkim z zestawienia kosztów przedstawionych przez Simplicity w wyjaśnieniach. Tym samym w ocenie Izby zarzut, że Simplicity nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji ani faktu podjęcia działań w celu zachowania ich w poufności, jest nietrafny i nie zasługuje na uwzględnienie. Izba powołuje także brak konieczności wykazywania realnej szkody w odniesieniu do każdego klienta, czy też konieczności ścisłego wyliczenia wartości gospodarczej. Podkreślić także należy, że oświadczenie, może stanowić środek dowodowy, o ile zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Izba w tym zakresie podziela wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 maja 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 41/22.

Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego i zamawiającego. Izba uwzględniła zarzuty odwołania w części to jest uwzględniła jeden z trzech postawionych zarzutów, czyli odwołujący wygrał sprawę w 1/3 i w tym zakresie należy mu się zwrot kosztów postępowania tj. 5 000zł. tytułem zwrotu 1/3 uiszczonego wpisu i 1200 zł. tytułem zwrotu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego. Izba zatem zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego łącznie kwotę 6 200 zł. jako zwrot kosztów postępowania obejmujących uzasadnione koszty strony obejmujące wpis i koszty zastępstwa prawnego. Zamawiający nie zgłosił kosztów, które podlegałyby wzajemnej kompensacie.



### **Sygn. akt KIO 2728/22**

Zarzut I zaniechania odrzucenia oferty chociaż serwery oferowane przez wykonawcę nie posiadają kart sieciowych z portami zintegrowanymi z płytą główną w liczbie minimum 2 porty tj. naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy, PKT II 1, ppkt 1.1 , 1,2, 1,4 OPZ w miejscach dotyczących "karty sieciowe", w części dotyczącej wymogu minimalnej liczby zainstalowanych portów zintegrowanych z płytą główną, mimo że z dokumentacji technicznej serwera wynika, że karty sieciowe z portami nie są zintegrowane z płytą główną w liczbie minimum 2, a oferowany serwer posiada możliwość wyłącznie dołączenia dodatkowych urządzeń, kart sieciowych z odpowiednią liczbą portów, co nie spełnia wymogu integracji z płytą główną.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izbę przekonała argumentacja odwołującego oparta o treść odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego na pytanie nr 19 z dnia 25 lipca 2022 r. Izba ma świadomość, że zamawiający udzielił tej odpowiedzi w odniesieniu do gniazd rozszerzeń, jednak Izba podziela argumentację odwołującego i przystępującego Simpli-city, że zamawiający zdefiniował dwa rodzaje kart sieciowych:

- portów zintegrowanych z płytą główną
- portów typu SFP28 SR na wszystkich kartach rozszerzeń.

Izba zauważyła, że w zakresie gniazd rozszerzeń wykonawca pytał o to, czy zamawiający uzna za spełniające wymagania OPZ rozwiązanie, w którym jedno z gniazd PCIe występuje w postaci gniazda OCP 3.0, umożliwiającego zainstalowanie w nim dowolnej karty sieciowej? Zatem pytanie wprost odnosiło się nie tylko do gniazd rozszerzeń, ale również do kart sieciowych. Wykonawca wskazał, że zgodnie z dokumentacją producenta gniazdo OCP 3.0 jest zgodne ze standardem slotów PCIe x16 (link do dokumentacji <https://dl.dell.com/manuals/common/dell-tech-dfd-collabcontribute-ocp-nic-3-0.pdf>). Open Compute Project (OCP) to organizacja non-profit składająca się z liderów technologii współpracujących ze sobą w celu zdefiniowania i standaryzacji produktów dla centrum danych. Standard Open Compute Project NIC 3.0 upraszcza instalację obsługiwanych kart od dowolnego dostawcy w serwerach. Obecnie z ww. standardu korzysta kilku producentów serwerów.

Zamawiający dopuścił rozwiązanie, w którym jedno z gniazd PCIe występuje w postaci gniazda OCP 3.0 i zmienił SWZ:

Gniazda rozszerzeń

Łącznie minimum: 6 gniazd PCI Express trzeciej lub czwartej generacji w tym minimum dwa gniazda o prędkości x8 oraz minimum 2 gniazda o prędkości x16

lub

5 gniazd PCI Express trzeciej lub czwartej generacji w tym minimum dwa gniazda o prędkości x8 oraz minimum 2 gniazda o prędkości x16 oraz 1 gniazdo OCP 3.0

Skoro zamawiający zaliczył do gniazd rozszerzeń sloty OCP, to karty sieciowe zainstalowane na wszystkich kartach rozszerzeń są to również karty zainstalowane przez slot OCP, zaliczony do gniazd rozszerzeń przez zamawiającego. Tym samym jest to drugi z dwóch rodzajów kart, które wymagał zamawiający i nie jest to według wyjaśnienia zamawiającego port zintegrowany z płytą główną niezależnie od sposobu rozumienia pojęcia „zintegrowany”. Izba nie neguje, że pojęcie „integracja” nie zostało przez zamawiającego zdefiniowane, nie neguje również, że nie jest tożsamy językowo z pojęciem „wybudowanie”, ani także nie pomija faktu, że producenci wykorzystują do integracji kart sieciowych slot OCP, czy też faktu, że producenci posługują się pojęciem „integracji fabrycznej”. W ocenie Izby nie ma to jednak znaczenia wobec tego, jak zamawiający określił gniazda rozszerzeń oraz jak rozróżnił rodzaje kart sieciowych, których wymaga w zamawianych serwerach. Izba ma świadomość, że porty mogą występować jako część mostka, jako chip wlutowany na płycie głównej, a także w postaci osobnej karty podłączanej do złącza. Nie budzi również wątpliwości Izby, że w powszechnym rozumieniu komponent komputerowy zintegrowany najczęściej rozumiany jest jako komponent wbudowany, jednak Izba opierając się doświadczeniu w postępowaniach o zamówienia publiczne, wie że w przypadku, gdy dane pojęcie nie ma definicji legalnej może być różnie rozumiane przez zamawiającego i wykonawców. Jeśli chodzi o pojęcie integracji to najczęściej zamawiający przez użycie tego pojęcia w ramach stawianych wymogów wskazują na potrzebę zachowania wolnych slotów. W tym postępowaniu zamawiający nie powoływał się na taką potrzebę, ani nie zdefiniował na potrzeby postępowania pojęcia „integracji” stąd konieczne było przeanalizowanie postanowień SWZ, w tym udzielonych wyjaśnień, aby zdekodować, jakich kart sieciowych w tym postępowaniu zamawiający oczekiwał. Izba takiej analizy dokonała i ustaliła, że zamawiający rozróżnił karty sieciowe zintegrowane z płytą główną i karty sieciowe zainstalowane na wszystkich kartach rozszerzeń, przy czym zdefiniował, że przez gniazda rozszerzeń rozumie też port OCP, czyli karta sieciowe zainstalowana na porcie OCP w rozumieniu tego SWZ jest kartą sieciową zainstalowaną na karcie rozszerzeń, a nie kartą zintegrowaną w płycie głównej. W ocenie Izby pomiędzy stronami nie było sporne, że oferowany serwer HPE ProLiant DL385 10 Gen Plus v2 posiada karty sieciowe łączone z płytą główną przez port OCP, co oznacza, że w świetle postanowień SWZ nie były to wymagane karty sieciowe zintegrowane z płytą główną. Fakt, że wykonawca oferował ich więcej niż wymagane ilość 2 szt. nie ma znaczenia dla ustalenia, że w toku postępowania odwoławczego zostało wykazane, że serwer HPE ProLiant DL385 10 Gen Plus v2 nie posiada innych kart sieciowych niż zainstalowane na kartach rozszerzeń zdefiniowanych przez zamawiającego. W konsekwencji należało uznać, że zaofertowane serwery HPE ProLiant DL 385 10 Gen Plus v2 nie spełniają wymagań zamawiającego opisanych w pkt. II tomu III OPZ.

Zarzut II bezprawnego wezwania do złożenia dokumentów (dowodów), niedozwolone złożenie dokumentów wymaganych wraz z ofertą po złożeniu ofert, braku wykazania w sposób niebudzący wątpliwości posiadania parametrów równoważnych co do produktów referencyjnych

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający opisał wymaganie w sposób następujący: „minimum dwa zasilacze wyposażone w złącza C13 lub C19 hot-plug, zapewniające redundancję na poziomie N+N. Połowa spośród zainstalowanych zasilaczy musi zapewniać możliwość zasilenia w pełni wyposażonego serwera, przy zachowaniu jego pełnych możliwości operacyjnych. Zaoferowane zasilacze muszą być certyfikowane 80 PLUS Titanium lub 80 Plus Platinum lub równoważny, tzn. zasilacze muszą wykazać się minimum 90% sprawnością przy 20% obciążenia, 94% sprawnością przy 50% obciążenia, oraz 91% sprawnością przy pełnym obciążeniu.”

W ocenie Izby zdanie trzecie tego wymagania ustanawia oczekiwanie zamawiającego dostarczenia mu zasilaczy certyfikowanych. Zamawiający w tym zakresie określa nazwy certyfikatów, które powinien posiadać zasilacz. Są to certyfikaty nadawane przez jedną z organizacji Ecos Consulting organizacja ta powstała w wyniku działalności przedsiębiorstw użyteczności publicznej z terenów Kanady i USA w celu wyważenia interesów pomiędzy realizacją celów proekologicznych uzyskiwanych przy stosowaniu zasilaczy o wysokiej sprawności, a handlowymi potrzebami firm produkujących te zasilacze. Certyfikacja ta jest dobrowolna i odpłatna. Nadto jej wytyczne zostały uwzględnione w specyfikacji Energy Star`s Computer v. 4. Na rynku pojawiła się także inicjatywa olimpijskiego systemu oznaczeń przez EPEAT (Electronic Product Environmental Assessment Tool) oraz Cybernetics ETA. Oznacza to, że na rynku istnieją certyfikaty równoważne do certyfikatu opisanego przez zamawiającego. Sam zamawiający ustanawiając wymóg stanowi o obowiązku certyfikacji certyfikatem 80 PLUS lub równoważnym, a więc oczekuje wykazania się nie równoważną sprawnością zasilacza, jak podnosił odwołujący, ale równoważnym certyfikatem do certyfikatu 80 Plus Titanium lub Platinum. Zdefiniowanie jaką sprawnością, przy jakim obciążeniu muszą się wykazywać zasilacze nie oznacza w ocenie Izby, że zamawiający określił przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia czy źródła lub szczególnego procesu, ale zamawiający postawił wymaganie zasilaczy wysokiej sprawności certyfikowanych. Dookreślenie sprawności wymaganej nie odnosi się do równoważnego przedmiotu zamówienia, bo zamawiający dopuścił wszystkie zasilacze nie zależnie od producenta, czy źródła pochodzenia, ale do określenia jakie certyfikaty uzna zamawiający za równoważne. Wśród certyfikatów 80 Plus występują certyfikaty potwierdzające różną sprawność, a zamawiający w SWZ wskazał dwa z nich, które potwierdzają sprawność na poziomie opisanym dla

certyfikatu równoważnego. Biorąc pod uwagę, że zamawiający na etapie tworzenia SWZ nie mógł przewidzieć jakie certyfikaty posiadają zasilacze, które zostaną mu zaoferowane dla ustalenia, kiedy dany certyfikat będzie uznany za równoważny musiał określić, co ten certyfikat powinien potwierdzać i w ocenie Izby jedynie w ten sposób należy rozumieć wymóg zasilacza certyfikowanego certyfikatem równoważnym do certyfikatu 80 Plus Titanium lub 80 Plus Platinum. Izba dała zatem wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że zamawiający zamierzał zweryfikować spełnienie wymagania zasilacza certyfikowanego za pomocą informacji o tym jaki certyfikat zasilacz posiada. W sprawie nie jest sporne, że przystępujący FAST IT wskazał szereg certyfikatów jakie posiada zasilacz, przy czym zamawiający nie był w stanie ustalić, które ze wskazanych certyfikatów były certyfikatami podanymi przez wykonawcę jako równoważne certyfikatom 90 Plus Titanium lub 80 Plus Platinum. Wykonawca FAST IT uczynił zadość wezwaniu zamawiającego wyjaśniając, że są to certyfikaty IEC i EN. Odwołujący nie zarzucał, że te certyfikaty nie potwierdzają sprawności na poziomie odpowiadającym certyfikatom 80 Plus Titanium i 80 Plus Platinum. W ocenie Izby rację ma zamawiający i przystępujący FAST IT, że w odniesieniu do tego wymogu zamawiającego nie było konieczności wykazywania się produktem równoważnym, ale wykazania, że produkt oferowany dysponuje równoważnym certyfikatem do certyfikatu wskazanego w SWZ. Zamawiający nie oczekiwał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych – pkt. 15.19 SWZ, w tym przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatów tak referencyjnych jak i równoważnych w rozumieniu art. 105 ust. 1 i ust. 3 ustawy.

Zamawiający oczekiwał jedynie podania nazwy certyfikatu, którym certyfikowany jest zasilacz. Wykonawca zrobił to wraz ze złożeniem oferty, a na wezwanie zamawiającego podał jedynie, które ze wskazanych w ofercie certyfikatów są równoważne do 80 Plus Titanium lub 80 Plus Platinum. Co więcej nie będąc do tego zobowiązany wykazał zamawiającemu za pomocą dokumentacji technicznej, że ofertowane serwery są wyposażone w zasilacze o sprawności uprawniającej do nadania certyfikatu oczekiwanego przez zamawiającego. Biorąc to wszystko pod uwagę Izba nie dopatrywała się naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy przez wezwanie do wyjaśnień mające na celu obejście wymogu wykazania równoważności zasilaczy w dacie składania ofert (bo ten wymóg odnosił się do równoważności certyfikatów, a nie zasilaczy, nadto zamawiający weryfikował go wyłącznie na podstawie oświadczeń wykonawców, a nie przedmiotowych środków dowodowych, których składania nie wymagał).

Zarzut ewentualny: uznanie, że dokumentacja techniczna wydana po złożeniu ofert stanowi wystarczający dowód na spełnienie wymogów OPZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący oparł swój zarzut na przekonaniu, że wykonawca wraz z ofertą miał wykazać równoważność oferowanego przedmiotu zamówienia

w rozumieniu art. 101 ust. 5 i 6 ustawy. Zarzut ten jednak w ocenie Izby nie został wykazany. Zdaniem Izby brak jest dowodów na to, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu w rozumieniu art. 99 ust. 4 ustawy ani przez wskazanie norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, czy też wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności (art. 101 ust. 5 i 6 ustawy), które wymagałyby wykazania równoważności. Przy czym należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 101 ust. 6 ustawy, aby konieczne było wykazywanie równoważności przez załączanie do oferty dowodów, zamawiający musi wskazać w SWZ, że żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych – art. 107 ust. 1 ustawy. Przepis bowiem art. 107 ust. 1 ustawy stanowi, jeśli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, to wykonawca składa je wraz z ofertą, a contrario. Jeśli zamawiający nie żąda przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca nie musi ich składać, co nie pozbawia zamawiającego prawa do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy. W tym postępowaniu bezsporne jest, że zamawiający przedmiotowych środków dowodowych nie składał, zatem złożenie przez wykonawcę FAST IT dokumentacji technicznej nie można oceniać w kategoriach złożenia przedmiotowego środka dowodowego, ale w kategorii elementu wyjaśnień treści oferty na wezwanie zamawiającego. Skoro art. 223 ust. 1 ustawy dotyczy wyjaśnień treści oferty, to oferta musi już być złożona, zatem argumentacja wyjaśniająca wykonawcy nie musi wykazywać być oparta o jakiegokolwiek dokumenty, a nawet jeśli wykonawca na taki krok się decyduje to nie musi posługiwać się dokumentami wystawionymi w dacie składania ofert. Ważne, żeby zamawiający na podstawie wyjaśnień był w stanie ustalić, czy złożona oferta spełnia wymagania SWZ od chwili jej złożenia. Jak wynika z ustaleń Izby poczynionych na podstawie przedstawionych przez odwołującego IT Solution Factor wersji dokumentacji nr 13, 14 i 15, okoliczności wyjaśniane za pomocą tych dokumentacji (to jest zasilaczy) były prezentowane tak samo niezależnie od wersji dokumentacji technicznej. Tym bardziej zatem niezasadny jest zarzut odwołującego, że zamawiający opierając się na dokumentacji technicznej w wersji opublikowanej po dacie składania ofert naruszył przepisy ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy, 6.11 SWZ, 15.19 SWZ, art. 223 ust. 1 ustawy, art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt c) ustawy, art. 107 ust. 1-3 ustawy, art. 20 ust. 2 i 3 ustawy, pkt 14.1 SWZ, 15.2 SWZ, 15.20.5. SWZ, 15.20.6 SWZ - przez zaniechanie odrzucenia oferty wskutek:

- 1) bezpodstawnego zwolnienia wykonawcy z obowiązku złożenia wraz z ofertą specyfikacji technicznej dotyczącej produktu lub usługi równoważnej
- 2) bezpodstawnego przyjęcia, że dokumenty złożone przez wykonawcę z ofertą lub w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 23.08.2022 r. pismem z 05.09.2022 r. - nie

budzą wątpliwości, chociaż budzą wątpliwości i wynika z nich niezgodność z wymogami OPZ – co do posiadania przez zaoferowany produkt lub usługę takich samych lub lepszych parametrów technicznych, jakościowych, funkcjonalnych jak określone przez zamawiającego w OPZ, czyli wynika niezgodność z OPZ produktów równoważnych,

3) bezpodstawnego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w ramach procedury składania wyjaśnień treści oferty, która to procedura nie przewiduje możliwości wzywania do uzupełnienia dokumentów (dowodów) i przyjęcie, że wykonawca mógł złożyć pismem z 05.09.2022 r. po dniu składania ofert dodatkowe dokumenty (dowody) stanowiące treść oferty lub związane z ofertą:

- Deklaracja zgodności producenta HPE (oryginał i tłumaczenie)

- Dyrektywa Unijna (EU) 2019/424 (oryginał i tłumaczenie)

- „Specyfikacje producenta serwerów” – dwa dokumenty, które mają nazwy

- i. HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus (54 strony A4) i

- ii. HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 (67 stron A4)

- dokument „Mail od inżyniera-architekta producenta, z wyjaśnieniami dotyczącymi zasilaczy” – plik ma nazwę „korespondencja PE”, został wysłany przez P. H.

choć te dokumenty powyżej mogły co najwyżej być złożone maksymalnie w dniu składania ofert, a nie po dniu składania ofert i zamawiający nie miał prawa do wzywania do złożenia dokumentów (dowodów) w ramach procedury wyjaśnień oferty, a które to dokumenty stanowią uzupełnienie oferty o nowe treści.

W zakresie zarzutów opisanych w punkcie 1, 2 i 3 Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone przy rozstrzygnięciu zarzutów poprzedzających i oddala oba zarzuty nie dopatrując się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu przepisów ustawy.

4) Bezpodstawnego dopuszczenia części dokumentów złożonych przez wykonawcę w języku obcym (po angielsku) bez tłumaczeń na język polski i wskutek tego bezpodstawnego przyjęcia, że dokumenty nie budzą wątpliwości, chociaż dokumenty złożone przez wykonawcę wraz z pismem z 05.09.2022 r., nie przetłumaczone na język polski - budzą wątpliwości (1) już z samego faktu nie przetłumaczenia na język polski i faktu, (2) że część dokumentów została wydana po dacie składania ofert i są niezgodne z wymogami przepisów i dokumentacji postępowania co do obowiązującego w postępowaniu języka, – chodzi o dokumenty:

- Specyfikacje producenta serwerów” – dwa dokumenty, które mają nazwy

- i. HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus (54 strony A4) – dokument po angielsku, bez tłumaczenia

- ii. HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 (67 stron A4) – dokument po angielsku, a do tego wydany po złożeniu ofert do zamawiającego

- dokument „Mail od inżyniera-architekta producenta, z wyjaśnieniami dotyczącymi zasilaczy” – plik ma nazwę „korespondencja PE”, został wysłany przez P. H. – dokument w części nie przetłumaczony na język polski

a tym samym zamawiający zaniechał prowadzenia postępowania w języku polskim wobec wykonawcy, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości prowadzenia postępowania w języku innym niż polski, nie zastosował wymogu rozliczenia dokumentów technicznych w języku innym niż polski zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania i bezpodstawnie uznał dokumentację techniczną, która budzi wątpliwości za niebudzącą wątpliwości i bezpodstawnie uznał ofertę za najkorzystniejszą, chociaż nie spełnia wymogów OPZ, SWZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z wyżej czynionych rozważań zamawiający nie wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych, nie wymagał również wsparcia wyjaśnień treści oferty dowodami pochodzącymi od producenta, czy jego przedstawiciela. Zamawiający wymagał jedynie wskazania, który z podanych przez FAST IT certyfikatów jest certyfikatem równoważnym do certyfikatu 80 Plus Titanium lub 80 Plus Platinum. W tym zakresie wykonawca udzielił wyjaśnień w języku polski, co spełniało wymagania zamawiającego z pkt.14. 1 oraz 15.20.5.

Dokumenty nadmiarowe nie wymagane przez zamawiającego nie musiały w ocenie Izby czynić zadość przedstawienia ich wraz z tłumaczeniem na język polski. Jak wynika bowiem z wyjaśnień zamawiającego nie opierał się na nich przy ocenie treści wyjaśnień. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu przepisów ustawy.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy, 6.11 SWZ, 15.19 SWZ, art. 223 ust. 1 ustawy, art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt c) ustawy, art. 107 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wskutek bezpodstawnego przyjęcia przez zamawiającego, że dokumentacja techniczna HPE ProLiant DL385 Gen10 Plus v2 (67 stron A4), która została wydana 15 sierpnia 2022 i która została złożona wraz z wyjaśnieniami z 05.09.2022 r., potwierdza spełnianie wymogów OPZ na dzień składania ofert 9 sierpnia 2022 r., chociaż nie mogła potwierdzać, ponieważ została wydana po dniu składania ofert.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Izba w całości podtrzymuje argumentację wyrażoną powyżej, co do charakteru i znaczenia prawnej dokumentacji technicznej złożonej przez FAST IT na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Zarzut III

Wady harmonogramu i skutkujące tym bezpodstawne przyznanie 40 pkt zamiast odrzucenia oferty przez naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5, art. 218 ust. 1 i 2 ustawy, art. 139 ust. 1 ustawy, art. 239 ust. 1 i 2 ustawy, pkt 20.1 i 20.1.2 SWZ, art. 223 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wskutek

1) bezpodstawnego zezwolenia na dokonanie zmiany oferty w wyjaśnieniach wykonawcy z 05.09.2022 r., w których to wyjaśnieniach wykonawca przedstawił dwa wariantowe harmonogramy i to o różnych, wykluczających się terminach i założeniach, do tego niezgodnych z SWZ i wezwaniem zamawiającego, chociaż wykonawca w ofercie zaoferował jeden harmonogram wdrożenia i można było wyłącznie wyjaśniać jeden harmonogram wdrożenia, a nie przedstawiać dwa różne wariantowe harmonogramy

2) błędnego przyjęcia, że wykonawca przedstawił rzetelne obliczenia terminów dostaw w stosunku do wymogów OPZ, chociaż są one nierzetelne, nielogiczne i niezgodne z dokumentacją postępowania i nie odpowiadają na wszystkie zadane przez zamawiającego pytania w wezwaniu z 24.08.2022 r. i wykonawca nie wyjaśnił, że możliwe jest zrealizowanie wszystkich czynności wymaganych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania składających się na deklarowane 5 dni roboczych,

3) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, która jest niezgodna z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia i z przepisami ustawy, jest wariantowa, a wykonawca mógł złożyć jedną ofertę z jednym terminem dostawy, a nie dwie oferty z dwoma terminami dostawy, a z wyjaśnień z 05.09.2022 r. oferty wynika, że wykonawca oferuje dwa różne wykluczające się terminy dostawy dotyczące pkt 1a oferty, a wskutek powyższego:

4) wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej choć podlegała ona w związku ze stwierdzonymi w odwołaniu naruszeniami odrzuceniu,

5) nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy i przyznanie wykonawcy w kryterium „Termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem” 40 punktów zamiast odrzucenia tej oferty bez przyznawania punktów, [odnośnie pierwszego harmonogramu zawartego w wyjaśnieniach oferty na stronie 6 wyjaśnień z 5 września 2022 r. głównie w siedmiu punktach]

6) bezpodstawne zwolnienie wykonawcy z obowiązku przewidzenia w harmonogramie zobowiązań z III pkt 1.3 OPZ – polegającego na konieczności powiadomienia zamawiającego z 2 dniowym wyprzedzeniem przed dostawą – chociaż ten punkt OPZ tego bezwzględnie wymaga

7) przyjęcie przez zamawiającego niezgodnie z pkt III 2.7 OPZ, że wykonawca nie musiał wyznaczać okna serwisowego na część prac - chociaż ten punkt OPZ wyznacza taki obowiązek, w sytuacji wystąpienia prawdopodobieństwa przerw w działaniu Środowiska zamawiającego [odnośnie drugiego harmonogramu zawartego w wyjaśnieniach oferty na stronie 7 i 8 wyjaśnień z 5 września 2022 r. głównie w siedmiu punktach]



8) przyjęcie bez podstawy prawnej, że zgodne z SWZ jest złożenie 2 harmonogramów, które są wariantowe, alternatywne, a ten drugi harmonogram przedstawia jeszcze krótsze niż deklarowane 5 dni roboczych w pkt 1a oferty terminy i rozpoczęcie realizacji umowy przed zawarciem umowy, a więc jest niezgodny z ofertą wykonawcy, a zamawiający nie wyrażał zgody na przedstawienie dwóch ofert, dwóch wariantowych różnych harmonogramów, tylko żądał złożenia wyjaśnień do jednego harmonogramu, który był wpisywany do formularza oferty w pkt 1a, a wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił dwa różne wykluczające się harmonogramy.

9) bezpodstawne zaakceptowanie niezgodnego z dokumentacją postępowania założenia wykonawcy, że przed podpisaniem umowy wykonawca lub zamawiający wykonają jakiegokolwiek czynności określone dopiero umową, która zostanie w przyszłości ewentualnie zawarta lub że zawiadomienia lub czynności wykonane przed zawarciem umowy wywołują skutki prawne – co stanowi naruszenie (1) pkt IV. Tom III OPZ – który wyraźnie przewiduje, że najwcześniej przed przystąpieniem do dostawy (a w terminie do 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy) wykonawca opracuje i przekaze zamawiającemu Projekt Techniczny Wdrożenia i (2) art. 432 ustawy prawo zamówień publicznych (zgodnie z którym umowa jest zawierana pod rygorem nie-ważności w formie pisemnej)

10) bezpodstawne zaakceptowanie błędnego założenia niezgodnego z dokumentacją postępowania, że wykonawca dokona dostawy sprzętu w dniu zawarcia umowy (który nazywa „dniem zerowym”) co jest niezgodne chociaż z (1) III pkt 1.3 Tom III SWZ OPZ – który przewiduje, że przed rozpoczęciem dostaw wykonawca ma obowiązek dostarczyć powiadomienie zamawiającemu z minimum 2 dniowym wyprzedzeniem, a powiadomienie może zostać wysłane dopiero po zawarciu umowy i (2) co jest niezgodnie z art. 432 ustawy prawo zamówień publicznych – ponieważ nie można rozpoczynać wykonywania zobowiązań przed zawarciem umowy

11) przyjęcie niezgodnie z pkt III 2.7 OPZ, że wykonawca nie musiał wyznaczać okna serwisowego na pracę, - chociaż ten punkt OPZ wyznacza taki obowiązek, w sytuacji wystąpienia prawdopodobieństwa przerw w działaniu Środowiska zamawiającego

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Izba w tym zakresie w całości podtrzymuje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu sprawy KIO 2744/22, co do braku jednoznacznego wzorca określającego sposób obliczenia terminu ocenianego w kryterium oceny ofert, a tym samym braku możliwości stwierdzenia niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Zarzut IV

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 126 ust. 1 ustawy, ponieważ oferta wykonawcy powinna być odrzucona i wykonawca nie powinien być wzywana do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a to odwołujący powinien być wezwany do złożenia podmiotowych

środków dowodowych. Przechodząc do zarzutów związanych z brakiem sankcji odrzucenia oferty wariantowej, bo oferującej dwa różne terminy dostawy sprzętu wraz z wdrożeniem, przewidującej dwa możliwe harmonogramy realizacji zamówienia podstawowego w zakresie weryfikowanym w kryterium oceny ofert, to Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego FAST IT, że przystępujący FAST IT przedstawił tylko jeden termin oceniany w kryterium oceny ofert oraz tylko jeden harmonogram służący przedstawienia na linii chronologicznej sposób dojścia wykonawcy do deklarowanego terminu 5 dniowego. Co do braku wariantowości i braku dwóch harmonogramów, to Izba oparła się o następujące fragmenty wyjaśnień wykonawcy FAST IT z dnia 5 września 2022 r.

W odniesieniu do deklarowanego w ofercie terminu 5 dniowego wykonawca wprost potwierdził, że podtrzymuje ten termin „Mimo uwag przedstawionych wyżej, wykonawca nadal deklaruje wykonanie dostawy i wdrożenia w ciągu 5 dni roboczych, uwzględniając następujący harmonogram działań.” W tym miejscu następuje w 7 punktach opis czynności wykonawcy FAST IT od momentu podpisania umowy do momentu przekazania zamawiającemu dokumentacji powykonawczej. Termin ten odpowiada terminowi wskazanemu w ofercie i wynoszącemu 5 dni.

Izba zauważa, że w dalszej części tego pisma przystępujący FAST IT wskazuje, że „Warto także zauważyć, że każdy wykonawca może uprzedzająco wykonać pewne czynności np. te opisane w pkt. 1 można już przygotowywać po wezwaniu wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych (...)” „Biorąc powyższe pod uwagę, zakładając wolę współpracy Zamawiającego przy realizacji zamówienia, w szczególności od momentu wyboru oferty wykonawcy jako najwyższej punktowanej, możliwe jest zrealizowanie dostawy i wdrożenia w terminie krótszym niż zadeklarowane 5 dni roboczych przez wykonawcę.” Izba wzięła pod uwagę, że przystępujący mówi tu jedynie o pewnej możliwości przystąpienia do przygotowywania świadczenia zamówienia, z resztą również sam odwołujący w stanowisku pisemnym też zakłada pewne czynności jak zorganizowanie dostaw, czy przygotowanie oznaczenia okablowania przed zawarciem umowy. Nie oznacza to, że przystępujący szacując termin podany w ramach kryterium założył świadczenie przed terminem zawarcia umowy. Taka konstatacja z pierwszego harmonogramu na str. 6 nie daje się wywieść. W ramach drugiego harmonogramu wykonawca mówi, że „powyższy okres wykonawca może wykorzystać na przygotowanie projektu technicznego”, że „przy takich założeniach harmonogram działań wyglądałby w sposób następujący”. Te wszystkie sformułowania świadczą, że postanowienia harmonogramu tzw. drugiego nie są wiążące, stanowią jedynie prezentację pewnej możliwości, którą dostrzegł przystępujący, ale to nie tę możliwość analizował przy ustalaniu terminu w formularzu ofertowym. W ocenie Izby zatem jedynym zaoferowanym terminem jest termin 5 dni roboczych, nie został on w wyjaśnieniach FAST IT zmieniony, ani nie wprowadzono drugiego alternatywnego terminu. Co w konsekwencji oznacza, że niezasadne są również zarzuty od-

wołującego co do braków w obliczeniu terminu wskazanych w stosunku do tzw. harmonogramu drugiego. Harmonogram I nie przewiduje czynności przed zawarciem umowy, przewiduje w pkt. 1 str. 6 zawiadomienie zamawiającego z dwudniowym wyprzedzeniem, co przyznał sam odwołujący na rozprawie, wskazuje jak zamierza wykonać swoje zamówienia w terminie 5 dni. W ocenie Izby nie zostało udowodnione, że wykonanie tylko tych czynności, które zamawiający przewidział dla dostawy sprzętu i wdrożenia nie jest możliwe w terminie założonym przez odwołującego. Co do okna serwisowego, to w ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, sam odwołujący w swoich wyjaśnieniach twierdzi, że SWZ, co do obowiązku przewidzenia okna serwisowego była niejednoznaczna „Według wiedzy na etapie postępowania (wynikającej z SWZ, OPZ, wyjaśnień) – nie ma pewności czy te 3 dni robocze trzeba również doliczyć do obliczania terminów czy nie. . Wykonawca z ostrożności doliczył te trzy dni robocze (czyli przewidział, że zgłoszenie nastąpi w ramach 8 dni roboczych), ale zrobił tak z ostrożności, bo nie jest pewne, czy do obliczenia terminu w kryterium oceny ofert, trzeba było je wliczyć, bo może nie będzie potrzeby wykonania prac, które mogą spowodować przerwy w działaniu środowiska zamawiającego”. Skoro odwołujący twierdzi, że nie jest pewne czy zamawiający wymagał okna serwisowego, to nie może skutecznie w tym zakresie podnosić zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, bo istnienie tych warunków było wątpliwe. Skoro istniały wątpliwości, na co sam wskazywał, to nie można było interpretować wymogów SWZ na niekorzyść przystępującego FAST IT. Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z uzasadnieniem orzeczenia w zakresie dotyczącym spełniania przez zaoferowany przez FAST IT serwer HPE Proliant DL 385 10 Gen Plus v2 wymogu karty sieciowej posiadającej porty zintegrowane z płytą główną Izba dopatrzyła się w ofercie przystępującego FAST IT nie wykazania spełniania wymagań opisanych w rozdziale II Tomu III OPZ w odniesieniu do kart sieciowych. W tej sytuacji zamawiający nie powinien był uznać, że oferta odwołującego może być oceniona jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji nie miał podstaw do zastosowania art. 126 ust. 1 ustawy. Tym samym zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust.1 i 2 ustawy przez nieprawidłowe zastosowanie i wybór oferty wykonawcy, zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej choć podlegała ona wyborowi, jako zgodna z warunkami zamówienia, i to z odwołującym zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i zawrzeć z odwołującym umowę

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z uzasadnieniem orzeczenia w zakresie dotyczącym spełniania przez zaoferowany przez FAST IT serwer HPE Proliant DL 385 10 Gen Plus v2 wymogu karty sieciowej posiadającej porty zintegrowane z płytą główną Izba dopatrzyła się w ofercie przystępującego FAST IT nie wykazania spełniania wymagań opisanych w rozdziale II Tomu III OPZ w odniesieniu do kart sieciowych. W tej sytuacji zamawiający nie powinien był uznać, że oferta odwołującego jest oferta najkorzystniejszą, skoro powinna podlegać odrzuceniu. Izba uznała, że odwołanie zasługuje w tym zakresie na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1) ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut potwierdził się. Skoro zamawiający dokonał wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, to naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. W konsekwencji zasadne było uznanie, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Inne zarzuty wskazane w uzasadnieniu.

Zarzut nie został skonkretyzowany. Izba wbrew stanowisku odwołującego nie dopatrzyła się w treści odwołania innych zarzutów niż postawione w petitum odwołania. Zarzuty oparte są na opisanych szeroko w petitum stanach faktycznych i w ocenie Izby argumentacja podana w uzasadnieniu odwołania nie prowadzi do ustalenia, że postawiono jeszcze inne zarzuty. Tym samym Izba nie rozpoznała tak skonstruowanego zarzutu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego i zamawiającego. Izba uwzględniła zarzuty odwołania w części to jest uwzględniła dwa z czterech postawionych zarzutów, czyli odwołujący wygrał sprawę w 1/2 i w tym zakresie należy mu się zwrot kosztów postępowania tj. 7 500 zł. tytułem zwrotu 1/2 uiszczonego wpisu i 1 798, 88 zł.

tytułem zwrotu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego. Izba zatem zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego łącznie kwotę 9 299 zł. (zgodnie z par. 7 ust. 6 cyt. rozporządzenia) jako zwrot kosztów postępowania obejmujących uzasadnione koszty strony obejmujące wpis i koszty zastępstwa prawnego. Zamawiający nie zgłosił kosztów, które podlegałyby wzajemnej kompensacie.

### **Sygn. akt KIO 2743/22**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: FAST IT, IT Solution Factor, Symmetry, pomimo tego, że zaoferowany przez tych wykonawców termin dostawy Sprzętu wraz z wdrożeniem (odpowiednio 5, 8, 12 dni) miał na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego a tym samym uniemożliwienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, co oznacza złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Izba w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w rozważaniach dotyczących zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226v ust. 1 pkt 7 w sprawie sygn. akt KIO 2744/22 jeśli chodzi o brak możliwości ustalenia negatywnego wzorca obyczaju stanowiącego przejaw nieuczciwej konkurencji przy składaniu ofert. Natomiast, co do zarzutu przedstawienia więcej niż jednego terminu w kryterium oceny ofert przez wykonawcę FAST IT, to Izba w tym zakresie podtrzymuje stanowisko wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 2728/22. W konsekwencji Izba nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy FAST IT, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut jest konsekwencją zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy. Skoro Izba nie dopatryła się czynu nieuczciwej konkurencji w złożeniu ofert przez wykonawców FAST IT, IT Solution Factor i Symmetry, to również nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczzonego wpisu odwołującego.

**Przewodniczący: .....**