

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Atos Polska S.A., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Operator sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Sygnity S.A., Indra Sistemas SA, Indra Sistemas Polska, sp. z o.o., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Atos Polska S.A., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Atos Polska S.A., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Atos Polska S.A., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** na rzecz **ENEA Operator sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

ENEA Operator sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań, dalej zwany także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa i wdrożenie w ENEA Operator Sp. z o. o. systemu informatycznego dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie” (ref. RPUZ/P/1213/2015/DD/DI), ogłoszonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 5 maja 2015 r. pod nr 2015/S 086-156420.

Obecnie postępowanie jest na etapie badania i oceny ofert złożonych przez zaproszonych wykonawców. Od czynności Zamawiającego dokonanej w trakcie badania ofert wykonawca Atos Polska S.A., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź wniósł w dniu 11 kwietnia 2016 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej. We wniesionym odwołaniu podniósł iż Zamawiający dokonał wadliwie publicznej (w obecności Wykonawców) weryfikacji próbki Odwołującego. Wadliwa ocena polegała na zaniechaniu przeprowadzenia badania i oceny oferty Odwołującego, w części obejmującej próbkę, w zakresie realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz wymagań zadeklarowanych przez Odwołującego w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, zgodnie z postanowieniami ppkt 5.2.4, 5.2.5, 5.2.6 i 5.2.7 SIWZ, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 26 ust. 3 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp. Wskazał iż błędy i zaniechania w toku weryfikacji próbki spowodowały, że Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż rozstrzygnięcie postępowania z uwzględnieniem wyników jawnej weryfikacji próbki może spowodować, że oferta Odwołującego nie będzie najkorzystniejsza.

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego w części obejmującej próbkę, w zakresie realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz wymagań zadeklarowanych przez wykonawcę w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, z uwzględnieniem informacji przekazanych Zamawiającemu za pismem Odwołującego z dnia 21.03.2016 r. Ponadto w uzasadnieniu zarzutu podniósł, że większość informacji dotyczących czynności i zaniechań Zamawiającego objętych niniejszym odwołaniem stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, honorowaną przez Zamawiającego. W związku z powyższym zostały one przedstawione w załączniku do odwołania.

Przedmiotowe postępowanie jest aktualnie w fazie oceny ofert, które złożyło trzech wykonawców, wśród nich Odwołujący. Zamawiający dokonał publicznej weryfikacji dostarczonych Próbek systemu wymaganych w punkcie 5.2 SIWZ Próbkę miały zostać

złożone na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ. Zgodnie z pkt 5.2.6 SIWZ Zamawiający w obecności Wykonawców dokonał weryfikacji, czy oferowany przez Wykonawcę system lub grupa systemów dla wspomaganie zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ i spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ. Próbką miała być zainstalowana na komputerze, który wykonawca powinien złożyć wraz z Ofertą, zarazem wykonawca miał przekazać Zamawiającemu instrukcję korzystania z próbki, która w sposób jednoznaczny umożliwi Zamawiającemu samodzielny weryfikację Próbki.

W dniu 1 kwietnia 2016 r. odbyła się publiczna weryfikacja próbki złożonej przez Odwołującego. Zgodnie z pkt 5.2.14 umocowni przedstawiciele Wykonawcy, nie mogli zabierać głosu w trakcie weryfikacji Próbek. Na dzień 11 kwietnia 2016 roku Zamawiający zapowiedział kolejną weryfikację próbki Odwołującego i rzeczywiście w tej dacie miało to miejsce. Niestety – wg. Odwołującego na obu prezentacjach Zamawiający odmówił wykorzystania instrukcji przekazanej mu za pismem z dnia 21 marca 2016 r. W tych okolicznościach Odwołujący uznał, że zaniechanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego i może wywołać szkodę w postaci negatywnej oceny jego oferty, zarówno w kierunku jej zgodności z SIWZ, jak i atrakcyjności z punktu widzenia przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego podniósł, że Zamawiający odmówił wykorzystania podczas weryfikacji próbki dodatkowych informacji uzyskanych od Odwołującego po terminie składania ofert uznając, że jest to zmiana treści oferty. Z taką wykładnią, zdaniem Odwołującego nie można się zgodzić ponieważ zgodnie z pkt 5.2 SIWZ próbka systemu ma potwierdzić, że oferowany przedmiot zamówienia realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 5 Część B do SIWZ. Instrukcja miała być dostarczona razem z komputerem z zainstalowaną próbką. Zamawiający zastrzegł (ppkt 5.2.9 SIWZ), że komputer z zainstalowaną próbką jest częścią oferty i nie podlega uzupełnieniu. Jednocześnie dopuścił możliwość wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących weryfikowanej próbki (ppkt 5.2.7 SIWZ).

Nadto Odwołujący stwierdził, że SIWZ nie zawiera szczegółowych wymagań względem instrukcji korzystania z próbki. Jej zawartość determinuje wyłącznie cel tego opracowania, czyli możliwość samodzielnej weryfikacji próbki przez Zamawiającego. Instrukcja nie podlega więc badaniu na okoliczność zgodności z SIWZ, a przede wszystkim nie stanowi treści oferty. Z drugiej strony jest niezbędna, aby sprawdzić jakość próbki.

Wszelkie wyjaśnienia dotyczące procesów związanych z uruchomieniem próbki Systemu i weryfikacją zaimplementowanych funkcjonalności mogą być postrzegane wyłącznie w kategorii informacji na temat korzystania z komputera z zainstalowaną próbką, nie zaś jako ingerencja w ofertę. Ponadto skoro instrukcja znalazła się w grupie dokumentów o których mowa w pkt 5.2 SIWZ (na potwierdzenie wymagań przedmiotowych), a jednocześnie nie została wyłączona spod regulacji art. 26 ust. 3 Pzp to jako taka podlega uzupełnieniu na zasadach art. 26 ust. 3 Pzp oraz wyjaśnieniom w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Nadto stwierdził, że Odwołujący, niezależnie od treści i podstawy kierowanych do niego wezwań, skorzystał z możliwości jakie wynikają z ww. przepisów i przekazał Zamawiającemu dodatkowe informacje i dokumenty które zdaniem Odwołującego nie mogły być pomijane w toku oceny ofert.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i na wstępie zawnioskował o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność czy dokonanie czynności opisanych w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 21 marca 2016 r. doprowadziłoby do zmiany oprogramowania zainstalowanego w próbce załączonej do oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa i wdrożenie w ENEA Operator Sp. z o.o. systemu informatycznego dla wspomaganie zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie.*

Ponadto Zamawiający odnosząc się do charakteru próbki określonej w SIWZ wskazał iż w tym zakresie rozstrzygające znaczenie posiadają postanowienia SIWZ. Pkt 5.2.9. SIWZ, który nie pozostawia w tej mierze jakichkolwiek wątpliwości stanowiąc, że *Komputer z zainstalowaną Próbką jest częścią Oferty i nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.* Wskazane postanowienia SIWZ stanowią jednoznaczny wyraz tego, iż próbka stanowiła merytoryczną część oferty. Dodatkowo w pkt 5.2.6. SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że *„(...) na podstawie dostarczonej Próbką dokona badania i oceny ofert w zakresie realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz wymagań zadeklarowanych przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ.*” Dodał iż nie wymagał złożenia wraz ofertą jakiegokolwiek opisu technicznego oferowanego systemu. Ocena oferty, tak w zakresie zgodności treści oferty z treścią SIWZ (Załącznik Nr 4 część A do SIWZ), jak w zakresie jednego z kryteriów oceny oferty odbywała się właśnie za pomocą próbki. Próbka inkorporowała zatem w sobie treść oferty.

Odnosząc się do zarzutu odwołania stwierdził iż Odwołujący zarzuca w odwołaniu, iż Zamawiający w trakcie weryfikacji próbki nie wziął pod uwagę jego wyjaśnień złożonych w dniu 21 marca 2016 r. Analiza tych wyjaśnień wskazuje jednakże, iż nie stanowiły one wyjaśnienia treści oferty, lecz były próbą dokonania modyfikacji próbki, stanowiąc czynność sprzeczną z zakazem wynikającym z art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Natomiast wyjaśnienia

Odwołującego z dnia 21 marca 2016 r. pozostawały w nierozzerwalnym związku z wyjaśnieniami złożonymi pismem z dnia 17 lutego 2016 r., pismem z dnia 18 lutego 2016 r. oraz pismem z dnia 19 lutego 2016 r. Okoliczność ta jest niesporna, gdyż w swoich wyjaśnieniach z dnia 21 marca 2016 r. sam Odwołujący przyznaje, że wyjaśnienia te nawiązują do wyjaśnień z dnia 19 lutego 2016 r. i stanowią ich uzupełnienie. Ponadto wskazał iż z wyjaśnieniami z dnia 17 lutego 2016 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu nośnik pamięci typu flash i wskazał, że należy do próbki dograć pliki znajdujące się na tym nośniku. Zawartość nośnika Odwołujący nazwał „zaślepką systemową”. Z kolei kluczowe są wyjaśnienia Odwołującego z dnia 21 marca 2016 r. nawiązujące do przesłanej zaślepki systemowej, gdzie Odwołujący poniechał „aby Zamawiający wgrał „zaślepkę systemową” z dostarczonego *pendriva*. W instrukcji załączonej do wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r. Odwołujący wprost wskazał, że jest to „*Instrukcja manualnego wprowadzenia zaślepki systemowej*”. Natomiast w pierwszym akapicie instrukcji załączonej do ww. wyjaśnień Odwołujący podał: „*W celu manualnego wprowadzenia zaślepki systemowej, odcinającej odwołania do systemów zewnętrznych, należy po dokonaniu działań opisanych w Instrukcji obsługi Próbk, w rozdziale 2 „Uruchomienie środowiska”, punkt 5 (moment po uruchomieniu pliku enea.demo (1) i uruchomieniu terminala) wykonać kroki opisane poniżej:*”

Dlatego też wg. Zamawiającego nie może być żadnych wątpliwości, iż wyjaśnienia z dnia 21 marca 2016 r. stanowiły alternatywną metodę wprowadzenia danych, które pierwotnie zostały przekazane przez Odwołującego na nośniku pamięci typu flash, jako tzw. zaślepka systemowa, gdzie Odwołujący oczekiwał manualnego wprowadzenia zaślepki systemowej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Konsorcjum: Sygnity S.A., Indra Sistemas SA, Indra Sistemas Polska, sp. z o.o., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa, dalej zwany także „Przystępujący”, który poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o odrzucenie oferty lub jej oddalenie z powodu niezasadności podniesionych zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie jest zasadne

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej,

w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba także uznała za zasadną argumentację Przystępującego co do jego interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie.

Na wstępie odwołania Izba odniosła się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego o niezasadnym objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa części odwołania złożonej do KIO jako załącznik nr 1 do odwołania. Zamawiający w tym zakresie stwierdził, że jego zdaniem dokument ten nie zawiera żadnych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym element ten winien stanowić jawną część odwołania. Izba odnosząc się do tej kwestii uznała stanowiska Zamawiającego za zasadne, gdyż objęta tajemnicą przedsiębiorstwa część odwołania nie zawierała żadnych danych czy też informacji mogących spełniać ustawowe przesłanki umożliwiające objęcie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto brak było jakiegokolwiek uzasadnienia ze strony Odwołującego - wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa, co wyłączało możliwość uznania iż zastrzeżenie części uzasadnienia zostało dokonane zgodnie z wymaganiami art. 8 ust.3 ustawy Pzp. Podobnie z ww. powodów Izba oceniła pismo procesowe Odwołującego złożone na rozprawie. Izba działając w oparciu o przepis par.23 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (tj. Dz.U z 2014 roku poz.964) postanowiła nie uwzględnić wniosku Odwołującego w zakresie potrzeby objęcia ww. pism tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto na wstępie niezbędnym było rozstrzygnięcie przez Izbę wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania z tego powodu iż Odwołujący we wstępie odwołania wskazał, że wnosi odwołanie wobec postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a termin na kwestionowanie postanowień SIWZ już minął. Izba nie uwzględniła tego wniosku. Niewątpliwie powyższe sformułowanie znalazło się w treści odwołania, lecz z samej treści skonkretyzowanego zarzutu oraz jego uzasadnienia należało wywieść jednoznaczne stanowisko, iż odwołanie było wnoszone od *wadliwie dokonanej czynności Zamawiającego polegającej na weryfikacji próbki odwołującego, polegającej na nieuwzględnieniu w ramach tej weryfikacji i zaleceń wynikających z wyjaśnień udzielonych przez odwołującego pismem z 21 marca 2016 r.*

Kolejną kwestią wymagającą rozstrzygnięcia był wniosek Zamawiającego o oddalenie odwołania z powodu przedwczesności jego wniesienia, a w szczególności wnoszenia go od bliżej nieokreślonej czynności badania próbki, które nie zostało udokumentowane jakimkolwiek protokołem, czy pismem. Izba oddaliła ten wniosek. Niewątpliwym jest, że w wyniku badania próbki w dniu 1 kwietnia 2016 roku nie doszło do czynności oceny oferty Odwołującego, ale została dokonana czynność publicznej weryfikacji próbki. Niewątpliwie czynność ta może mieć istotny wpływ na ocenę oferty Odwołującego, w tym nawet na jej odrzucenie.

Odwołujący odnosząc się do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie podał, że Zamawiający w poprzednich postępowaniach dotyczących tego zamówienia wskazywał, iż brak złożenia instrukcji nie będzie podstawą odrzucenia oferty, a ponadto nawet przy braku instrukcji będzie w stanie dokonać uruchomienia próbki i zbadania zawartych w niej funkcjonalności. Tym samym brak jest uzasadnienia, aby wykonawca nie mógł w złożonej instrukcji dokonać zmian, po to aby Zamawiający mógł bez problemu ocenić funkcjonalności oprogramowania zawartego w próbce. Natomiast nieuwzględnienie wyjaśnień Odwołującego zawartych w piśmie z 21 marca 2016 r. może uniemożliwić powyższe czynności Zamawiającego. Podkreślił, że niezasadnym jest twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący wnosi aby instrukcja została wgrana z nośnika pamięci dostarczonej Zamawiającemu w lutym 2016 r. Wystarczającym będzie dokonanie manualnego wprowadzenia zaślepki systemowej, którą to instrukcję przekazał odwołujący Zamawiającemu przy piśmie z 21 marca 2016 r.

Natomiast Zamawiający stał na stanowisku iż jakakolwiek forma wgrana czegokolwiek do złożonej wraz z ofertą próbki oferowanego systemu, stanowi ingerencję w jej treść i tym samym jest niedopuszczalna.

W tak ustalonym stanie faktycznym, w którym wnoszone jest przedmiotowe odwołanie niewątpliwie osią sporu pomiędzy stronami jest kwestia, czy oczekiwane przez Odwołującego manualne wprowadzenie do złożonej wraz z ofertą próbki zaślepki systemowej, spowoduje zmianę tejże próbki oraz czy posłużenie się tą zaślepką odnosi się do samej próbki, czy też jest uszczegółowieniem złożonej wraz z próbka instrukcji postępowania Zamawiającego w celu wywiedzenia funkcjonalności zawartego tam oprogramowania. Podkreślić należy, że obie strony podparły prezentowane stanowiska opiniami prywatnymi złożonymi wraz z pismami procesowymi na posiedzeniu Izby.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności podniesionego zarzutu odwołania o bezzasadnym nieuwzględnieniu podczas publicznej weryfikacji funkcjonalności zaoferowanej próbki zaślepki systemowej, Izba uznała powyższy zarzut Odwołującego za niezasadny.

Poza sporem pomiędzy stronami był fakt iż przedłożona przez Odwołującego uzupełniona pismem z 21 marca 2016 roku instrukcja uruchomienia próbki zmierzała do zobowiązania Zamawiającego do wgrania do złożonej próbki nowych plików. Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego ww. opinii wskazać należy iż z opinii dr Drozda wynika, że zastosowanie instrukcji z wgraniem „zaślepki systemowej” nie powoduje modyfikacji próbki. Jednakże w dalszej części opinii wielokrotnie stwierdzono, że „*W dniu 21 marca 2016 roku Wykonawca przekazał Zamawiającemu Instrukcję poprawnego uruchomienia Próbkę. W Instrukcji tej Wykonawca szczegółowo opisał kroki, jakie należy powziąć podczas uruchomienia Próbkę w celu i ręcznego zablokowania odwołań do systemów zewnętrznych”...*”*zastosowanie instrukcji nie powoduje w żaden sposób modyfikacji Próbkę, w zakresie*

funkcjonalności wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie”, ...” analizowane pliki .xml służą tylko i wyłącznie celom konfiguracyjnym oraz parametryzacyjnym i nie są kompilowane”. Natomiast w opinii prof. Szymańskiego podano iż „zmianę Próbki - a co za tym idzie zmianą Oferty - nazwać można jedynie takie działanie Wykonawcy, które doprowadzi do zmiany funkcjonalności systemu lub do zaimplementowania w systemie nowych funkcjonalności, niezaimplementowanych wcześniej w Próbcie. Z tej perspektywy ocenić należy, że wprowadzenie zaproponowanych przez Wykonawcę komend oraz wpisanie kilku dodatkowych parametrów systemowych nie może zaowocować uzupełnieniem Próbki o dodatkowe opcje czy funkcje. Charakterystyka przedstawionych w Instrukcji manualnego wprowadzenia zaślepki komend jednoznacznie świadczy o fakcie, że są one jedynie zmianą konfiguracyjną i parametryzacją środowiska uruchomieniowego Próbki i nie ingerują w funkcjonalność Próbki. Przeważająca większość z wprowadzanych komend ma na celu odnalezienie odpowiednich plików konfiguracyjnych środowiska serwerowego Próbki, utworzenie ich kopii zapasowych i udzielenie uprawnień edycyjnych do konfiguracji środowiska serwerowego. Celem tych komend jest uzyskanie dostępu do dwóch plików konfiguracyjnych „components.xml oraz „standalone-TEST-PL.xml”.

Analizując powyższe, zdaniem Izby należy stwierdzić jednoznacznie, że wgranie zaślepki systemowej niezależnie od tego czy następowałoby to w drodze wgrania danych z pamięci typu *flash*, czy też w drodze manualnego wprowadzenia tych danych, to powodowałoby zmianę /konfigurację plików próbki w tym także zmianę ich wielkości.

Nie jest istotne z punktu widzenia treści załączonej do oferty próbki, czy te zmiany po wprowadzeniu zaślepki i w jakim zakresie powodują zmianę samej próbki. Takie dowodzenie byłoby działaniem ponad ustaloną w tym zakresie treść SIWZ i tym samym byłoby niedopuszczalne. Obowiązkiem Zamawiającego w świetle postanowień SIWZ jest dokonanie weryfikacji próbki w zakresie oferowanych rozwiązań funkcjonalnych, w oparciu o przedłożoną instrukcję obsługi, a nie badanie czy proponowane samodzielnie przez Odwołującego uzupełnienia powodują jej zmianę i w jakim zakresie. Dlatego też Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia Zamawiającego oparte w większości o opinię Politechniki Poznańskiej, że wprowadzenie (niezależnie od sposobu) „zaślepki systemowej” skutkuje między innymi uruchomieniem pliku wsadowego, programów i skryptów dostarczonych jako zaślepka, których celem jest „zastąpienie pliku *comb,ear* o wielkości 655 978 057 bajtów nowym plikiem o takiej samej nazwie, ale wielkości 655 711 540 bajtów. Różnica w wielkości obu plików oznacza różnicę w ich zawartości na poziomie binarnym, natomiast z analizy składników Próbki można wnioskować, że jest to kluczowy plik w implementacji oferowanego systemu, a zatem jego podmiana może oznaczać zmianę kodu programu i tym samym wpłynąć bezpośrednio na funkcjonalności systemu”. Ponadto „podmiana tego kluczowego

pliku mogłaby spowodować de facto udostępnienie innej (nowej) funkcjonalności przez oferowany system niż funkcjonalności zawarte w Próbce dostarczonej Zamawiającemu w dniu złożenia Oferty". W przedmiotowej opinii wskazano również iż „Czynności opisane w instrukcji „manualnego sposobu wprowadzenia zaślepki systemowej” nakazują Zamawiającemu tym razem ręczne rozpakowanie pliku EAR, modyfikację wskazanego pliku konfiguracyjnego, ponowne utworzenie archiwum EAR i jego instalację na serwerze Wildfly”. Za istotną zdaniem Izby należy uznać uwagę Zamawiającego wynikającą z opinii iż „Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy uruchomienie skryptów, bądź wykonanie kolejnych kroków opisanych w uzupełnieniu instrukcji doprowadziłaby do udostępnienie brakujących funkcjonalności w oferowanym systemie”.

W tym zakresie Izba stwierdza, że niezależnie od wpływu wprowadzonych zmian na treść próbki konieczne byłoby przeprowadzenie badania, czy wprowadzenie do komputera z próbką plików wskazanych w manualnej instrukcji wprowadzenia „zaślepki systemowej” powodowałyby zmianę próbki, a więc przeprowadzenia procedury nieprzewidzianej w treści SIWZ, a to byłoby działaniem niedopuszczalnym. Zamawiający nie ma podstaw prawnych z postanowień SIWZ do dokonywania takich badań i wpływu zaślepki na treść próbki.

Powyższe stanowisko Izby posiada także oparcie w obowiązku wykonawcy wynikającym z postanowień SIWZ, z pkt.5.2.1. iż „Razem z komputerem z zainstalowaną Próbką powinny być również przekazane wszelkie inne elementy sprzętowe, które będą niezbędne do weryfikacji Próbki pod kątem spełnienia wymagań zadeklarowanych przez Wykonawcę w Ofercie”. Ponadto w pkt 5.2.5. ustalono iż „Wykonawca przekaże Zamawiającemu instrukcję korzystania z Próbki, która w sposób jednoznaczny umożliwi Zamawiającemu samodzielną weryfikację Próbki. Instrukcja zostanie dostarczona razem z komputerem z zainstalowaną Próbką, w języku polskim, w formie papierowej oraz elektronicznej w postaci pliku PDF zapisanym na zdeponowanym komputerze z zainstalowaną Próbką. Instrukcja powinna zawierać zrzuty ekranów stanowiące opis kolejnych czynności związanych z uruchomieniem Próbki i weryfikacją procesów określonych w Części A Załącznika nr 4 oraz wszystkich zadeklarowanych przez Wykonawcę funkcjonalności określonych w Części B Załącznika nr 4,”. Podkreślić należy, że z tych postanowień SIWZ nie wynika uprawnienie wykonawcy do przesyłania Zamawiającemu czegokolwiek poza treścią wyjaśnień, czy dokumentów do których złożenia był wzywany – w szczególności dodatkowych plików, czy też innych danych mogących być wgranymi do przesłanej wraz z ofertą próbki. Niewątpliwym jest, że zarówno tzw. zaślepka systemowa przesłana w formie pamięci flash czy w opisanej manualnej instrukcji jej wprowadzenia, została przesłana Zamawiającemu przez Odwołującego samodzielnie bez wezwania w tym zakresie. Należy zwrócić uwagę, że wykonawca po upływie terminu ofert przestaje dysponować złożoną ofertą. Może dokonywać wyjaśnień czy też uzupełnień odnoszących się do treści oferty, ale tylko w zakresie wskazanym przez

Zamawiającego. Za wyrokiem KIO z dnia 4 lipca 2014r., o sygn. 1288/14 wskazać należy, że *„Wszystkie te uzupełnienia czy wyjaśnienia (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 p.z.p.) muszą być składane w ściśle uregulowanym przez ustawodawcę trybie, tj. być poprzedzone wezwaniem zamawiającego i co do zasady mieć określony termin ich udzielenia. Wykonawca wobec ustawowo uregulowanego trybu postępowania nie może samodzielnie i swobodnie udzielać wyjaśnień i uzupełniać dokumentów, a jeśli to robi musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami swoich czynności, również zamawiającemu nie wolno badać i oceniać dokumentów uzyskanych poza ustawowym trybem postępowania”*.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że Zamawiający wzywając do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust.1, zadaje wykonawcy pytanie o dany fragment treści oferty tzn. „co Wykonawca miał na myśli formułując zapis o wskazanej treści?”. Złożone wyjaśnienie treści oferty nie może prowadzić do zmiany jej treści poprzez rozszerzenie lub ograniczenie zawartych w niej informacji – wyjaśnienia muszą wskazywać jedynie w jaki sposób ma być rozumiana dana treść oferty. Podobnie Izba orzekła w wyroku z 13 września 2010 r., sygn. akt KIO 1863/10, gdzie stwierdzono, że *„Wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia służyć mają natomiast rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów*.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący niewątpliwie zmierza do uwzględnienia wyjaśnień złożonych poza zakresem wskazanym w wezwaniu i to nie poprzez wyjaśnienie wskazanych w wezwaniu wątpliwości Zamawiającego, ale poprzez próbę wgrania do systemu złożonej próbki plików ją konfigurujących, umożliwiających uruchomienie zawartych w niej funkcjonalności. Niewątpliwym jest, że złożona próbka zawiera cały szereg błędów uniemożliwiających wykazanie funkcjonalności zaoferowanego oprogramowania, co Zamawiający wykazał na 18 stronach wezwania, skierowanego do Odwołującego pismem z dnia 23 lutego 2016 roku.

Przy ocenie zarzutów tego odwołania wzięto także pod uwagę cały szereg ustaleń Izby dokonanych w trakcie poprzednich 10 odwołań wykonawców do KIO, dotyczących tego postępowania. Nawiązując do tych orzeczeń stwierdzić należy, że została rozstrzygnięta zarówno kwestia co do charakteru próbki w tym postępowaniu, a także tego iż nie tylko nieprawidłowa instrukcja, ale nawet jej brak nie może być podstawą odrzucenia oferty. Tym samym Zamawiający winien ocenić próbkę w zakresie merytorycznym tj ustalić czy deklarowane o ofercie funkcjonalności systemu mają potwierdzenie w przedłożonej próbce, bez ich wartościowania. Tym samym wskazywana przez Odwołującego potrzeba zmiany instrukcji postępowania z próbką nie powinna mieć merytorycznego znaczenia dla jej oceny. Zupełnie inna sytuacja wystąpi, kiedy próbki z powodu występujących błędów nie da się otworzyć lub wydobyć z niej, jakie funkcjonalności oferuje system zaoferowany w ofercie.

Próbka winna być postrzegana jako źródło wiedzy dla Zamawiającego o zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami SIWZ i nie może podlegać modyfikacjom w trakcie oceny ofert, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasad uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawca po zapoznaniu się z treścią innych ofert modyfikowałby treść swojej oferty.

Zamawiający oceniając ofertę winien mieć także na względzie utrwaloną linię orzecznictw KIO iż Zamawiający może dokonać odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

Odnosząc się do żądania z odwołania, dotyczącego zobowiązania Zamawiającego do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i art 87 ust. 1 do złożenia uzupełnienia lub wyjaśnień co do treści złożonej instrukcji badania próbki, stwierdzić należy, że w myśl postanowień SIWZ, w tym postępowaniu Instrukcja nie stanowi treści oferty, lecz jest dokumentem składanym wraz z ofertą. Niewątpliwym jest, że możliwość oceny czy dany dokument jest treścią oferty, czy dokumentem mającym tylko wykazać potwierdzenie spełnienia warunków stanowiących treść oferty, jest zależny od charakteru jaki nadał mu Zamawiający w SIWZ. W tym postępowaniu biorąc pod uwagę nie tylko treść SIWZ ale także stanowisko Zamawiającego co do braku wpływu na ocenę oferty treści instrukcji, brak jest podstaw do objęcia przedmiotowej instrukcji obowiązkiem wyjaśniania, uregulowanym w ww. przepisach Pzp.

Reasumując powyższe stwierdzić należy iż Odwołujący niezależnie od prezentowanych argumentów co do możliwości uzupełniania instrukcji zmierza do zmiany treści próbki złożonej w raz z oferta. Zakres tych zmian i ich wpływ na treść zmian próbki nie ma znaczenia, gdyż każde takie proponowane wprowadzenie zmian w próbce zmierza do zmiany treści oferty lub do wprowadzenia do niej dodatkowych informacji. Wyjaśnienia podające nową treść, której w ogóle nie ma w dokumencie lub oświadczeniu, stanowią de facto uzupełnienie tego dokumentu/próbki. Ponadto jak wskazano Zamawiający nie ma podstaw do dokonywania oceny czy wprowadzenie do próbki „zaślepki systemowej” faktycznie spowodowałoby zmianę próbki. Badanie próbki dokonuje się w oparciu o instrukcje opisana w pkt 5.2.5 SIWZ.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Nie stwierdzono naruszenia wskazanych na wstępie odwołania przepisów prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 1 i 7; 191 ust. 2 oraz 192 ust.1,2,3 pkt 1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a)i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: