

WYROK
z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 i 12 lipca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę

Sprint Spółkę akcyjną z siedzibą w Olsztynie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Sprint Spółkę akcyjną i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sprint Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Sprint Spółki akcyjnej na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółki akcyjnej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Komenda Główna Straży Ochrony Kolei prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie, realizację i wdrożenie w Straży Ochrony Kolei kompleksowego rozwiązania informatycznego pod nazwą: „Interaktywna Baza Danych Straży Ochrony Kolei (IBD SOK) oraz świadczenie Serwisu Gwarancyjnego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 194-440170. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Podstawy odrzucenia oferty Odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego – Sprint S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny, wskazując, że:

1. Zamawiający, odpowiadając na pytania oferentów dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odpowiedzi na pytanie nr 39 z 31 października 2018 r. określił wyraźnie, że wymaga od wykonawcy dostarczenia infrastruktury i oprogramowania na potrzeby backupu. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, rozdział 15., tabela 9. „Wymagania dotyczące Infrastruktury Technicznej” Zamawiający wymagał dostarczenia oprogramowania niezbędnego do tworzenia backupów.

Ponadto Zamawiający, w rozdziale 15., w tabeli 8., wskazał na wolumen danych generowanych każdego miesiąca w ramach systemu tj. średnią liczbę rejestrowanych zdjęć – do 60.000 miesięcznie, średnią wielkość rejestrowanego zdjęcia 5 MB, co daje średnio wolumen w granicach 300 GB miesięcznie. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 11 z 31 października 2018 r. wskazał również na miesięczny wolumen danych na poziomie 1 TB dla plików wideo wskazując równolegle, że dane plików obrazu i wideo będą przechowywane przez okres 1 roku, a po 12 miesiącach będą nadpisywane. Tym samym Zamawiający wskazał, że zapotrzebowanie na przestrzeń dyskową w odniesieniu jedynie do plików wideo i zdjęć wynosi 15,6 TB po okresie 1 roku. Biorąc pod uwagę powyższe oraz zakładając, że zapotrzebowanie na backup jest przynajmniej tak duże jak wolumen danych generowanych w ciągu roku dla plików multimedialnych, oferta Odwołującego z zaoferowanymi 28,8 TB powierzchni dyskowej nie spełnia postawionych wymagań w kontekście backupu danych

poprzez brak dostarczenia macierzy do backupu z uwzględnieniem wymaganej przez Zamawiającego powierzchni.

2. Zamawiający wymagał zapewnienia wszystkich funkcjonalności zarówno w środowisku podstawowym, jak i w środowisku testowym, podkreślając że w przypadku ewentualnej awarii ośrodka podstawowego, zgodnie z ust. 6 pkt 8. rozdziału 15. opisu przedmiotu zamówienia oraz odpowiedzi na pytania nr 13 i 14 z 31 października 2018 r. ośrodek zapasowy musi zapewnić dostępność wszystkich realizowanych przez system funkcjonalności, które realizowane były w ośrodku podstawowym. Przedstawiona oferta zakłada jedynie utworzenie środowiska produkcyjnego, testowego oraz deweloperskiego w kontekście ośrodka podstawowego oraz produkcyjnego w kontekście ośrodka zapasowego. Zatem oferta nie spełnia wymagań określonych w dokumentacji przetargowej. W przypadku awarii środowiska podstawowego wymaganie opisane w punkcie 5. ust. 5. rozdziału 15. opisu przedmiotu zamówienia nie zostanie spełnione ze względu na fakt, iż w środowisku zapasowym jest tylko serwer produkcyjny. Ewentualna awaria ośrodka podstawowego spowoduje wykorzystanie jedynie środowiska produkcyjnego, pozostałe środowiska nie będą dostępne.

3. Zamawiający wymagał dostarczenia oprogramowania do automatycznego przełączania pomiędzy ośrodkiem podstawowym i zapasowym. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, rozdział 15. ust. 6. pkt 7 „przełączenie przetwarzania z ośrodka podstawowego na ośrodek zapasowy i odwrotnie powinno się odbywać w sposób automatyczny i na żądanie”. Wymaganiem Zamawiającego było wykonanie systemu w architekturze wysokiej dostępności zgodnie z rozdziałem 15. ust. 6. pkt 3. opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień z 4 czerwca 2019 r. udzielił odpowiedzi, że proces przełączania pomiędzy ośrodkami w sposób automatyczny będzie realizowany za pomocą zaoferowanego oprogramowania Veeam Backup & Replication i do realizacji przełączania zostanie wykorzystana infrastruktura serwerowa oraz oprogramowanie wizualizacyjne. Odwołujący nie przedstawił szczegółowo informacji, jak zamierza zrealizować wymaganie w oparciu o zaproponowane oprogramowanie, które nie umożliwia automatycznego przełączania pomiędzy ośrodkami. Oprogramowanie VMware Vsphere musi być wsparte oprogramowaniem VMware SRM, z kolei oprogramowanie Veeam Backup & Replication nie posiada takiej funkcjonalności. Oferta w tym zakresie nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

4. Zamawiający wymagał dostarczenia oprogramowania do monitorowania pracy infrastruktury. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, rozdział 15., tabela 9. „Wymagania dotyczące Infrastruktury Technicznej” Zamawiający wymagał dostarczenia oprogramowania do zarządzania serwerami, co potwierdzono odpowiedzią na pytanie nr 41 z 31 października 2018 r. Ponadto Zamawiający w punkcie 1. formularza cenowego stanowiącego załącznik nr

7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał wprost, że specyfikacja dostaw i usług powinna zawierać wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej instalacji, eksploatacji systemu, nawet jeśli nie są one wprost wymienione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak wyszczególnienia elementów niezbędnych do wdrożenia, uruchomienia i zapewnienia prawidłowego działania systemu będzie stanowił podstawę do odrzucenia oferty. Analiza oferty Odwołującego wykazuje brak wskazania na oprogramowanie do zarządzania dostarczoną infrastrukturą, a także nie uwzględnia go w formularzu cenowym. Tym samym oferta nie spełnia wymagań określonych w dokumentacji przetargowej i podlega w tym zakresie odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

5. Zamawiający wymagał prawidłowego wypełnienia formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty. Odwołujący w pozycji „Cena dodatkowej licencji” wskazał na „Oprogramowanie IBD SOK”. IBD SOK, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, został zdefiniowany jako System – stworzona w ramach realizacji Umowy Interaktywna Baza Danych Straży Ochrony Kolei, składająca się z Oprogramowania dostosowanego do wymagań Umowy, w tym wymagań funkcjonalnych i technicznych zdefiniowanych w Załączniku nr 1 do Umowy, spełniająca wszystkie wymagania określone w odebranej Dokumentacji Koncepcji IBD SOK, Dokumentacji Użytkowej, Dokumentacji Technicznej i Dokumentacji Powdrożeniowej zainstalowana na Infrastrukturze Technicznej. Oprogramowanie dedykowane (tworzone na potrzeby Umowy, w tym rozbudowa lub modyfikacja Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego) zgodnie z § 16 pkt 2 Umowy stanowiącej załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia staje się własnością Zamawiającego oraz przechodzą na niego autorskie prawa majątkowe do stworzonego na potrzeby projektu oprogramowania. Powyższe wskazuje jednoznacznie na niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w szczególności § 16 pkt 2 umowy, w związku z oferowaniem dodatkowych licencji na produkt, którego właścicielem po wytworzeniu staje się Zamawiający.

Dodatkowo oferta Odwołującego w pozycji „Cena dodatkowej licencji” wskazuje 0,01 zł netto. Obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa nakazują zaokrąglać wartości w zależności od wyniku w górę lub w dół, co nie ma miejsca w ofercie i co stanowi podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z treścią art. 106e ust. 11 zdanie trzecie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług kwoty wykazywane w fakturze zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki od 0,5 grosza zaokrągla się do 1 grosza. Tym samym przedstawiona stawka podatku stanowi błąd niepodlegający poprawieniu i jako taki stanowi błąd w obliczeniu ceny.

II Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiada wymaganiom określonym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego na tej podstawie,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty, pomimo że nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny,
4. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego,
5. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. poprawienia oferty Odwołującego zgodnie z uzasadnieniem odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał – odnosząc się w kolejności do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego:

1. Odpowiadając na pytanie Zamawiającego nr 4 zawarte w piśmie o udzielenie wyjaśnień/uzupełnień z 27 maja 2019 r. Odwołujący potwierdził, że zapewni stabilne i redundantne repozytorium danych dla składowania backupów w postaci oferowanych serwerów w środowisku zapasowym, wyposażonych w wewnętrzne dyski tworzące macierze (RAID) o odpowiedniej pojemności oraz oprogramowanie Veeam Backup & Recovery. Przestrzeń ta jest inną przestrzenią niż wymieniona w opisie podstawy odrzucenia oferty przestrzeń na macierzy produkcyjnej. Z wymagań Zamawiającego opisanych w treści wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na pytanie nr 11, 21, 23 i 39 nie wynika, jakoby na potrzeby backupu należało zaoferować macierz z 20 TB przestrzeni. Zamawiający w rozdziale 15. opisu przedmiotu zamówienia, tabela 9. „Wymagania dotyczące Infrastruktury Technicznej” wymaga macierzy o pojemności minimum 20 TB nie specyfikując, na jakie potrzeby ta pojemność ma być przeznaczona, w szczególności nie specyfikuje, że ma ona być przeznaczona na potrzeby backupu.
2. Zgodnie z rozdziałem 15. punkt 5. opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał dostarczenia czterech identycznych środowisk. Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia takie cztery środowiska będą zainstalowane na następujących

serwerach: w lokalizacji podstawowej: 1. środowisko produkcyjne (2 serwery z niezależnym klastrem Vmware HA), 2. środowisko deweloperskie (2 serwery z niezależnym klastrem Vmware HA), 3. środowisko testowo-szkoleniowe (2 serwery z niezależnym klastrem Vmware HA); W lokalizacji zapasowej: 4. środowisko zapasowe (2 serwery z niezależnym klastrem Vmware HA). Każde z ww. środowisk posiada po dwa identycznie wyposażone, niezależne serwery stanowiąc rozłączne i niezależne środowiska. W odpowiedzi na pytania nr 13 i 14 Zamawiający wskazał, iż wydajność każdego ze środowisk powinna być taka sama, co Odwołujący spełnił oferując identyczne serwery w takiej samej liczbie dla każdego ze środowisk. Nadinterpretacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest twierdzenie, że każde ze środowisk ma posiadać swoją kopię w drugiej lokalizacji. Zamawiający wymagał 4 środowisk (4 par), w tym jednego zapasowego, które jako jedyne ma pełnić rolę zapasową według rozdziału 15. pkt 5. ppkt 4. „środowisko zapasowe, będzie służyło do obsługi Systemu w przypadku awarii Środowiska Produkcyjnego.” Brak jest analogicznego wymagania dla środowisk: deweloperskiego i testowo-szkoleniowego. Ponadto w punkcie 5. ppkt. 72 i 76 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zdefiniował pojęcie „System” jako stworzoną w ramach realizacji umowy Interaktywną Bazę Danych używaną w „Środowisku Produkcyjnym”. Odwołujący zapewnił wykonanie wszystkich środowisk w architekturze wysokiej dostępności oraz spełnienie wymogu możliwości przełączania Systemu działającego w Środowisku Produkcyjnym na środowisko zapasowe.

Oferta Przystępującego zawiera podobny podział serwerów, tj. 12 + 4 szt, czyli po 4 serwery na każde środowisko, przy czym środowisko produkcyjne, deweloperskie i testowo-szkoleniowe stanowi 3 x 4 = 12 serwerów w lokalizacji podstawowej, oraz jako 4 serwery dla środowiska zapasowego w lokalizacji zapasowej, co sugeruje podobne rozumienie opisu przedmiotu zamówienia. Odrębne potraktowanie oferty Odwołującego w tym zakresie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i stoi w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Oferta Odwołującego spełnia wymaganie rozdziału 15. ust. 6. pkt 7. opisu przedmiotu zamówienia „przełączenie przetwarzania z ośrodka podstawowego na ośrodek zapasowy i odwrotnie powinno się odbywać w sposób automatyczny i na żądanie.” Spełnienie tego wymagania realizowane jest za pomocą oprogramowania Veeam w takim samym stopniu jak przez oprogramowanie Vmware SRM, które Zamawiający wskazuje jako spełniające wymóg w sposób zautomatyzowany. Producent oprogramowania Vmware SRM nigdzie nie udostępnia informacji, w jaki sposób możliwe jest skonfigurowanie automatycznego przełączania ośrodków, a zatem ustalenie Zamawiającego jest dowolne. Można to wykonać w sposób zautomatyzowany za pomocą własnoręcznie napisanych (udostępnionych na forach internetowych) skryptów. Ponadto oprogramowanie Veeam Backup & Replication stanowi

uzupełnienie mechanizmów bezpieczeństwa danych, replikacji i przełączania o dodatkowe funkcjonalności dla rozwiązania automatycznego przełączania realizowanego za pomocą oprogramowania typu open source: baza danych Percona XtraDB Cluster min 5.7 i aplikacja LoadBalancer HAProxy, o którym była mowa w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień z 7 grudnia 2018 r.

4. Zamawiający w sposób nieuzasadniony ustalił brak spełnienia przez Odwołującego wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego zaoferowania oprogramowania do zarządzania serwerami. W treści załącznika nr 4 do oferty Odwołującego znajduje się informacja o zaoferowaniu oprogramowania Zabbix, które służy m.in. do zarządzania serwerami. Jest to oprogramowanie open-source, czyli darmowe, a zatem brak było wymogu wykazywania go w treści formularza cenowego. Oferta Przystępującego jest w tym zakresie analogiczna do oferty Odwołującego, skoro w treści formularza cenowego tego wykonawcy wymieniono jedynie ten typ oprogramowania i wskazano, że jest darmowe (wycena 0 zł). Ponadto oczywistym jest, że wraz z zaoferowanymi przez Odwołującego serwerami, w pakiecie Zamawiający otrzymuje oprogramowanie xClarity Controller, które również jest oprogramowaniem do „zarządzania serwerami”. Skoro to oprogramowanie jest jedynie dodatkiem do serwerów, to oczywistym był brak obowiązku odrębnego wyszczególniania go w treści oferty.

Brak wymienienia ww. oprogramowania w treści formularza cenowego nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty w świetle art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie brak ten mógł zostać poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

5. W treści składanych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż w punkcie 25. formularza cenowego omyłkowo użyto nazwy Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego jako „IBD SOK”. Przedmiotowa pozycja dotyczy zakupu dodatkowych Licencji Dostępu Jednoczesnego dla Licencji Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego. Nazwa tego oprogramowania (DART i Exceleris), jak również jego producenci (SPRINT S.A. oraz Pentacomp) wskazani zostali w punkcie 23. ppkt 1. formularza cenowego. W powyższych okolicznościach całkowicie dowolne jest ustalenie Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w szczególności z §16 pkt 2 umowy, w związku z rzekomym zaoferowaniem dodatkowych licencji na produkt, którego po wytworzeniu właścicielem stanie się Zamawiający.

Jak wynika z treści oferty Odwołującego, zaoferował on w przedmiotowej pozycji cenę 0,01 zł netto, tj. 1 gr. Zgodnie z przepisami prawa i zasadami zaokrąglania takich wartości cenowych, kwota brutto od ceny 1 gr netto wynosi również 1 gr. Z treści oferty wynika stawka VAT w wysokości 23%, nie może być zatem mowy o zastosowaniu błędnej stawki VAT. W tych okolicznościach nie może być mowy o błędzie w obliczeniu ceny, a zaistniała omyłka

polegająca na braku zaokrąglenia ceny brutto ma charakter oczywisty i podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Swoje stanowisko Odwołujący wyraził także w piśmie procesowym z 12 lipca 2019 r. oraz podczas rozprawy.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego bezzasadność.

Co do zarzutu 1. Zamawiającego wskazał, że Odwołujący twierdzi, że „zapewni stabilne i redundantne repozytorium danych dla składowania backupów w postaci oferowanych serwerów w środowisku zapasowym, wyposażonych w wewnętrzne dyski tworzące macierz (RAID) o odpowiedniej pojemności oraz oprogramowanie Veem Backup and Recovery” wskazując, iż przestrzeń ta jest „inną przestrzenią niż wymieniona w opisie podstawy odrzucenia oferty przestrzeń na macierzy produkcyjnej”. Tymczasem ze specyfikacji infrastruktury technicznej, zawartej w ofercie Odwołującego, w załączniku nr 4 przedstawionym w ramach uzupełnienia z 5 grudnia 2018 r., w tabeli 2., jak również z pierwotnego brzmienia specyfikacji infrastruktury technicznej, tabeli 13., nie wynika, iż zaoferowane przez Odwołującego serwery produkcyjne są wyposażone w jakiegokolwiek dyski twarde umożliwiające zbudowanie macierzy oraz kontroler macierzowy: Serwery produkcyjne „Lenovo, SR650 Xeon Gold 5117, 56 vCPU, 256 GB RAM, 2x 10GbE. 2x 16GbFC, ilość sztuk 2”.

Wskazywanie przez Odwołującego, że backup będzie realizowany na dyskach w serwerach w ośrodku zapasowym, nie znajduje swojego potwierdzenia ani w formularzu cenowym, ani w specyfikacji infrastruktury technicznej – należy uznać za niedopuszczoną ustawą Prawo zamówień publicznych istotną zmianę w treści oferty.

W formularzu cenowym, w którym również podano parametry zaoferowanych serwerów, Zamawiający jednoznacznie wskazał, że „Specyfikacja dostaw i usług powinna zawierać wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej instalacji, eksploatacji Systemu (nawet jeśli nie są one wprost wymienione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Brak wyszczególnienia elementów niezbędnych do wdrożenia, uruchomienia i zapewnienia prawidłowego działania Systemu będzie stanowił podstawę do odrzucenia Oferty.” Tym samym Odwołujący nie wskazał w ofercie macierzy do backupu, które uwzględniałyby minimalne zapotrzebowanie na przestrzeń dyskową.

Poza tym, zgodnie z wymaganiami rozdziału 15. ust. 6. pkt 7. opisu przedmiotu zamówienia „przełączenie przetwarzania z ośrodka podstawowego na ośrodek zapasowy i odwrotnie powinno się odbywać w sposób automatyczny i na żądanie”, w przypadku automatycznego

przełączania pomiędzy ośrodkami w modelu HA należy tworzyć backup zarówno ośrodka podstawowego, jak i zapasowego, co wskazuje na konieczność stosownych urządzeń w obu ośrodkach.

Dlatego też oferta Odwołującego w tym zakresie nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a tym samym podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu 2. Zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną w podstawie o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując na brak zapewnienia dostępności wszystkich realizowanych przez oferowany przez Odwołującego system funkcjonalności w ośrodku zapasowym, które realizowane były w ośrodku podstawowym, zgodnie z rozdziałem 15. ust. 6. pkt 8. opisu przedmiotu zamówienia oraz w wyjaśnieniach udzielonych w odpowiedzi na pytania nr 13 i 14.

W ramach ośrodka podstawowego wykorzystane są serwery dla środowisk produkcyjnych, testowo-szkoleniowych, deweloperskich. Z kolei środowisko zapasowe uwzględnia jedynie serwery produkcyjne. W przypadku awarii środowiska podstawowego wymaganie opisane w rozdziale 15. ust. 6 pkt 8. opisu przedmiotu zamówienia nie zostanie spełnione ze względu na fakt, iż w środowisku zapasowym jest tylko serwer produkcyjny. Ewentualna awaria ośrodka podstawowego spowoduje wykorzystanie jedynie środowiska produkcyjnego, a pozostałe środowiska nie będą dostępne.

Twierdzenie Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego zawierała podobny podział serwerów, nie ma pokrycia w rzeczywistości. Tym samym chybiona jest argumentacja Odwołującego co do podobnego rozumienia opisu przedmiotu zamówienia przez obu wykonawców oraz zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, co stałoby w sprzeczności z dyspozycją art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też oferta Odwołującego w tym zakresie nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu 3. Zamawiającego wskazał, że Odwołujący twierdzi, iż „oprogramowanie Veem Backup and Recovery stanowi uzupełnienie mechanizmów bezpieczeństwa danych replikacji przełączania o dodatkowe funkcjonalności dla rozwiązania automatycznego przełączania realizowanego za pomocą oprogramowania typu Open Source a) Baza danych Percona XtraDB Cluster min. 5.7 b) Aplikacja Loadbalancer HAProxy, o którym była mowa w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień z dnia 05.12.2018”. Równolegle, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień udzielonej przez Odwołującego 4 czerwca 2019 r., Odwołujący dla realizacji funkcjonalności automatycznego przełączania wskazywał oprogramowanie Veem Backup & Replication (odpowiedzi na pytanie nr 2 i 5), wskazując na

brak konieczności stosowania loadbalancera oraz oprogramowania Vmware SRM: „Wyjaśniamy, że proces przełączania pomiędzy ośrodkami w sposób automatyczny będzie realizowany za pomocą zaoferowanego oprogramowania Veeam Backup & Replication. Do realizacji przełączania zostanie wykorzystana infrastruktura serwerowa oraz oprogramowanie wirtualizacyjne Vmware vSphere”; „Wyjaśniamy, że proces przełączania pomiędzy ośrodkami w sposób automatyczny będzie realizowany za pomocą zaoferowanego oprogramowania Veeam Backup & Replication. Wskazujemy, że Zamawiający w OPZ rozdział 15 pkt 6 ppkt 6 nie wymagał Vmware SRM jak sugerowane jest w pytaniu. Ponadto w OPZ rozdział 15 pkt 7 ppkt 6 Zamawiający nie wymagał loadbalancera jak sugerowane jest w pytaniu.”

W odpowiedzi 7. na wezwanie do udzielenia wyjaśnień z 5 grudnia 2018 r. Odwołujący informował z kolei, że przełączanie ośrodków w sposób automatyczny musi być realizowane na poziomie oprogramowania aplikacyjnego, a nie na poziomie wirtualizacji (Veeam Backup & Replication Standard), co wynika ze specyfikacji infrastruktury dostępnej po stronie Zamawiającego: „Wykonawca pragnie poinformować, iż przełączanie ośrodków w sposób automatyczny musi być realizowane na poziomie oprogramowania aplikacyjnego, a nie na poziomie wirtualizacji (Veeam Backup & Replication Standard), co wynika ze specyfikacji infrastruktury dostępnej po stronie Zamawiającego.”

Tym samym Zamawiający, pomimo dwukrotnych wyjaśnień, nie dostał jednoznacznej odpowiedzi od Odwołującego, w jaki sposób będzie realizowany wymóg rozdziału 15. ust. 6 pkt 7. opisu przedmiotu zamówienia i oferta w tym zakresie nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu 4. Zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując na brak spełnienia wymagania dotyczącego zapewnienia oprogramowania do monitorowania infrastruktury określonego w rozdziale 15. opisu przedmiotu zamówienia, tabela 9.

Odwołujący w treści odwołania wskazał na oprogramowanie xClarity Controller, które nie zostało wskazane w specyfikacji infrastruktury technicznej (załącznik nr 4 przedstawiony w ramach uzupełnienia z 5 grudnia 2018 r., jak również pierwotnej specyfikacji infrastruktury technicznej) ani w formularzu cenowym.

Zamawiający w punkcie 1. formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał wprost, że: „Specyfikacja dostaw i usług powinna zawierać wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej instalacji, eksploatacji Systemu (nawet jeśli nie są one wprost wymienione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Brak wyszczególnienia elementów niezbędnych do wdrożenia, uruchomienia i zapewnienia prawidłowego działania Systemu będzie stanowił podstawę do odrzucenia Oferty.”

Dlatego też oferta Odwołującego w tym zakresie nie jest zgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu 5. Zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności § 16 pkt 2 wzoru umowy, w związku z oferowaniem dodatkowych licencji na produkt, którego właścicielem po wytworzeniu staje się Zamawiający.

Odwołujący, wskazując na omyłkowe użycie nazwy Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego jako „IBD SOK” dokonuje modyfikacji formularza cenowego, co należy uznać za niedopuszczoną ustawą istotną zmianę w treści oferty.

W przypadku oprogramowania Exceleris w formularzu cenowym, w punkcie 23. ppkt 1. wskazano, iż ma ono charakter licencji nielimitowanej, a w przypadku Oprogramowania Dart w formularzu cenowym takiej informacji brakuje. Informacje mówiące o tym, iż licencje Dart dotyczą nieograniczonej liczby stanowisk Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach 5 grudnia 2018 r., odpowiedź 3.: „Wykonawca potwierdza zaoferowaną w pkt 25 formularza cenowego cenę zakupu dodatkowych Licencji Dostępu Jednoczesnego dla Licencji Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego. Należy wskazać, że jak wynika z pkt 23 formularza cenowego Wykonawca zaoferował licencje nielimitowane dla oprogramowania Exceleris. Oznacza to, iż podana cena za komplet licencji pozwala na korzystanie ze Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego przez nieograniczoną ilość jednoczesnych użytkowników. Wykonawca podnosi, iż również w odniesieniu do oprogramowania Dart zaoferował cenę za komplet licencji. Zgodnie z polityką prowadzoną przez SPRINT S.A., w odniesieniu do tego oprogramowania w praktyce Wykonawca udziela licencji na nieograniczoną liczbę stanowisk, a licencje nie są przypisane do komputera/stanowiska/pracownika.”

Nawet przyjmując argumentację Odwołującego należałoby zwrócić uwagę na brak logiki przedstawionych wyjaśnień ze względu na dwukrotne zaoferowanie nielimitowanej licencji Exceleris – w punkcie 23. ppkt 1. oraz w punkcie 25. ppkt 1.1 – w postaci elementu składowego IBD SOK.

Zamawiający podtrzymał również argumentację dotyczącą zaoferowania ceny 0,01 zł. Według Zamawiającego treść oferty Odwołującego nie potwierdza argumentacji przedstawionej w odwołaniu. Odwołujący wskazuje bowiem, iż zgodnie z przepisami prawa i zasadami zaokrąglania takich wartości cenowych kwota brutto od ceny 1 gr netto wynosi również 1 gr, podczas gdy w formularzu cenowym wskazano wartość VAT w wysokości 0,0023 zł, wartość brutto w wysokości 0,0123.

W treści odwołania nie przedstawiono podstaw prawnych potwierdzających zaproponowany sposób zaokrąglenia podatku VAT. Zgodnie zaś z treścią art. 106e ust. 11 zdanie trzecie

ustawy o podatku od towarów i usług kwoty wykazywane w fakturze zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki od 0,5 grosza zaokrągla się do 1 grosza.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, zastosowana przez Odwołującego cena netto w wysokości 0,01 zł. (tj. 1 grosz) netto wraz z podaną stawką podatku VAT w wysokości 23%, a konsekwencji wskazana kwota brutto w wysokości 0,0123 zł., stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podlegający poprawie w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem podana cena nie jest dotknięta oczywistą omyłką rachunkową.

Aby można było mówić o oczywistej omyłce rachunkowej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych muszą zostać spełnione łącznie trzy przesłanki: stwierdzona nieprawidłowość jest rezultatem omyłki, musi być oczywista i musi wynikać z błędnej operacji rachunkowej na liczbach, tj. być rezultatem błędnego działania arytmetycznego (matematycznego).

Aby zastosować dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy ustalić, że nieprawidłowość w ofercie powstała w wyniku omyłki, omyłka polega wyłącznie na błędnym przeprowadzeniu działań arytmetycznych i błąd jest dostrzegalny „na pierwszy rzut oka”, a charakter tego błędu i prawidłowy wynik działania arytmetycznego nie pozostawiają żadnych wątpliwości. Oczywista omyłka w tekście oferty nie może doprowadzić do zmiany jej treści – pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia. ”

Tymczasem analizując przedmiotowe zagadnienie wyłączenie z matematycznego (obliczeniowego, arytmetycznego) punktu widzenia można stwierdzić, że Odwołujący nie popełnił oczywistej omyłki rachunkowej, albowiem przy zaoferowaniu ceny jednostkowej za dodatkową licencję wynoszącą 0,01 zł. netto (tj. 1 grosz netto) oraz przy zastosowaniu stawki VAT w wysokości 23%, przy uwzględnieniu wyłącznie matematycznych metod służących wyliczeniu kwoty brutto, przedstawiona przez Odwołującego cena jednostkowa w kwocie 0,0123 zł. brutto stanowi poprawny wynik działania matematycznego. Zaistnienie powyższej przesłanki, w ramach przedmiotowego stanu faktycznego, nie wymaga głębszej analizy, albowiem bez względu na to, czy stwierdzona niezgodność z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług ma charakter oczywisty, to niezgodność ta nie stanowi omyłki rachunkowej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie stanowi zatem oczywistej omyłki rachunkowej przedstawienie kwoty brutto (jako ceny jednostkowej za dodatkową licencję) w sposób niezgodny z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony do poprawienia treści oferty Odwołującego poprzez samodzielne zaokrąglenie kwoty brutto stawki jednostkowej za

dodatkową licencję w taki w sposób, aby kwota ta odpowiadała wymaganiom wynikającym ustawy o podatku od towarów i usług.

Przedstawienie kwoty brutto w sposób niezgodny z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług nie stanowi również innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmiany w treści oferty. Dokonanie przez Zamawiającego sugerowanego przez Odwołującego poprawienia kwoty brutto prowadziłoby bowiem do istotnej zmiany treści oferty Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie był bowiem uprawniony ani zobowiązany do poprawienia treści oferty Odwołującego w taki sposób, aby doprowadzić ją do zgodności z wymaganiami wynikającymi z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Zgodnie z dyspozycją z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć błąd w oświadczeniu woli, a zatem taki sposób obliczenia ceny, który został dokonany merytorycznie niezgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (ustawa o podatku od towarów i usług). Ponieważ ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej błędu, zgodnie z art. 14 błąd należy rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 84 § 2 Kodeksu cywilnego można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Chodzi tu o błąd co do faktu, polegający na niezgodnym z rzeczywistością wyobrażeniu o istniejącym stanie rzeczy lub o treści czynności prawnej. Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić.

Jako że nie ulega wątpliwości, że zaoferowana przez Odwołującego kwota brutto jako cena jednostkowa za dodatkową licencję jest niezgodna z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług i nie stanowi ani oczywistej omyłki rachunkowej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ani innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie przedmiotowa nieprawidłowość stanowi o niezgodności treści oferty z obowiązującymi przepisami prawa, przedmiotowa nieprawidłowość stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Swoje stanowisko Zamawiający wyraził także podczas rozprawy.

IV Stanowisko Przystępującego

Przystępujący po stronie Zamawiającego – Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Swoje stanowisko wyraził w pismach procesowych z 9 i 12 lipca 2019 r. oraz podczas rozprawy.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Odwołującego i złożonych przez niego wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. Stan faktyczny został poprawnie przedstawiony w stanowiskach Stron i Przystępującego, zatem – jako niesporny – nie będzie ponownie opisywany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń złożonych w pismach procesowych i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiada wymaganiom określonym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego na tej podstawie,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty, pomimo że nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny,
4. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z dyspozycją przywołanego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt 2.) lub zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 6.).

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Ust. 1a tego przepisu dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego, nie ma więc zastosowania w niniejszej sprawie. Zgodnie zaś z ust. 2. zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych opisuje zaś najważniejsze zasady udzielania zamówień publicznych wskazując, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Ze stanu faktycznego sprawy wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując na dwie podstawy prawne: niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz błąd w obliczeniu ceny nie dający się zakwalifikować jako omyłka rachunkowa.

Przy czym, w zakresie niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, można rozróżnić trzy okoliczności faktyczne, na które wskazywał Zamawiający: 1) sprzeczność z wymaganiami specyfikacji, 2) brak wskazania w ofercie przewidzianych rozwiązań, 3) zmianę opisu proponowanych rozwiązań pomiędzy ofertą, wyjaśnieniami udzielanymi Zamawiającemu w trakcie postępowania przetargowego, jak i opisami rozwiązań dokonywanymi w trakcie postępowania odwoławczego.

Dokonując analizy stanu faktycznego w niniejszej sprawie w przełożeniu na stan prawny należy przede wszystkim zwrócić uwagę na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii

Europejskiej z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., w której Trybunał wypowiedział się w sprawie wyjaśniania „oferty niedokładnej lub niezgodnej z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji”. Jak wskazał Trybunał, z samej natury procedury przetargu wynika, że gdy złożone zostaną oferty, zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy kandydata (wykonawcy). Zasada równego traktowania kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości sprzeciwiają się bowiem wszelkim negocjacjom pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatami, a sam „brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązku dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci”. Jednakże zasada równego traktowania i przejrzystości nie sprzeciwia się, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach, w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Zatem instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.

Pogląd ten zatem jest zbieżny z dyspozycją art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz poglądami orzecznictwa krajowego co do zasad jego stosowania.

Zatem zamawiający, w ramach wyjaśnień żądanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, może poprosić wykonawcę/wykonawców o wyjaśnienie – w znaczeniu: doprecyzowanie, co konkretnie zostało zaoferowane (jak wskazał Trybunał: o „zwykłe” wyjaśnienia), jak też dokonać niewielkich korekt (np. sprostowania omyłek), nie może jednak w rzeczywistości doprowadzić do zmiany tego, co zostało zaoferowane. Zmiana taka w szczególności jest widoczna, gdy zmienione zostają nazwy lub parametry oferowanych przedmiotów. Z kolei wyjaśnienia mogą sprawiać wrażenie negocjacji treści oferty w przypadku, gdy jedna lub obie strony biorące w nich udział dokonują zmiany swoich stanowisk. Przy czym należy zauważyć, że Trybunał wskazuje tu właśnie nawet na „prowadzenie do wrażenia”, a nie celowe negocjacje czy zezwolenie na dokonanie zmiany.

W rozpatrywanej sprawie istniejący stan faktyczny – w zakresie wad oferty Odwołującego wskazanych przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty – wskazuje na to, że, aby

uznać ofertę za zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, należałoby dokonać zmiany jej treści lub też przyjąć treść nie wynikającą z samej oferty, lecz ustaloną dopiero w dalszym toku postępowania, w tym postępowania odwoławczego, co jest oczywiście niedopuszczalne.

Co do wskazanych przez Zamawiającego wad oferty skutkujących koniecznością jej odrzucenia jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Izba w ogólności podziela stanowisko i argumentację Zamawiającego.

W zakresie zarzutu 1. Izba stwierdziła, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 21 z 31 października 2018 r. o treści: „Czy Zamawiający zapewnia niezbędną infrastrukturę do tworzenia kopii zapasowej? Jeśli nie, to czy należy zapewnić odpowiednią przestrzeń na macierzy dyskowej czy dostarczyć bibliotekę taśmową do każdego ośrodka wraz z odpowiednią ilością taśm.” wskazał, że „Zamawiający nie posiada odpowiedniej infrastruktury. Wykonawca ma zapewnić odpowiednią przestrzeń na macierzach dyskowych.” Tym samym wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowił o tym, że wykonawca ma zapewnić przestrzeń niezbędną do dokonania backupu na macierzach dyskowych, a nie w ramach bibliotek taśmowych, na które to rozwiązanie wskazywał Odwołujący w postępowaniu odwoławczym.

Jednocześnie, w odpowiedzi na pytanie nr 11 z 31 października 2018 r., Zamawiający wskazał, że zakłada miesięczny wolumen danych na poziomie 1 TB dla plików wideo. Dane będą przechowywane przez 1 rok, a po 12 miesiącach będą nadpisywane. Wolumen danych dla zdjęć został wskazany w rozdziale 15. opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem 15. ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia, tabela 8. średnia liczba zdjęć miesięcznie to 60.000, a średnia wielkość zdjęcia to 5 MB.

Należy w tym miejscu wskazać, że wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielane w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych mają takie samo znaczenie prawne jak pierwotna treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stanowią jej równorzędną część; *de facto* często też stanowią modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (już choćby poprzez ich doprecyzowanie), nawet jeśli zamawiający formalnie nie powoła się na art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym ostateczne i kompletne wymaganie Zamawiającego było takie, by wykonawca zapewnił przestrzeń na macierzy dyskowej konieczną do przechowywania (12 x 1T) + (12 x 60.000 x 5 MB), czyli – według obliczeń Zamawiającego zawartych w informacji o odrzuceniu

oferty Odwołującego – 15,6 TB rocznie. Ta część obliczeń nie była sporna i mieści się jednocześnie w wymogu minimalnej przestrzeni macierzy 20 TB.

Sporna natomiast była kwestia, czy przestrzeń macierzy musi też obejmować miejsce na backup, co powodowałoby, że wielkość 15,6 TB należy podwoić.

Aby rozstrzygnąć tę kwestię, należy przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie, w jakim celu Zamawiający wykonuje ww. zdjęcia i filmy wideo i w jakim celu przechowuje je przez okres 12 miesięcy, jak też, czy w związku z powyższym, dopuszcza możliwość utraty lub braku dostępu do tych danych w przypadku awarii.

W ocenie Izby powyższe dane są danymi istotnymi z punktu widzenia Zamawiającego (świadczy już o tym choćby ilość miejsca, które na nie przeznaczają w projektowanym systemie) i tym samym z samej ich istoty powinny podlegać backupowi. Z założenia projektowany system jest bazą danych, zatem ich część nie powinna podlegać utracie w razie awarii. Zamawiający też nie wyłączył tego rodzaju danych spod wymogu backupu. Tym samym w oferowanym systemie należało przewidzieć miejsce na ww. backup.

Po drugie, wykonawcy muszą spełnić wszystkie wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wskazane w wyjaśnieniach specyfikacji, czy też jej modyfikacji. Zatem jednocześnie musiał być spełniony wymóg co do minimalnej przestrzeni macierzy 20 TB, jak i zapewnienie na macierzy miejsca na wszystkie wskazane dane. Wymogi te się nie wykluczają – i w zależności od oferowanego rozwiązania (być może wykonawca zaoferowałby np. metodę kompresji danych pozwalającą na ich umieszczenie na przestrzeni mniejszej niż 20 TB), zaoferowana musiała być taka przestrzeń, która pozwoli na spełnienie obu tych wymogów jednocześnie.

Należy też zauważyć, że finalne oszacowanie konfiguracji Infrastruktury Technicznej należało do wykonawcy (rozdział 15. ust. 6 opisu przedmiotu zamówienia).

W związku z powyższym należy uznać, że Odwołujący nie spełnił wskazywanego wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu 2. Izba stwierdziła, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której integralną częścią, jak wskazano powyżej, są również wyjaśnienia jej treści udzielane w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymagał zapewnienia wszystkich funkcji ośrodka podstawowego w ośrodku zapasowym, co wynika z postanowienia rozdziału 15. ust. 6 pkt 8 opisu przedmiotu zamówienia: „W przypadku awarii ośrodka podstawowego powinna być zapewniona dostępność wszystkich realizowanych przez System funkcjonalności przez ośrodek zapasowy.”

Zamawiający wskazał też na dwa wymagania wyrażone w odpowiedzi na pytanie nr 13 i 14 z 31 października 2018 r.: „Czy infrastruktura dla środowiska testowo-szkoleniowego powinna zapewniać taką samą wydajność co infrastruktura środowiska podstawowego

i zapasowego?” – odpowiedź: „Wydajność powinna być taka sama na każdym ze środowisk dostarczonych przez Wykonawcę.” oraz „Czy środowiska systemu powinny być odseparowane fizycznie i mieć niezależną infrastrukturę sprzętową?” – odpowiedź: „Dostarczone środowiska mają być rozłączne i niezależne od siebie, w tym posiadać niezależną infrastrukturę sprzętową.”

Kluczowe, zdaniem Izby, jest tu wskazanie: „dostępność wszystkich realizowanych przez System funkcjonalności”. Tym samym wyłączenie pewnych funkcji systemu z zakresu „wszystkie” musiałoby być wyrażone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też wyjaśnieniach jej treści.

Zamawiający, w rozdziale 15. ust. 6 pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia, wskazał też, że „System powinien zostać wykonany w architekturze wysokiej dostępności, zapewniającej odporność na awarię pojedynczych elementów oraz możliwość przełączenia funkcjonowania całości systemu na środowiska zapasowe” – zatem również w innych miejscach wskazuje na przełączenie całości systemu na środowiska zapasowe.

Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, że przywołana przez Odwołującego definicja pojęcia „Systemu” zawarta w punkcie 72. opisu przedmiotu zamówienia jako „stworzonej w ramach realizacji Umowy Interaktywnej Bazy Danych Straży Ochrony Kolei, składającej się z oprogramowania dostosowanego do wymagań Umowy, w tym wymagań funkcjonalnych i technicznych (...), spełniającej wszystkie wymagania określone w odebranej Dokumentacji Koncepcji IBD SOK, Dokumentacji Użytkowej i Dokumentacji Powdrożeniowej, zainstalowanej na Infrastrukturze Technicznej, stanowiącej dzieło...”, czy też „Środowiska Produkcyjnego” zawarta w punkcie 76. – „Infrastruktura Techniczna i Oprogramowanie zainstalowane u Zamawiającego, w których System będzie używany” i ich odrębne użycie od pojęcia „przedmiotu umowy”, nie ma znaczenia i nie zmienia wymowy wymogu. Z powyższej definicji systemu wynika zaś jedynie ogólnie, że system to infrastruktura techniczna, czyli sprzęt i oprogramowanie na nim zainstalowane, zatem nie wyłącza ona spod zakresu pojęcia systemu żadnej mającej być przez niego realizowanej funkcji. Podobnie wskazanie na funkcje czterech poszczególnych środowisk wymaganych przez Zamawiającego: produkcyjnego, deweloperskiego, testowo-szkoleniowego i zapasowego – wskazuje właśnie tylko na przeznaczenie tych środowisk: działalność bieżąca, rozwój, szkolenie i awarie.

Także to, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewidział różne inne – przywoływane przez Odwołującego – funkcje, które ma spełniać system, nie zmienia przedmiotowego wymogu.

Oferta Odwołującego więc także w tym zakresie nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nawet jednak gdyby uznać, że przedmiotowy wymóg mógł być nie do końca jasny dla wykonawców, nie zmienia to faktu, że oferta Odwołującego – już z innych przyczyn – podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu 3. Izba stwierdziła, że, zgodnie z rozdziałem 15. ust. 6 pkt 7 opisu przedmiotu zamówienia „przełączenie przetwarzania z ośrodka podstawowego na ośrodek zapasowy i odwrotnie powinno się odbywać w sposób automatyczny i na żądanie.”

Wykonawca musiał zaś zaproponować Zamawiającemu stosowne rozwiązanie, zgodnie ze swoją koncepcją budowy systemu. Zasadniczo rozwiązanie to powinno być zawarte w ofercie – już niezależnie od tego, w którym konkretnie dokumencie się na nią składającym. Jak wynika z rozdziału XVIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kompletna oferta musiała zawierać m.in. formularz oferty; formularz cenowy; formularz wymagań funkcjonalnych; specyfikację wymagań sprzętowych, technicznych i sieciowych; koncepcję realizacji systemu; umowy licencyjne oraz wykaz oprogramowania open source. Zatem wszystkie istotne elementy oferowanego systemu powinny być się znaleźć w tych dokumentach. Zgodnie z art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwe jest co prawda wyjaśnienie (doprecyzowanie) treści oferty lub uzupełnienie braków w dokumentach, ale w żadnym z tych wypadków nie może ono prowadzić do zmiany treści oferty. Jeśli chodzi o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – wynika to wprost z jego treści, jeśli zaś o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – to co prawda nie odnosi się on do tej kwestii, lecz zostało to wskazane wprost w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, w którym Trybunał wskazał, że zasadę równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert; nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty.

Zatem późniejsze wskazywanie oferowanych rozwiązań – w sposób, który wykracza poza „zwykłe wyjaśnienia” (w nomenklaturze Trybunału), czy też doprecyzowanie i rozwianie wątpliwości co do oferowanych rozwiązań – w ocenie Izby wykracza poza dopuszczalną możliwość wyjaśnienia i skorygowania błędów oferty i stanowi już jej zmianę.

Co zaś do samych wyjaśnień – w wyjaśnieniach z 5 grudnia 2018 r. Odwołujący wskazał, że „przełączanie ośrodków w sposób automatyczny musi być realizowane na poziomie oprogramowania aplikacyjnego, a nie na poziomie wirtualizacji (Veeam Backup & Replication Standard), co wynika ze specyfikacji infrastruktury dostępnej po stronie Zamawiającego. Wykonawca oświadcza, iż przełączanie ośrodków w sposób automatyczny będzie realizowane przez oprogramowanie typu Open Source: a) baza danych: Percona XtraDB Cluster min 5.7, b) Aplikacja: Loadbalancer HAProxy”. Jednocześnie, w uzupełnionej „Specyfikacji Infrastruktury Technicznej” Odwołujący wskazał m.in. oprogramowanie VMware vSphere 6.7 Standard, vCenter Standard 1 kpl, bazę danych Percona XtraDB Cluster min 5.7 1 kpl, Loadbalancera HAProxy 1 kpl, Zabbix 1 kpl.

Wyjaśnienia z 4 czerwca 2019 r. odwołują się zaś jedynie do oprogramowania Veeam Backup & Replication oraz VMware vSphere, przy czym Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wymagał VMware SRM i loadbalancera, o których jest mowa w zapytaniu Zamawiającego z 27 maja 2019 r. Tymczasem, poza długim wstępem, w którym Zamawiający opisywał swoje wymagania i stwierdzenia, istotą pytania była prośba o wyjaśnienie, w jaki sposób zostanie zapewnione automatyczne przełączanie z ośrodka podstawowego na ośrodek zapasowy i odwrotnie.

Skoro Zamawiający ponownie poprosił o wyjaśnienia w tym zakresie, można było wnosić, że jest to dla niego kwestia istotna dla badania i oceny oferty. Tym samym Odwołujący powinien udzielić konkretnej i wyczerpującej informacji w tym zakresie, nawet jeśli już raz jej udzielał, dochowując należytej staranności. Tak jak wskazał Trybunał w przywołanym powyżej orzeczeniu „brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia obowiązku wykonawcy dochowania staranności przy formułowaniu oferty”, tak można stwierdzić, że brak jasności (i wyczerpania tematu) przy udzielaniu wyjaśnień wynika z uchybienia przez wykonawcę obowiązku dochowania staranności przy formułowaniu wyjaśnień”.

Powyższe rozważania dotyczą także zarzutu 4., z tą jednak różnicą, że w niniejszym stanie faktycznym – jeśli rzeczywiście, jak twierdzi Odwołujący, oprogramowanie xClarity Controller jest standardowo oferowane przez producenta z zaoferowanym serwerem Lenovo i w cenie tego serwera, co jest do sprawdzenia przez Zamawiającego – możliwe jest przyjęcie w ramach „zwykłych” wyjaśnień wykonawcy, że zostało ono zaoferowane już w ofercie, nawet jeśli oprogramowane to nie zostało wskazane *expressis verbis* w treści oferty.

Ze względu jednak na pozostałe wady oferty stanowiące przyczynę jej odrzucenia, nie ma to wpływu na samą czynność odrzucenia oferty.

Rozważania powyższe odnoszą się także do zarzutu 5. w zakresie zaoferowanej w punkcie 25., tabeli 2. – cenie dodatkowej licencji dla „oprogramowania IBD SOK”.

W punkcie tym wykonawcy mieli podać licencje, których zakup przez Zamawiającego będzie konieczny w celu rozszerzenia możliwości korzystania z systemu – zgodnie z ich koncepcją. Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, że nie mogła mu zostać zaoferowana odpłatnie licencja na oprogramowanie, które w tym momencie będzie już jego własnością. Oczywiście założenie to jest słuszne.

Odwołujący z kolei wskazał, że nazwa „oprogramowanie IBD SOK” dotyczyła w rzeczywistości oprogramowania Dart produkcji Odwołującego oraz oprogramowania Exceleris produkcji firmy Pentacomp.

Jednak w ocenie Izby taka interpretacja przedmiotowego oświadczenia nie jest niczym uzasadniona i nie wynika z treści oferty, stanowiłaby więc jej niedozwoloną zmianę.

Z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdziału XVIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punkt 28. formularza cenowego) wynika, że w ofercie powinny być wskazane poszczególne elementy będące przedmiotem dostawy, a brak wyszczególnienia elementów niezbędnych do wdrożenia, uruchomienia i zapewnienia prawidłowego działania systemu będzie stanowił podstawę do odrzucenia oferty.

Z kolei ujęcie w punkcie 25. formularza cenowego cen dodatkowych licencji i zobowiązanie wykonawcy do ich dostarczenia jako jednego z elementów umowy świadczy, że jest to, według Zamawiającego, element istotny zarówno dla samej oferty, jak i dla prawidłowego działania systemu.

W związku z powyższym również ta wada oferty stanowi podstawę do jej odrzucenia, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co zaś do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na wskazanie w ww. pozycji dotyczącej oprogramowania IBD SOK wartości brutto 0,0123 zł przy wartości netto 0,01 zł (1 grosz) Izba uznała, że kwalifikowanie powyższego zapisu jako błędu w obliczeniu ceny ze względu na niezgodność z art. 106e ust. 11 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, jest nadmiernym przypisywaniem wagi temu zapisowi. Z przywołanego przepisu wynika, że „kwoty wykazywane w fakturze zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki od 0,5 grosza zaokrągla się do 1 grosza”.

Wykonawca rzeczywiście – co nie było sporne – powinien był zaokrąglić powyższą kwotę do wartości 0,01 zł, tj. 1 grosz. Zaokrąglenie to wynika jednak nie z samych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, ale jest zwykłą regułą matematyczną zastosowaną w tym przepisie i należy w ten sposób tę kwestię potraktować. Poza tym, jeśli już restrykcyjnie

stosować przepisy ustawy o podatku od towarów i usług, to należy zauważyć, że art. 106e ust. 11 dotyczy wystawiania faktur.

Zatem Zamawiający mógł w tym wypadku zastosować art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych było działaniem nadmiernym i nieuzasadnionym.

Ze względu jednak na pozostałe wady oferty stanowiące przyczynę jej odrzucenia, nie ma to wpływu na samą czynność odrzucenia oferty, jak też na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 15.000 zł i wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: