

WYROK
z dnia 27 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2012 r. przez Odwołującego – Polcom spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Skawinie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Instytut Ochrony Środowiska w Warszawie, przy udziale wykonawcy – Bazy i Systemy Bankowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Instytutowi Ochrony Środowiska w Warszawie: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Instytut Ochrony Środowiska w Warszawie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Polcom Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Skawinie, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Instytutu Ochrony Środowiska w Warszawie, na rzecz Odwołującego – Polcom Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*świadczenie usług kolokacyjnych w trybie outsourcingu polegających na udostępnieniu lokalizacji wraz z niezbędną infrastrukturą teletechniczną, informatyczną, wsparciem technicznym oraz pozostałych usług niezbędnych do prawidłowego działania systemu Krajowej bazy o emisjach cieplarnianych oraz innych substancji dla potrzeb Instytutu Ochrony Środowiska Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 października 2012 r. pod nr 410134/2012.

II. Wobec czynności odrzucenia oferty Odwołujący w dniu 7 grudnia 2012 r. złożył odwołanie, zarzucając naruszenie:

- art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 ustawy, poprzez jednoczesne wskazanie ich jako podstaw do odrzucenia oferty, choć wskazywane przepisy stanowią samodzielne przesłanki do odrzucenia oferty opierające się na innych stanach prawnych i faktycznych i łączne zastosowanie obu przepisów powoduje naruszenie procedury ustawy, poprzez fakt, iż art. 90 ma zastosowanie do ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, zaś art. 89 ust. 1 wskazuje na podstawy odrzucenia oferty wykonawcy jako katalogu zamkniętego już po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, a określenie tylko w podstawie prawnej odrzucenia oferty ust. 1 uniemożliwia wykonawcy odniesienie się do zarzutów Zamawiającego i do przyczyny odrzucenia oferty.
- art. 89 ust. 1 ustawy, poprzez brak wskazania przesłanki uzasadniającej odrzucenie oferty wykonawcy;
- art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez podanie przez zamawiającego jako podstawy odrzucenia oferty nie złożenia przez wykonawcę wykazu osób, podczas gdy wykonawca złożył wykaz osób, która to czynność wyklucza możliwość zastosowania tego trybu do odrzucenia oferty wykonawcy,
- art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów, które nie

były wymagane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez naruszenie zasad - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w toku czynności badania ofert.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż:

- po złożeniu oferty przez wykonawcę, którego zdaniem wypełnia ona wszystkie założenia SIWZ, Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia braków oferty polegających na „*uzupełnieniu oferty poprzez dostarczenie listy certyfikatów związanych z platformą VM Ware posiadanych przez osoby mające realizować zamówienie, a także wskazanie które z tych osób posiadają certyfikat poziomu „VMWare Certified Professional”*”. Wykonawca złożył wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, wskazując zgodnie z treścią wezwania - listę certyfikatów związanych z platformą VMWare i wskazał osoby, które te certyfikaty posiadają oraz wskazał osoby mające wykonywać zamówienie - jako wykaz osób. Zamawiający pismem z dnia 4 grudnia 2012 r. odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 i art. 90 ust. 3 - brak złożenia dokumentu pn. „wykaz osób”. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w załączonym do Oferty wykazie osób uczestniczących w realizacji zamówienia nie wyszczególniono personelu z udokumentowaną znajomością zagadnień związanych z konfiguracją i administracją platformą wirtualną VMware. Stwierdzono, że dostarczono jedynie oświadczenie posiadania takich certyfikatów a nie certyfikaty. W ocenie Zamawiającego ta część zamówienia była kluczową częścią infrastruktury technicznej Systemu Krajowej bazy. Podniesiono również w uzasadnieniu, że w załączonym do oferty harmonogramie backupów proponowana przez wykonawcę metoda przeprowadzania backupów bazy danych (replikacja master-slave) nie jest adekwatna pod względem niezawodnościowym i jakościowym.
- wskazanie art. 89 ust.1 jako podstawy do odrzucenia oferty jest niewystarczającym wskazaniem podstawy prawnej w świetle ustawy prawo zamówień publicznych. Przepis a szczególnie ust. 1 tego artykułu wskazuje wyliczenie enumeratywne przypadków, w których zamawiający może dokonać odrzucenia oferty. Ustęp 1 art. 89 wskazuje 8 niezależnych przesłanek umożliwiających zamawiającemu wykonanie czynności w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Wykonawca w tak określonej podstawie prawnej przez Zamawiającego nie jest w stanie określić się co do przyczyn, dla których jego oferta uległa odrzuceniu i na jakiej podstawie.

- wskazanie art. 90 ust. 3 również jako postawy odrzucenia oferty jest nieprawidłowe, ponieważ art. 90 ma zastosowanie do ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 89 ust. 1 wskazuje na podstawy odrzucenia oferty wykonawcy jako katalogu zamkniętego już po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, a określenie tylko w podstawie prawnej odrzucenia oferty ust. 1 uniemożliwia wykonawcy odniesienie się do zarzutów Zamawiającego i do przyczyny odrzucenia oferty. Niemniej analizując czynności zamawiającego w toku postępowania a to wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 do dostarczenia listy certyfikatów związanych z platformą VMware posiadanych przez osoby mające realizować zamówienie, a także wskazanie które z wykazanych w ofercie osób posiadają certyfikaty poziomy VMware Certified Professional - uznać należy, że Zamawiający wezwał Odwołującego do dostarczenia listy certyfikatów, a nie certyfikatów, co Odwołujący uczynił.

- w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 7.1 rubryka 3 „wykaz osób” wykonawca w celu wykazania przez niego spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy widnieje zapis Zamawiającego o treści *„./.../ wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonywania zamówienia ./.../”*. Powyżej wskazana argumentacja w sposób jednoznaczny wykazuje, że wykonawca wypełnił obowiązek zgodnie z literalną treścią wezwania jak i samej SIWZ, a zatem zarzut wskazany przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty w brzmieniu *„nie złożono dokumentu: wykaz osób”* nie jest prawdziwą przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego.

- wskazany przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy reguluje procedurę postępowania w przypadku uzasadnionego podejrzenia, iż wykonawca przedstawił w ofercie rażąco niską cenę, zaś takiej procedury w toku postępowania o udzielenie zamówienia w ogóle nie procedowano co potwierdza powołanie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w wezwaniu wykonawcy z dnia 26 listopada 2012, a nie jak wynika z zawiadomienia o odrzuceniu oferty art. 90 ust. 3 ustawy;

- z treści orzeczenia ZA UZP z 20 lutego 2006 r. UZP/ZO/0-424/06 wynika, że brakiem o którym mowa w art. 26 ust. 3 nie mogą być dokumenty, których zamawiający nie żądał w SIWZ;

- pomimo podania jako podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego art. 90 ust. 3 ustawy, Zamawiający wskazał w zawiadomieniu, iż *„w załączonym do oferty harmonogramie backupów proponowana przez wykonawcę metoda przeprowadzania backupów bazy danych (replikacja master-slave) nie jest adekwatna pod względem niezawodnościowym oraz jakościowym”*. Zdaniem Odwołującego, powyższa argumentacja Zamawiającego w żadnej mierze nie przystaje w tym zakresie do wskazywanych podstaw odrzucenia oferty na w/w podstawie. Odwołujący odnosi się do tej części uzasadnienia albowiem w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazuje trzecią, jeszcze inną podstawę odrzucenia oferty - a to art. 89 ust.1 pkt 2 w/w ustawy.

- powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty jest niezaskarżalne w tego typu procedurze postępowania o udzielenie zamówienia i nie będąc przedmiotem zaskarżenia uniemożliwia Odwołującemu złożenie odwołania od tej czynności Zamawiającego i ustosunkowania się to tej kwestii, co należy traktować jako naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 - zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w toku czynności badania ofert;

- proponowana przez wykonawcę metoda przeprowadzania backupów bazy danych (replikacja master-slave) jest adekwatna pod względem niezawodnościowym oraz jakościowym. W zaproponowanej architekturze replikacja baz danych wykonywana jest w trybie ciągłym (online). Zmiany na bazie danych zapisywane są automatycznie na drugiej instancji bazy danych (MySQL SLAVE). Zaproponowana architektura jest zgodna z zaleceniami producenta baz danych MySQL. Dzięki temu rozwiązaniu produkcyjna baza danych (MySQL MASTER) nie jest dodatkowo obciążana wykonywaniem operacji backupu. Jest to jedyne słuszne i dopuszczalne rozwiązanie dla mocno obciążonych baz danych. Rozwiązanie to daje gwarancję wysokiej dostępności, gdyż nie trzeba zatrzymywać bazy danych lub nadawać jej trybu 'read only' w celu wykonania konsystentnej kopii zapasowej bazy danych. Tego typu rozwiązanie jest wykorzystywane do tworzenia kopii zapasowej jednej z największych platform blogowych w Polsce (ponad 1,7 mln blogów, ponad 2 TB danych w MySQL). W świetle powyższej argumentacji, zarzut Zamawiającego dotyczący nieadekwatnej metody przeprowadzania backupów jest bezzasadny. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający wskazuje na ewentualną zawodność i jakość przedstawionej w ofercie metody backupów, Odwołujący odnosząc się do pkt 2.3.3 SIWZ (System backupowy) i jego warunków wskazał, że poszczególne wskazane w nim warunki zostały spełnione i podał zaproponowane w ofercie rozwiązanie: *„Wymaga się, aby Wykonawca zapewnił stosowne oprogramowanie archiwizujące oraz sprzęt do wykonywania i odtwarzania kopii zapasowej”* - zaproponowany system to TIVOLI STORAGE MANAGER oraz kopie migawkowe (snapshot) maszyn wirtualnych spełniające wszelkie wymogi pod względem niezawodnościowym jak i jakościowym zgodnie z SIWZ, Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia; *„Wymaga się, aby Wykonawca w ramach umowy wykonał testy odtworzeniowe Systemu Krajowej Bazy we własnym Data Center”* - wykonawca ramach umowy wykona testy odtworzeniowe systemu zgodnie z SIWZ, Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia; *„Wymaga się, aby Wykonawca zaproponował Zamawiającemu harmonogram oraz metodę realizacji backupów zgodne z wymaganym SLA, w tym kompletne Procedury Database and Application Backup i Disaster Recovery Plan opisujące proces zapisu i awaryjnego odtworzenia Systemu na podstawie kopii zapasowej oraz okresowe testy odtworzeniowe”* - do oferty załączono harmonogram oraz propozycje metodę backupów zgodnie z SIWZ, Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, wymaganym przez Zamawiającego SLA, dołączono kompletne Procedury Database and Application Backup i Disaster Recovery Plan opisujące wszelkie procesy zapisu i odtworzenia na podstawie kopii

zapasowej, również dotyczące testów odtworzeniowych. Podobnie co do wymagania: „Wymaga się, aby Wykonawca zapewnił przechowywanie backupowych kopii zapasowych z danymi Zamawiającego przez cały okres trwania Umowy, w takich warunkach, które będą gwarantowały bezpieczeństwo i poufność Danych Zamawiającego, a zarazem zabezpieczą dane przed zniszczeniem lub utratą na wypadek awarii lub katastrofy Data Center.” - wykonawca zapewni przechowywanie backupowych kopii zapasowych z danymi Zamawiającego przez cały okres trwania Umowy w warunkach gwarantujących bezpieczeństwo i poufność Danych Zamawiającego, dane również zostaną zabezpieczone przed zniszczeniem lub utratą na wypadek awarii lub katastrofy Data Center. W odniesieniu do wymagania: „Wymaga się, aby system backupowy został zlokalizowany w innym budynku niż Data Center (obowiązkowo w strefie chronionej), tak, aby na wypadek poważnej awarii lub katastrofy Data Center, możliwe było szybkie odtworzenie pracy Systemu w innym miejscu. Wymaga się, aby wykonywanie kopii zapasowych odbywało się w następujących trybach: w cyklu codziennym - kopia zapasowa przyrostowa systemu plików i baz danych MySQL dla Systemu Krajowej Bazy w trybie ciągłym minimum co 3 godziny; kopia pełna bazy danych i zawartości wybranych katalogów co 24 godziny; w cyklu tygodniowym - kopia zapasowa pełna (pełne obrazy maszyn)” - do oferty załączono procedurę wykonywania kopii zapasowych, pkt. 1.6 harmonogram wykonywania backupu, jest zgodny z SIWZ, Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia;

- w przypadku kwestionowania powyższej argumentacji przez Zamawiającego Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności wskazane w treści odwołania dotyczące spełnienia przez ofertę wykonawcy warunków określonych w SIWZ.

III. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie z 13 grudnia 2012 r., Zamawiający zapowiedział unieważnienie postępowania z uwagi na nieotrzymanie od instytucji nadrzędnej środków na realizację zadania objętego postępowaniem; na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, iż nie unieważnił postępowania, mimo takiej zapowiedzi wyartykułowanej w piśmie z 13 grudnia 2012 r., a decyzję w przedmiocie przyznania środków będzie posiadał w styczniu 2013r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Bazy i Systemy Bankowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Sporną w sprawie jest podstawa odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający, w piśmie o odrzuceniu oferty podał następujące uzasadnienie przedmiotowej decyzji:

„[...] na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych [Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na [...] Zamawiający był zobowiązany odrzucić Państwa ofertę z następującego powodu:

art. 90 ust. 3.

Nie złożono dokumentu: Wykaz osób

Uzasadnienie:

- *w załączonym do Oferty wykazie osób uczestniczących w realizacji Zamówienia nie wyszczególniono personelu z udokumentowaną znajomością zagadnień związanych z konfiguracją i administracją platformą wirtualną VMware [przesłano jedynie oświadczenie posiadania takich certyfikatów], będącą kluczową częścią infrastruktury technicznej Systemu Krajowej bazy,*
- *w załączonym do Oferty harmonogramie backupów proponowana przez Wykonawcę metoda przeprowadzenia backupów bazy danych [replikacja master-slave] nie jest adekwatna pod względem niezawodnościowym oraz jakościowym”*

Odwołujący w złożonej ofercie załączył informacje, tytułowane jako „Wykaz osób uczestniczących w realizacji zamówienia” na temat czterech osób, zawierające dane osobowe; wskazanie funkcji przewidzianej w zadaniu; charakter stosunku łączącego wykonawcę z daną osobą; informacje dotyczące wykształcenia i doświadczenia zawodowego. Odwołujący nie podał informacji dotyczących posiadanych przez te osoby certyfikatów czy innych tego rodzaju danych.

Ponadto, Odwołujący zamieścił w ofercie opracowania, tytułowane jako „Procedury obowiązujące w ramach realizacji zamówienia”; „Harmonogram wstępny”; „Harmonogram Backupu”.

Zamawiający wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów zamieszczonych w ofercie:

- pismem z dnia 16 listopada 2012 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych następujących „braków w ofercie”: Procedura Monitorowania; Procedura Administracji platforma VMware; Procedura Zarządzania Jakością; Procedura Disaster Recovery Plan; Procedura Security Plan; Procedura Database

and Application Backup & Restore; propozycja sposobu oraz metody pomiaru dostępności Systemu; Planu Ciągłości Działania Systemu; Polityki Bezpieczeństwa Systemu.

Analogiczne wezwanie, dotyczące odpowiednio dwóch i czterech z wymienionych dokumentów wystosowane zostało do pozostałych dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

- pismem z dnia 19 listopada 2012 r., w odpowiedzi na zapytanie Odwołującego, Zamawiający podał, że wymienione w piśmie z 16 listopada 2012 r. dokumenty są wymagane: *„Zgodnie z punktem 3.2 opisu przedmiotu zamówienia: wymaga się, aby Wykonawca opracował i wdrożył do realizacji projektu i stosował wszystkie poniższe Procedury obsługi Systemu: Procedura Monitorowania; Procedura Administracji platforma VMware; Procedura Dostępu do Data Center, Procedura Zarządzania Jakością; Procedura Database and Application Backup & Restore; Procedura Disaster Recovery Plan; Procedura Security Plan; Procedura Time Validation Plan, Procedura Version Change Management. Wymaga się, aby wzory wszystkich powyższych Procedur, a także wzór Raportu miesięcznego ze stanu realizacji i poziomu jakości usług [stan realizacji Parametrów Jakości Usług SLA], Wykonawca załączył do składanej Oferty”*. Zamawiający wskazał, że w ofercie Odwołującego znajdują się jedynie spisy treści ww. procedur, a nie ich wzory, co nie pozwala na ich analizę i określenie profesjonalizmu i rzetelności Wykonawcy. Zamawiający podał, iż zgodnie z pkt 3.6 opisu przedmiotu zamówienia, wymagano zaproponowania sposobu oraz metody pomiaru dostępności Systemu zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, które pozwolą monitorować, rejestrować i raportować stan realizacji i poziom Parametrów Jakości Usług [SLA], przy czym propozycję sposobu testowania i pomiaru dostępności Systemu należy załączyć do składanej oferty. Zamawiający powołał się również na pkt 3.7 opisu przedmiotu zamówienia, w myśl którego *„Wymaga się, aby Wykonawca załączył do składanej oferty, propozycję harmonogramu realizacji projektu, uwzględniającego oczekiwania Zamawiającego, co do terminu uruchomienia Systemu, a także Plan Ciągłości Działania na okres przeniesienia Systemu do nowego Data Center”*.
- pismem z dnia 26 listopada 2012 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia braków w ofercie opisanych następująco: *„Prosimy o uzupełnienie oferty poprzez dostarczenie listy certyfikatów związanych z platformą VMware posiadanych przez osoby mające realizować Zamówienie, a także wskazanie które z wskazanych w ofercie osób posiadają certyfikat poziomu „VMware Certified Professional”*.

W odpowiedzi Odwołujący uzupełnił dokumenty, składając m.in. charakterystyki czterech osób wskazanych uprzednio w ofercie, dopełnione w odniesieniu do dwóch osób o informacje o treści: „*Posiada certyfikat związany z platformą VMware, na poziomie „VMware Certified Professional”*”. Odwołujący złożył także opracowania, stosownie do wezwania Zamawiającego z 16 listopada 2012 r., dopełnionego w dniu 19 listopada 2012 r.

W świetle opisanych czynności Zamawiającego oraz Odwołującego, w pierwszym rzędzie dostrzeżenia wymaga brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], opracowanej na użytek przedmiotowego postępowania. Postanowienia SIWZ nie zostały zakwestionowane w odpowiednim czasie i trybie; w związku z tym, na etapie składania ofert a także aktualnie – dokument ten wiążącym wszystkich uczestników postępowania.

Na gruncie tego dokumentu, decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego należy uznać za bezpodstawną, zaś podniesione zarzuty – uzasadnionymi.

Nie uchybia tej ocenia fakt, że pierwszy z powodów podanych jako podstawa odrzucenia oferty [nie podanie odpowiednich certyfikatów] winien być rozpatrywany w kategorii ewentualnej podstawy do wykluczenia wykonawcy, nie zaś odrzucenia Jego oferty. Podobny skutek wywołuje wskazanie nieprawidłowej podstawy prawnej decyzji Zamawiającego [art. 89 ust. 1, art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych]. Powyższe nieprawidłowości pozostają jednak bez wpływu na wynik postępowania – uzasadnienie faktyczne decyzji Zamawiającego pozwoliło Odwołującemu odczytać motywy, jakimi kierował się Zamawiający, podjąc prawidłowo ukierunkowaną polemikę w celu zwalczania decyzji Zamawiającego; w sposób właściwy postawił zarzuty i prezentował stanowisko.

Podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, wskazane w piśmie Zamawiającego z 4 grudnia 2012 r. nie znalazły potwierdzenia z następujących powodów:

1. Po pierwsze, w zakresie pierwszego powodu podanego jako podstawa odrzucenia oferty, to jest nie wyszczególnienia personelu z udokumentowaną znajomością zagadnień związanych z konfiguracją i administracją platformą wirtualną VMware [przesłanie jedynie oświadczenia posiadania takich certyfikatów], podkreślenia wymaga, że w SIWZ Zamawiający w żaden sposób nie skonkretyzował warunku w zakresie dysponowania osobami, nie postawił także szczegółowych [a nawet jakichkolwiek] wymagań w stosunku do osób, którymi powinien dysponować wykonawca, by prawidłowo wykonać zamówienie. Zamawiający nie wskazał bowiem nie tylko cech, właściwości, walorów, wykształcenia, doświadczenia, czy posiadania odpowiednich certyfikatów wobec osób, które wykonawca miał przedstawić jako wskazane do realizacji zamówienia, ale nie podał także minimalnej ilości takiego personelu. Warunek udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami został przez Zamawiającego postawiony w SIWZ jako powtórzenie ogólnej treści przepisu. Zamawiający powyższy warunek opisał bowiem następująco: „o udzielenie

zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: osoby zdolne do wykonania zamówienia. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie „spełnia/nie spełnia” [pkt 6.2 SIWZ ppkt 4 tabeli]. W części traktującej o dokumentach, jakie wykonawcy mają złożyć na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający podał jedynie, że w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy przedłożyć: „Wykaz osób. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami” [pkt 7.1 SIWZ, ppkt 3 tabeli]. Zamawiający nie opracował również wzoru wykazu osób, pozwalającego w sposób ustandaryzowany i jednolity zaprezentować wykonawcom oczekiwane przez siebie informacje na temat wskazywanych osób, co mogłoby służyć pewną pomocą w odgadnięciu intencji Zamawiającego. Na rozprawie Zamawiający podawał, że o tym, jakie kwalifikacje są niezbędne dla wykonania zamówienia, w tym jakie certyfikaty powinny posiadać osoby predestynowane do przedmiotowego zamówienia można było wyczytać z SIWZ, w tym ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia [wzór nr 1 do SIWZ] – jego punktu 1.1.1., gdzie mówi się, że szczegółowy zakres zamówienia obejmuje „Udostępnienie powierzchni kolokacyjnej wraz z niezbędną infrastrukturą teletechniczną i informatyczną, systemami bezpieczeństwa oraz wykwalfikowaną obsługą inżynierską w Data Center spełniającym wymagania opisane w niniejszym dokumencie”, a także pkt 1.1.6. ppkt 3, wskazującego, że w zakres usług outsourcingu informatycznego wchodzi m.in. „Pełna administracja platformą wirtualną VMware VSphere 5.x”. W ocenie Zamawiającego, z tych postanowień ma wynikać, że wykonawcy obowiązani byli udokumentować posiadanie odpowiednich kwalifikacji, przy czym certyfikat jest takim potwierdzeniem posiadania kwalifikacji. Zamawiający doprecyzował przy tym, że chodzi o certyfikat kategorii „VMware Certified Professional”, przy czym wykonawcy powinni byli podać poziom takiego certyfikatu.

Biorąc pod uwagę przytoczone postanowienia SIWZ dotyczące wymagań stawianych wobec osób, jakimi powinien dysponować wykonawca, by dawać rękojmię wykonania zamówienia, stwierdzenia wymaga, że Zamawiający w rzeczywistości nie skonkretyzował swoich wymagań w powyższym zakresie.

Analiza treści SIWZ prowadzi do wniosku, że zamawiający nie odróżnia warunków udziału w postępowaniu od opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Warunki udziału w postępowaniu, określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 ustawy mają charakter wyłącznie blankietowy i ogólny. Z uwagi na przedmiot konkretnego postępowania, jego rodzaj, wartość, innowacyjność nie jest możliwym określenie przez ustawodawcę z góry, jakie warunki udziału musi spełniać wykonawcy, aby na gruncie danego postępowania mógł być uznany za dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Doprecyzowaniu ogólnych warunków udziału w postępowaniu wynikających z art. 22 ust. 1 ustawy służy instytucja opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Zamawiający może w ten sposób wskazać, jak na gruncie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia będzie rozumiał poszczególne warunki. Określenie opisu pozwala wykonawcy dokonać oceny, czy spełnia on warunki dookreślone przez zamawiającego i może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie, dopiero *adaptacja przez zamawiającego tych warunków do potrzeb danego zamówienia i opis sposobu oceny ich spełniania nadaje im treść odpowiednią do tego, aby mogły stać się przedmiotem weryfikacji z punktu widzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia*. [por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 22 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.; tak również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 listopada 2012 r. w spr. KIO 2384/12].

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że dokonywanie opisu tj. konkretyzacji warunku z art. 22 ust. 1 ustawy nie jest obowiązkiem zamawiającego. To on bowiem decyduje, czy w okolicznościach danej sprawy stawianie warunku jest niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia. Jeśli zaś opis nie zostanie dokonany, to zamawiający nie ma prawa domagać się dokumentów potwierdzających spełnienie nieopisanego warunku udziału w postępowaniu. Wszak z § 1 ust.1 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) wynika w sposób jednoznaczny, że możliwość żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu istnieje tylko w stosunku do warunków, których opis został zamieszczony w SIWZ.

Pomimo zamieszczenia przez Zamawiającego w SIWZ jednostki redakcyjnej tytułowanej jako *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków*, SIWZ nie obejmuje opisu żadnego warunku udziału w postępowaniu, w tym warunku w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami. Zamawiający ograniczył się do przywołania treści art. 22 ust. 1 ustawy i powtórzenia ogólnej i blankietowej normy, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednimi

osobami. Posiadanie jakich walorów osobistych, jakiego doświadczenia i wiedzy, w tym posiadanie jakich certyfikatów - na gruncie analizowanego postępowania nie zostało jednak skonkretyzowane. Nie stanowi takiej konkretyzacji sięgnięcie do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, w tym – jak argumentuje Zamawiający – wskazanie w nim, że przedmiot zamówienia wymaga „*wykwalfikowanej obsługi inżyneryjnej*”, czy że w zakres usług outsourcingu informatycznego wchodzi m.in. „*Pełna administracja platformą wirtualną VMware VSphere 5.x*”. Także z tej charakterystyki zakresu zamówienia nie sposób w sposób poważny wnioskować, jakie osoby mogą być uznane za ową „*wykwalfikowaną obsługę inżyneryjną*”, a już na pewno nie sposób wywieść, że osoby powinny posiadać pewien konkretny, uznany przez Zamawiającego za niezbędny, certyfikat. Nie stanowi argumentu przemawiającego za uznaniem, że Zamawiający wymagał wykazania wobec osób przedstawionych w wykazie posiadania odpowiedniego certyfikatu także postanowienie pkt 3.1.4. tiret 8 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z którym „*Wymaga się, aby wszystkie oferowane usługi wykonywane były przez odpowiednio wykwalifikowany personel Wykonawcy z zachowaniem najwyższego standardu jakości, zgodnie z Parametrami Jakości Usług [SLA] strony określonymi w niniejszym dokumencie*”. Inną sprawą jest bowiem zakres obowiązków ciążących na wykonawcy w związku z wykonywaniem zamówienia [jego zakres], inną zaś warunki udziału w postępowaniu, jakie Zamawiający może postawić, by uzyskać przekonanie, że wykonawca da rękojmię prawidłowej i niezakłóconej realizacji zamówienia. Jeśli Zamawiający uważał, że posiadanie takiego certyfikatu przez odpowiednią ilość osób mających wykonywać zamówienie [nie sposób tu pomijać, że Zamawiający nie wskazał nawet, ile osób wykonawca powinien przedstawić do realizacji zamówienia] stanowi warunek prawidłowej realizacji zamówienia, powinien był wyraźnie takie wymaganie wyartykułować, wskazując ile osób taki certyfikat powinno posiadać, a przede wszystkim podać, jaki certyfikat [certyfikaty] w jego ocenie czynią zadość wymaganiu. Nie zasługuje na akceptację praktyka, polegająca na postawieniu ogólnego wymagania dysponowania osobami [„*wykwalfikowaną obsługą inżyneryjną*”] a następnie oczekiwaniu, że wykonawca odgadnie, jakie doświadczenie, kwalifikacje i certyfikaty mieszczą się w takim wymaganiu. W istocie, w takim wypadku ustalenie intencji Zamawiającego pozostawione zostało domysłom i dedukcji wykonawców, nie znalazło zaś nie tylko wyrazu w treści SIWZ i ogłoszenia, ale nawet w sposób pośredni nie nawiązuje do wymagań, jakie Zamawiający ostatecznie uczynił podstawą decyzji o odrzuceniu oferty [a wcześniej – przedmiotem wezwań do uzupełnienia dokumentów]. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że kwestia tak postawionych, blankietowych wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu była przedmiotem wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, zawierającego m.in. wyraźną uwagę, że żaden z warunków udziału w postępowaniu nie został skonkretyzowany oraz prośbę wykonawcy o jednoznaczne określenie warunków

udziału w postępowaniu lub stwierdzenie, że Zamawiający nie opisuje żadnego warunku. Pomimo takiego postulatu i wyraźnego zasygnalizowania, że treść SIWZ nie pozwala na uznanie, że w postępowaniu zostały skonkretyzowane i opisane warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający pozostał przy tak nieokreślonym brzmieniu SIWZ i ogłoszenia, a następnie dokonał oceny ofert w oparciu o kryteria niewyartykułowane w tych dokumentach, ze skutkiem uznania oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ.

W konsekwencji, na gruncie analizowanej sprawy, wykonawca dopiero z wezwania do uzupełnienia dokumentów uzyskiwał wiadomość, że wobec wykazywanych osób Zamawiający oczekiwał wskazania posiadanych certyfikatów, w tym jakiej kategorii są to certyfikaty. Dostrzeżenia jednak wymaga, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy nie może zastępować postanowień SIWZ, które powinny stanowić dla wykonawcy jedyne i wyczerpujące źródło o wymaganiach stawianych w postępowaniu.

W świetle powyższego, wobec nie zamieszczenia w treści SIWZ nie tylko jednoznacznych, ale jakichkolwiek postanowień dotyczących posiadania przez osoby, które wykonawca wskaże do wykonania zamówienia konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji, umiejętności lub certyfikatów, decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w części umotywowanej *niewyszczególnieniem personelu z udokumentowaną znajomością zagadnień związanych z konfiguracją i administracją platformą wirtualną VMware [przesłaniem jedynie oświadczenia posiadania takich certyfikatów]*, należało uznać za nieprawidłową. Tym samym, potwierdziły się stawiane w tej mierze zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez żądanie uzupełnienia dokumentu niewymaganego w postępowaniu, a także art. 89 ust. 1 ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego.

2. Także drugi powód odrzucenia oferty Odwołującego, w świetle brzmienia SIWZ, nie może zostać uznany za uzasadniony. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego poprzestał na ogólnym stwierdzeniu, iż w załączonym do oferty Odwołującego harmonogramie backupów proponowana metoda przeprowadzenia backupów bazy danych [replikacja master-slave] nie jest adekwatna pod względem niezawodnościowym oraz jakościowym. Powyższe zdaje się nawiązywać do uznania oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ. Na rozprawie Zamawiający argumentował, że w powyższym zakresie miał na uwadze treść *rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych* [Dz. U. Nr 100, poz. 1024], w tym treść pkt IV.3 załącznika A - Środki bezpieczeństwa na poziomie podstawowym;

z rozporządzenia wynika, że dotyczy ono przeniesienia na nowy serwer nie tylko bazy, ale też wszystkich programów służących do przetwarzania danych, przy czym zaproponowany przez Odwołującego system, miał bazować jedynie na backupie do replikacji master-slave. W ocenie Zamawiającego, na stronie 2 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia zawarto informację, że system przetwarza dane osobowe w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych z 29 sierpnia 1997r., a przytaczane rozporządzenie jest aktem wykonawczym do tej ustawy.

Biorąc pod uwagę argumentację prezentowaną przez Zamawiającego, dostrzeżenia wymaga że, istotnie, na wstępie załącznika nr 1 do SIWZ, stanowiącego *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia*, Zamawiający zawarł następujące informacje:

„System informatyczny Zamawiającego przetwarza dane osobowe w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych.

System Krajowej Bazy musi być zainstalowany na odpowiednio do tego celu przygotowanych serwerach, które będą pracować w warunkach gwarantujących ciągłość działania i bezpieczeństwo przetwarzanych danych”

Ponadto, w *Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia*, w pkt 3.1.4. tiret 5 Zamawiający postanowił: *„Wymaga się, aby w ramach świadczonych usług, Wykonawca wykonywał usługi backupu i archiwizacji danych, zgodnie z uzgodnioną Polityką Bezpieczeństwa”*.

W pkt 3.2. tiret 1 - 5 *Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia* Zamawiający wyspecyfikował dziewięć procedur, wymagając, by wykonawca załączył do oferty wzory tych Procedur a także wzór Raportu miesięcznego ze stanu realizacji i poziomu jakości usług [stan realizacji Parametrów Jakości Usług SLA], a także by *Wykonawca opracował i wdrożył do realizacji Projektu, kompleksowy Plan Ciągłości Działania Systemu oraz Politykę Bezpieczeństwa Systemu, ze szczególnym uwzględnieniem Polityki backupowej*. Zamawiający postanowił, że do składanej oferty należy załączyć podstawowy zarys Planu Ciągłości Działania Systemu, w tym sposób zapewnienia ciągłości działania Systemu w okresie przenoszenia do oferowanego Data Center, a także podstawowy zarys Polityki Bezpieczeństwa Systemu, w tym propozycję Polityki Backupowej.

W pkt 2.3.3. *Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia – System Backupowy* Zamawiający postawił m.in. wymaganie dotyczące wykonywania kopii zapasowych, by wykonywane były one w cyklu codziennym: kopia zapasowa przyrostowa systemu plików i baz danych MySQL dla Systemu Krajowej Bazy Danych w trybie ciągłym minimum co 3 godziny, a kopia pełna bazy danych i zawartości wybranych katalogów co 24 godziny; oraz w cyklu tygodniowym – kopia zapasowa pełna [pełne obrazy maszyn].

Podkreślenia wymaga, że na gruncie przedmiotowego postępowania nie jest tak, że Zamawiający w sposób kategoriyczny, czytelny dla odbiorców postawił wymaganie, aby proces backupów był wykonywany w konkretny sposób, z zastosowaniem konkretnych technologii czy procesów. Nie jest bowiem wystarczającym dla nakładania na wykonawców obowiązku zaprezentowania w ofercie konkretnego rozwiązania czyniącego zadość oczekiwaniom Zamawiającego [co istotne – oczekiwaniom wyraźnie nie wyartykułowanym w treści SIWZ] ogólne stwierdzenie na wstępie Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z którym System informatyczny Zamawiającego przetwarza dane osobowe w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, a System Krajowej Bazy musi być zainstalowany na odpowiednio do tego celu przygotowanych serwerach, które będą pracować w warunkach gwarantujących ciągłość działania i bezpieczeństwo przetwarzanych danych. Obowiązek złożenia dokumentu stanowiącego podstawowy zarys Polityki Bezpieczeństwa Systemu, w tym propozycji Polityki Backupowej nie oznacza postawienia wymagania zaprezentowania szczegółowego sposobu wykonywania backupów. Zamawiający, wymagając złożenia na etapie oferty podstawowego zarysu tych dokumentów, nie zawarł specjalnych wytycznych co do ich zakresu, szczegółowości. Zamawiający nie wykazał, że zaprezentowane przez Odwołującego w uzupełnionym dokumencie rozwiązanie dotyczące wykonania backupów, w tym wskazanie, że kopie zapasowe wykonywane będą w oparciu o system TIVOLI STORAGE MANAGER oraz kopie migawkowe [snapshot], w tym zastosowanie drugiej instancji bazy MySQL i replikacji master – slave pomiędzy instancjami bazy danych, nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zawarł bowiem w uzupełnionej części oferty, w pkt 1.6 *Procedury Database and Application Backup & Restore* Harmonogram wykonywania backupu, w którym podał, że kopie zapasowe będą wykonywane w cyklu codziennym – kopia zapasowa przyrostowa systemu plików i baz danych mySQL dla Systemu Krajowej Bazy w trybie ciągłym minimum co 3 godziny a kopia pełna bazy danych i zawartości wybranych katalogów co 24 godziny oraz w cyklu tygodniowym – kopia zapasowa pełna [pełne obrazy maszyn]. Wniosek Zamawiającego, zgodnie z którym oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, to jest, że zaproponowana metoda wykonywania backupów bazy danych [replikacja master – slave] nie jest adekwatna pod względem niezawodnościowym oraz jakościowym należy uznać za niepotwierdzony. Na rozprawie Zamawiający argumentował w powyższym zakresie, że oferowane rozwiązanie nie spełnia postulatu w zakresie wykonywania pełnej kopii obejmującej również programy, a zapewnia jedynie kopię bazy danych, czemu ma stać na przeszkodzie wymóg ujęty w pkt IV.2 załącznika A. Środki bezpieczeństwa na poziomie podstawowym do *rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy*

informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych, zgodnie z którym, dane osobowe przetwarzane w systemie informatycznym zabezpiecza się przez wykonywanie kopii zapasowych zbiorów danych oraz programów służących do przetwarzania danych. Wymóg tego rodzaju Zamawiający zawarł w SIWZ w *Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia – System Backupowy* wymagając wykonania w cyklu tygodniowym kopii zapasowej pełnej [pełne obrazy maszyn].

Nie sposób jednak, na podstawie uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego dokumentu wnioskować ponad wszelką wątpliwość o niezgodności treści oferty z SIWZ.

Zamawiający bowiem na podstawie ogólnego opisu rozwiązania (traktowanego – zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ, tj. *Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia – jako podstawowy zarys Polityki Bezpieczeństwa Systemu, w tym propozycję Polityki Backupowej*], w którym z jednej strony zawarto metodę wykonywania backupów, z drugiej zaś oświadczenie, że kopia zapasowa pełna [pełne obrazy maszyn] będzie wykonywana w cyklu tygodniowym, wywiódł wniosek o nieadekwatności niezawodnościowej i jakościowej oferowanego rozwiązania. Wniosek ten jednak, w oparciu o treść uzupełnionego dokumentu, wobec niezawarcia w SIWZ wytycznych co do szczegółowości oraz sposobu zaprezentowania oferowanego rozwiązania jest zbyt daleko idącym.

Jeśli Zamawiający, w oparciu o treść uzupełnionej przez Odwołującego *Procedury Database and Application Backup & Restore* posiada wątpliwości co do treści oferty – podlegają one przesądzeniu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający sporny dokument uzyskał wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wskazując jako rygor wykluczenie tego wykonawcy [wzywając zresztą również pozostałych dwóch wykonawców do uzupełnienia części z wymienionych dokumentów]. Powyższe wskazuje, że Zamawiający zdawał się traktować przedmiotowe dokumenty [wymagane w *Szczegółowym opisie Przedmiotu Zamówienia Procedury*] jako dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego, o których to dokumentach mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ostatecznie jednak zawartość merytoryczna jednego ze wskazanych dokumentów skutkowałą uznaniem przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, co zdaje się wynikać z podstawy faktycznej decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty. Jakkolwiek Zamawiający w SIWZ nie nadał jednoznacznego znaczenia tym dokumentom, w szczególności nie postanowił wyraźnie, czy stanowią one nie podlegający negocjacom i uzupełnieniu element treści oferty [art. 87 ust. 1 ustawy], czy też tzw. dokument przedmiotowy, mający potwierdzać, że oferowane usługi spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego, który może być uzupełniany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy [art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy], to charakter wskazanych dokumentów wskazuje, że stanowią one element oferty. Nie zostały one

wymienione w pkt 7 SIWZ *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz innych wymaganych dokumentów*; ponadto w pkt 11.11 SIWZ mówi się, co stanowi zawartość oferty – wypełniony formularz oferty oraz pozostałe dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt 7 SIWZ. Dokumenty, o których obowiązku złożenia wraz z ofertą traktuje Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia nie zostały wymienione w pkt 11.11 SIWZ ani w inny sposób scharakteryzowane, niemniej obowiązek ich złożenia został wyartykułowany w treści tego załącznika [nie sposób jednak pomijać, że co najmniej pożądanym było wskazanie w SIWZ, w części mówiącej o wymaganych dokumentach obowiązku ich złożenia, a także nadanie znaczenia tym dokumentom]. Odrzucenie oferty, co uczynił Zamawiający w stosunku do oferty Odwołującego, w oparciu o treść jednego z tych dokumentów, powinno mieć miejsce dopiero po uzyskaniu całkowitej pewności, że oferta nie odpowiada treści SIWZ. Takiej pewności nie sposób uzyskać na podstawie treści uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego *Procedury Database and Application Backup & Restore*. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że uzupełnienie wskazanych Procedur w istocie dopiero skutkowało zaprezentowaniem oferowanego rozwiązania; wcześniej na ofertę Odwołującego składał się jedynie formularz ofertowy oraz dokumenty i oświadczenia wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia a także ogólna charakterystyka Procedur i ich spisy treści, wraz z harmonogramem wstępnym realizacji zadania. Dokumenty te powinny być zatem rozważane w pierwszym rzędzie przez pryzmat treści art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uznanie oferty Odwołującego [uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego Procedur] za nieodpowiadającą treści SIWZ, wobec brzmienia tego dokumentu, należy uznać za nieuzasadnione, naruszające przepis art. 89 ust. 1 ustawy.

Wskazane wyżej naruszenia przepisów mają wpływ na wynik postępowania, bowiem skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy, co do którego, w świetle brzmienia SIWZ, nie zachodziły podstawy. Powyższe skutkowało uwzględnieniem odwołania i nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wreszcie powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Nie nakazywano, pomimo takiego wniosku w odwołaniu, dokonania wyboru oferty Odwołującego. Decyzja w tym przedmiocie uzależniona jest bowiem od dalszych czynności Zamawiającego, których wyniku na obecnym etapie nie sposób przesądzać.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r.*

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz.U. Nr 41 poz. 238]. Nie uznano wniosku o koszty postępowania Odwołującego, w części dotyczącej przyznania wynagrodzenia pełnomocnika „w wysokości norm przepisanych, z uwagi na to, że ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania] nie przyjął, tak jak miałyby to miejsce na gruncie kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02] zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia, a wymaga udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* [tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.] oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* [Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm]. Skoro takiego rachunku nie złożono – wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone.

Przewodniczący: