

WYROK
z dnia 2 grudnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 27 listopada 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2019 roku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna przy udziale wykonawcy Coig spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2325/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Zakup i wdrożenie systemu finansowo - księgowego w Gminie Olsztyn*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2019 roku pod numerem 2019/S 151-372036.

15 listopada 2019 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty COIG S.A. z siedzibą przy ul. Mikołowskie 100 w Katowicach (dalej "COIG") - z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ - co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy;
- 2) zaniechanie wykluczenia wykonawcy COIG z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17) Ustawy;
- 3) czynności wadliwej oceny ofert w zakresie przyznawania punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert - poprzez zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego dodatkowych 12 punktów w kryterium pn. „Uniwersalność i elastyczność oferowanego rozwiązania (systemu)” (dalej jako „Kryterium elastyczność systemu” - co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp. oraz poprzez niezgodne z Pzp. przyznanie ofercie COIG dodatkowych 4 punktów w kryterium pn. „Zaangażowanie specjalisty d/s finansów i rachunkowości” (dalej jako „Kryterium Specjalista” - w wyniku uwzględnienia na potrzeby tego kryterium oceny specjalisty będącego zasobem udostępnionym przez podmiot trzeci, podczas gdy zasoby takie mogą być udostępniane wyłącznie na potrzeby potwierdzenia warunków podmiotowych, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 22a Pzp. i art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp., w wyniku czego przy prawidłowo przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert, ofertą najkorzystniejszą była oferta Odwołującego;
- 4) dokonania niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty COIG, jako najkorzystniejszej - co stanowi wobec powyższych zarzutów naruszenie przepisu art.

91 ust. 1 Ustawy Pzp.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty COIG; dokonanie ponownej czynności oceny ofert; nakazania wykluczenia wykonawcy COIG oraz nakazania odrzucenia oferty wykonawcy COIG, względnie dokonania ponownego przeliczenia punktów i dodanie ofercie Odwołującego punktów 12 w Kryterium Elastyczności systemu z jednoczesnym odjęciem COIG punktów 4 (w Kryterium Specjalisty); wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w treści odwołania zaniechania, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie Ustawy oraz dokonanie niezgodne z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, pozbawiły Odwołującego szans na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia. W tym też przejawia się szkoda jaką doznał Odwołujący: w sytuacji dokonania prawidłowej i zgodnej z Ustawą oceny oferty Wykonawcy COIG - oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą, zatem Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący posiada legitymację czynną we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem jego uwzględnienie może doprowadzić do wyboru jego oferty i zawarcia przez Odwołującego umowy z Zamawiającym. Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, polegającą na utracie możliwości jego uzyskania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zamawiający w dniu 5 listopada 2019 roku opublikował informację o ocenie ofert złożonych w niniejszym postępowaniu - informując o wyborze oferty COIG. O wygranej tego wykonawcy przesądziły pozacenowe kryteria oceny ofert. W kryterium cena - oferta Odwołującego było korzystniejsza:

- Konsorcjum firm: Comarch Polska S.A. (lider) Comarch S.A. – cena oferty z VAT w zł z uwzględnieniem prawa opcji – 18 889 110,00
- COIG S.A. – cena oferty z VAT w zł z uwzględnieniem prawa opcji – 19 704 600,00.

Odwołujący wskazał w tabeli jak kształtowała się ocena poszczególnych ofert w poszczególnych kryteriach oceny ofert.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

W efekcie oferta Odwołującego uplasowała się na drugi miejscu z łączną liczbą punktów – 70 punktów.

I.

Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty COIG z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ.

Zarzut dotyczy zaoferowania przez COIG serwera aplikacji (oprogramowania narzędziowego) Forms and Reports produkcji Oracle, które nie spełnia wymagań SIWZ, w szczególności warunków Umowy oraz Załącznika nr 6 do Umowy (Warunki wsparcia producenta Oprogramowania Standardowego, Dedykowanego i Narzędziowego).

W Formularzu Ofertowym spółka COIG zaoferowała dla wymaganego w ofercie serwera aplikacji oprogramowanie Forms and Reports. Wynika to z pkt 9 ppkt 4 Formularza oferty COIG::

„9. Oświadczam, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oferuję dostarczenie i wdrożenie następującego oprogramowania, zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ w zestawieniu tabelarycznym w pozycji „ 4. Serwer aplikacji - oprogramowanie Forms and Reports”.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Odwołujący wskazał, że Umowa wprost kwalifikuje serwer aplikacji do tzw. Oprogramowania Narzędziowego, co wynika z definicji przyjętych w § 1 wzoru Umowy. Z kolei Oprogramowanie Narzędziowe należy do ogólnej kategorii Oprogramowania (obok Oprogramowania Standardowego i Dedykowanego). Składa się ono również na pojęcie Systemu objętego Umową.

Załącznik nr 6 do SIWZ (Wzór Umowy):

§1. DEFINICJE

- *Oprogramowanie - oznacza Oprogramowanie Narzędziowe, Oprogramowanie Standardowe i Oprogramowanie Dedykowane.*
- *Oprogramowanie Narzędziowe - oznacza Oprogramowanie niezbędne do prawidłowego działania Systemu będącego przedmiotem umowy np. system operacyjny, silnik bazodanowy, serwer aplikacji, oprogramowanie do przygotowania i generowania raportów (wymaganie A034, A035Załącznik nr 1) oraz oprogramowanie Infrastruktury Dodatkowej.*
- *System - oznacza system informatyczny o funkcjonalności i parametrach opisanych w Umowie i doprecyzowanych w Dokumentacji, w tym Dokumentacji Technicznej, zintegrowany z systemami wskazanymi w Umowie i Dokumentacji Technicznej. System będzie obejmował Oprogramowanie Narzędziowe i Standardowe oraz Dedykowane wraz z Infrastrukturą Zamawiającego, które Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć (za wyjątkiem Infrastruktury Aktualnej Zamawiającego) i wdrożyć w zakresie i na zasadach opisanych w Umowie.*

Jednocześnie treść Umowy zobowiązuje Wykonawcę do zapewnienia przez okres 60

miesiący usługi wsparcia producenta m.in. Oprogramowania Narzędziowego. Umowa zobowiązuje też Wykonawcę do udzielenia Zamawiającemu gwarancji na poprawne działanie całego Systemu na okres 60 miesięcy licząc od podpisania protokołu odbioru końcowego przez Zamawiającego.

Załącznik nr 6 do SIWZ (Wzór Umowy):

§2. PRZEDMIOT UMOWY

3. Ponadto Wykonawca:

a) zapewni przez okres 60 (słownie: sześćdziesięciu) miesięcy usługi wsparcia producenta Oprogramowania Narzędziowego. Standardowego i Dedykowanego;

oraz

§21. GWARANCJA NA SYSTEM.

3. Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji na poprawne działanie całego Systemu na okres 60 miesięcy licząc od podpisania protokołu odbioru końcowego przez Zamawiającego.

Załącznik nr 2 do Umowy (Harmonogram Ramowy), jak również SIWZ wskazują datę 11.06.2021 jako datę odbioru końcowego, a zatem gwarancja (wsparcie techniczne) ma obowiązywać do 11.06.2026.

SIWZ:

Rozdział IV Termin wykonania zamówienia

Zamawiający wyznacza termin wykonania zamówienia do dnia 11.06.2028 r. w tym:

- 1. dostawa i wdrożenie systemu - do dnia 11.06.2021 r.*
- 2. gwarancja (wsparcie techniczne) na system - do dnia 11.06.2026 r.*

oraz

Załącznik nr 2 do Umowy Załącznik nr 2 Harmonogram Ramowy

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Odwołujący podał, że zgodnie z Umową (§ 21 ust. 19 wzoru Umowy) - *Warunki wsparcia producenta Oprogramowania Standardowego, Dedykowanego i Narzędziowego określa Załącznik nr 6.* Oznacza to, że przez wskazywane w Umowie „wsparcie producenta” należy zawsze rozumieć wsparcie zdefiniowane w Załączniku 6 do Umowy, które w ramach wymagań szczegółowych zawiera liczne konkretne obowiązki, takie jak aktualizacji programów, poprawek, alarmów dotyczących zabezpieczeń i pakietu poprawek, dostarczenia skryptów podwyższających wersję itd. Co za tym idzie - każdorazowo analizując postanowienie Umowy dotyczące wsparcia producenta Oprogramowania Narzędziowego należy przez nie rozumieć te właśnie szczegółowe obowiązki, określone w Zał. 6 do Umowy.

Odwołujący wskazał, że z informacji udostępnionych publicznie przez producenta Forms and Reports, firmę Oracle - wsparcie dla Oracle Forms and Reports wygasa w październiku

2023r. Producent Oracle zatem z dniem 01.11.2023 r. zaprzestaje dla Oracle Forms and Reports świadczenia usług wsparcia w postaci aktualizacji, poprawek i dostarczenia skryptów podwyższających wersję Oracle Forms and Reports. Nie jest zatem możliwe wykupienie wsparcia Oracle (jako producenta dla w/w oprogramowania) zgodnego z Zał. 6 do Umowy na okres po dniu 01.11.2023 r. Nie ma też możliwości wykupienia wsparcia technicznego ani usług maintenance. W konsekwencji spółka COIG nie mogła uwzględnić wymaganego wsparcia producenta dla oferowanego Oprogramowania Narzędziowego Forms and Reports na cały okres gwarancji (serwisu) w cenie oferty.

Oferta wykonawcy COIG nie spełnia wymagań SIWZ odnoszących się do utrzymania oferowanego serwera aplikacji w ramach Systemu, które to wymagania zostały przedstawione w Umowie oraz w Załączniku nr 6 do Umowy (Warunki wsparcia producenta Oprogramowania Standardowego, Dedykowanego i Narzędziowego). Przede wszystkim wskazujemy, na § 3 ust. 8 lit. b) Umowy, zgodnie z którym:

W ramach Projektu Wykonawca zapewni, że: (...)

b) do końca okresu gwarancji Wykonawca wykupi wymagane wsparcie producentów dla całości dostarczonego Oprogramowania oraz dla Infrastruktury Dodatkowej i jej Oprogramowania Narzędziowego, jeśli taka zostanie przez Wykonawcę dostarczona; w tym celu w szczególności odpowiednie wsparcie techniczne lub usługi maintenance - zgodnie z polityką danego producenta.

Odwołujący wskazał na wymagania szczegółowe odnośnie wsparcia producenta Oprogramowania Narzędziowego, do których odsyła § 21 ust. 19 wzoru Umowy, zgodnie z którym „*Warunki wsparcia producenta Oprogramowania Standardowego, Dedykowanego i Narzędziowego określa Załącznik nr 6*”. W zał. 6 do Umowy (Warunki wsparcia producenta Oprogramowania Standardowego, Dedykowanego i Narzędziowego) Istnieją następujące wymagania:

3. Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia świadczenia przez producenta Oprogramowania Narzędziowego usługi wsparcia w zakresie co najmniej: (...)

- b) aktualizacji programów, poprawek, alarmów dotyczących zabezpieczeń i pakietu poprawek;*
- c) dostarczenia skryptów podwyższających wersję;*
- d) dostarczenia nośników aktualizacji wskazanych przez Zamawiającego*

Zgodnie z w/w załącznikiem Zamawiający wymaga świadczenia na jego rzecz usług wsparcia przez okres gwarancji zgodny z umową.

3.Okres wsparcia oprogramowania

Zamawiający wymaga świadczenia na jego rzecz usług wsparcia przez okres zgodny z gwarancją umowy

Wsparcie ma objąć m.in. Oprogramowanie Narzędziowe, w tym wykupienie maintenance

dla przedmiotowego oprogramowania.

I. *Wsparcie Oprogramowania Narzędziowego w Okresie Stabilizacji i Gwarancji:*

1. *Zapewnienie przez Wykonawcę świadczenia wsparcia przez producenta Oprogramowania Narzędziowego i wykupienia maintenance na rzecz Zamawiającego.*

Zamawiający wyspecyfikował oprogramowanie jakim ma być objęte w/w wsparcie, wskazując m.in. na Serwer aplikacji, dla którego COIG wskazał Forms and Reports w formularzu ofertowym.

Załącznik nr 6 do Umowy (Warunki wsparcia producenta Oprogramowania Standardowego, Dedykowanego i Narzędziowego):

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Reasumując Odwołujący wskazał, że treść oferty COIG w zakresie oferowanego serwera aplikacji Forms and Reports firmy Oracie jest sprzeczna z treścią następujących wymagań SIWZ:

- z treścią § 2 ust. 3 lit. a) w zw. z § 21 ust. 19 wzoru umowy - bowiem wykonawca COIG w zakresie oferowanego w ramach Oprogramowania Narzędziowego serwera aplikacji Forms and Reports nie zapewni przez okres 60 (słownie: sześćdziesięciu) miesięcy usługi wsparcia producenta tego Oprogramowania Narzędziowego na warunkach wymaganych w Zał. 6 do Umowy,
- z treścią § 3 ust. 8 lit. b) wzoru umowy w zw. z § 21 ust. 19 wzoru umowy oraz w zw. z Rodz. IV pkt 2 SIWZ (terminy wykonania zamówienia) oraz § 21 ust. 4 Umowy - bowiem COIG nie mogło wykupić ani nie wykupi do końca okresu 60 miesięcznej gwarancji tj. do 11.06.2016r. wsparcia producenta dostarczanego w ramach Oprogramowania Narzędziowego serwera aplikacji Forms and Reports, w tym nie mogło wykupić, ani nie wykupi dla niego do końca okresu gwarancji wsparcia technicznego lub usługi maintenance na warunkach wymaganych w Zał. 6 do Umowy;
- z treścią pkt I. 3 i 4 lit. b-c. Załącznika 6 do wzoru Umowy w zw. z Rodz. IV pkt 2 SIWZ (terminy wykonania zamówienia) oraz § 21 ust. 4 Umowy - bowiem Wykonawca COIG nie zapewnia w wymaganym okresie (zgodnym z 60 miesięczną gwarancją umowy) wsparcia producenta i świadczenia przez producenta oferowanego serwera aplikacji Forms and Reports usługi wsparcia w zakresie aktualizacji programów, poprawek, alarmów dotyczących zabezpieczeń i pakietu poprawek; dostarczenia skryptów podwyższających wersję; dostarczenia nośników aktualizacji wskazanych przez Zamawiającego,
- z treścią pkt. 1.1. załącznika 6 do wzoru Umowy w zw. z Rodz. IV pkt 2 SIWZ

(terminy wykonania zamówienia) oraz § 21 ust. 4 Umowy - bowiem wykonawca COIG dla dostarczanego w ramach Oprogramowania Narzędziowego serwera aplikacji Forms and Reports nie zapewnia w okresie 60 miesięcznej gwarancji świadczenia wsparcia przez producenta Oprogramowania Narzędziowego i wykupienia maintenance na rzecz Zamawiającego.

W świetle powyższego Zamawiający w wyniku oferty COIG przez okres ponad 3 lat objętych umowną gwarancją nie będzie dysponował wsparciem Oracle dla serwera aplikacji Oracle Forms and Reports, stanowiącej fundament oferowanej aplikacji „KSAT 2000i”. Oferta COIG nie spełnia zatem wymagań SIWZ w zakresie wymaganego wsparcia producenta Oprogramowania Narzędziowego dla okresu od 01.11.2023 r.

Niezależnie od powyższego brak stosowanego wsparcia dla środowiska Oracle Forms and Reports stwarza poważne zagrożenie w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa aplikacji KSAT 2000i. Jednym z głównych problemów wynikających z braku wsparcia producenta jest brak bezpieczeństwa systemu i przetwarzanych w nim danych. Każde nowo wykryte zagrożenie umożliwiające osobom nieuprawnionym przedostanie się do zasobów komputera, w przypadku Oracle Forms and Reports nie zostanie już zniwelowane poprzez wprowadzenie odpowiedniej do kodu poprawki producenta, czego wymagała Umowa. Brak wsparcia producenta Oracle dla oprogramowania Forms and Reports od 01.11.2013r. oznacza, iż zarówno COIG, jak i Zamawiający nie będą mogli oczekiwać od Oracle usuwania defektów oprogramowania Oracle Forms and Reports. Będzie to narażać użytkowników systemu KSAT 2000i na niezabezpieczone wymaganym wsparciem producenta ryzyko ataków, czy infekcji szkodliwym oprogramowaniem, co w efekcie może prowadzić do wymiernych strat Zamawiającego. Osoby niepowołane mogą mieć bowiem łatwiejszy dostęp do baz danych Zamawiającego, pracowników, dokumentów itd. Brak odpowiednich zabezpieczeń może w rezultacie istotnie zakłócić działanie Zamawiającego i narazić go na znaczące koszty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty COIG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

II.

Zarzut zaniechania wykluczenia COIG w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że powyższa sytuacja spełnia również przesłankę nakazującą wykluczenie wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem w zaistniałym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich

3 przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odnosnie pierwszej z nich Odwołujący podał, że Coig w Formularzu oferty oświadczył: w pkt 10, że „Termin wykonania zamówienia, warunki płatności i gwarancji - zgodnie z postanowieniami zawartymi w SIWZ” oraz w pkt. 11 ppkt 2, że „Cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący argumentował, że oobydwa w/w oświadczenia odbiegają od rzeczywistości, przez co wprowadzają Zamawiającego w błąd. Pierwsze z oświadczeń (dotyczące terminu wykonania zamówienia) należy skonfrontować z zapisami SIWZ regulującymi kwestie tego terminu. I tak: SIWZ w Rozdziale IV w pkt 2 wskazuje, że termin wykonania zamówienia to 11.06.2028, w tym gwarancja (wsparcie techniczne) na system - do dnia 11.06.2026, SIWZ (w załączniku 6 - Umowa) stanowi również wprost o konkretnym terminie wykonania zamówienia w zakresie wsparcia producenta dla systemu, a mianowicie o zapewnieniu „przez okres 60 (słownie: sześćdziesięciu) miesięcy usługi wsparcia producenta Oprogramowania Narzędziowego” (§ 2 ust. 3 lit. a) Umowy), jak i (w zał. 6 do Umowy) - o terminie realizacji usług wsparcia przez producenta Oprogramowania Narzędziowego przez okres równy gwarancji umowy por. pkt. 1.3. („Zamawiający wymaga świadczenia na jego rzecz usług wsparcia przez okres zgodny z gwarancją umowy), zwarty w Załączniku o tytule: „Warunki wsparcia producenta Oprogramowania Standardowego, Dedykowanego i Narzędziowego”. Z uwagi na fakt, że wsparcie techniczne wymagane w SIWZ (uregulowane szczegółowo w Zał. 6 do Umowy) dla oferowanego przez COIG Oprogramowania Narzędziowego Oracle Forms and Reports wygasa po dniu 01.11.2023r. (jak wskazywano w uzasadnieniu zarzutu I odwołania), to nie jest możliwe zapewnienie świadczenia tego wsparcia w terminie „zgodnym z postanowieniami zawartymi w SIWZ”, to znaczy przez okres 60 miesięcy (zdefiniowany w SIWZ kalendarzowo do 11.06.2026r). To samo dotyczy drugiego z oświadczeń - dotyczącego ceny i objęcia nią wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jak wskazano w zarzucie I powyżej - nie ma możliwości wykupienia u producenta Oracle wsparcia dla Oprogramowania Narzędziowego Forms and Reporst zapewniającego spełnienie wymagań Umowy w związku ze szczegółowymi wymaganiami co do zakresu tego wsparcia, określonymi w Załączniku 6 do Umowy na pełen okres gwarancji, do 11.06.2026r. Oznacza to, że cena oferty nie może zawierać i nie zawiera kosztu zapewnienia tego wsparcia po dniu 01.11.2023r. W szczególności nie może zawierać i nie zawiera wsparcia producenta Oracle w postaci aktualizacji programów, poprawek, alarmów dotyczących zabezpieczeń i pakietu poprawek, dostarczenia skryptów podwyższających wersję, czy dostarczenia nośników aktualizacji wskazanych przez Zamawiającego. Obydwa oświadczenia niewątpliwie zatem wprowadzają Zamawiającego w błąd, gdyż zapewniają o innej treści oferty i realizacji wynikających z SIWZ zobowiązań, niż ma to miejsce w rzeczywistości.

Odnosnie drugiej z przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp., dotyczącej działa wykonawcy w sposób lekkomyślny lub niedbały - warto wskazać na wstępie na przyjęte w orzecznictwie rozumienie tej przesłanki (wskazała Odwołujący wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2019r. sygn. KIO 1210/19). Na gruncie tej przesłanki należy wziąć pod uwagę to, czy wykonawca działał z należytą starannością i wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. XII Ga 206/19.

Odwołujący podał, że Coig nie dołożył należytej staranności wymaganej dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym bardziej, że wykonawca ten jest częstym i doświadczonym uczestnikiem postępowań o zamówienie publiczne (przemawiają za tym choćby liczne referencje złożone w ofercie, realizowane na rzecz podmiotu z sektora finansów publicznych). Szczególnie wymaga podkreślenia zdaniem Odwołującego, firma Coig jest firmą z branży IT, zatem nie mogą być jej nieznane zasady świadczenia asyst i wsparcia zapewnianego przez obcych producentów poprogramowaniom takim jak oprogramowanie narzędziowe. Nie można też uznać, że wymogi dotyczące wsparcia producenta zawarte w SIWZ, w tym przez określony jednoznacznie w SIWZ okres i obejmujące zapewnienie przez tegoż producenta takich usług jak „aktualizacji programów, poprawek, alarmów dotyczących zabezpieczeń i pakietu poprawek czy dostarczenia skryptów podwyższających wersję” - są dla Coig niejasne czy niezrozumiałe. To co jest kluczowe dla uznania o niedochowaniu przez Coig należytej staranności w w/w zakresie jest fakt, iż informacja o tym, że wsparcie producenta Oracle wymagane SIWZ - Załącznikiem 6 do Umowy oraz Umową dla Oprogramowania Narzędziowego Forms and Reports - wygasa ostatniego dnia października 2023 roku - jest informacją łatwo dostępną publicznie, choćby ze stron internetowych tego producenta. Co więcej - jest też informacją znaną od bardzo dawna (dokładnie od 10.12.2015r). Z tych też powodów liczni wykonawcy (w tym Odwołujący) odchodzą od tej technologii, oferując zamawiane systemy w technologiach nowocześniejszych (takich JAVA, HTML5).

Wprowadzenie w błąd dotyczy również czynności, która musi być dokonywana wyjątkowo starannie i pieczołowicie, a mianowicie kalkulacji ceny oferty (co wynika z drugiego z wymienionych oświadczeń Coig). Omówione wyżej wymagania SIWZ dotyczące zakresu wsparcia obcego producenta dla Oprogramowania Narzędziowego, w tym czasu przez jakie musi ono obowiązywać wskazują, że Coig oferując serwer aplikacji produkcji Oracle powinien był wliczyć w cenę oferty cenę za szeroko określone w zał. 6 do Umowy wsparcie przez cały okres wymagany SIWZ tj. 60 miesięcy (równy okresowi gwarancji umowy). Tymczasem w Oracle nie można wykupić takiego wsparcia na okres po 01.11.2023r. co prowadzi do wniosku, że COIG składając deklarację o wliczeniu w cenę odpowiadającego mu kosztu nie miał danych, by takiej kalkulacji dokonać, nie podejmując jakiegokolwiek próby weryfikacji czy wykupienie wymaganego zakresu wsparcia jest w ogóle możliwe. Gdyby taką

próbę podjął w zakresie wymaganym w SIWZ - dowiedziałby się bardzo łatwo, że nie ma takiej możliwości. Coig jako aktywny uczestnik rynku zamówień publicznych, wielokrotnie biorący udział w przetargach powinien znakomicie zdawać sobie sprawę z tego, jakie konsekwencje wiążą się z tego typu działaniem, czy to na gruncie wyjaśnień ceny (co nie miało miejsca w tym postępowaniu, ale mogło mieć), czy na gruncie podania nieprawdziwych, czy wprowadzających w błąd informacji. Tym bardziej, że podjęcie wiedzy o braku możliwości wykupienia wymaganego SIWZ-em wsparcia Oracle dla oferowanego serwera aplikacji - nie były trudne do zweryfikowania, zwłaszcza dla profesjonalisty. W ocenie Odwołującego złożenie oferty przez Coig w w/w sposób radykalnie odbiega od ogólnie przyjętych dla profesjonalistów (IT) ubiegających się o zamówienie publiczne standardów należytej staranności. Kwestia sprawdzenia dostępności określonego wsparcia jest łatwa i prosta, jest też zgodna z przyjętą praktyką w trakcie wyceny ofert. Zdaniem Odwołującego potwierdza to tylko brak należytej staranności, a co za ty idzie lekkomyślność po stronie Coig, bowiem jako profesjonalista musiał zdawać sobie sprawę ze znaczenia i zakresu wymagań umowy odnośnie wsparcia producenta obecnego, ale z przyczyn nieracjonalnych lub zakładających obchodzenie Umowy, przypuszczał, że uniknie konsekwencji złożenia oferty nie oferującej zapewnienia przedmiotowego w wsparcia w sposób wymagany SIWZ. Okoliczności sprawy świadczą również dobrze o tym, że Coig jak najbardziej - jako profesjonalista - powinien znać i rozumieć wymagany SIWZ-em do zaoferowania zakres i czas wsparcia obcego producenta, lecz pomimo tego że powinien, nie uczynił tego, dopuszczając się tym samym niedbalstwa. Do tego w dwojakim zakresie: zarówno odnośnie brak rzeczywistego zapewnienia świadczenia tego wsparcia przez Oracle przez cały okres gwarancji, jak i na gruncie ceny, która kosztu tego po prostu nie może zawierać.

Wreszcie odnośnie trzeciej z przesłanek wykluczenia na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a mianowicie „istotnego wpływu [informacji wprowadzających w błąd] na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. W wyroku KIO (sygn. KIO 1210/19) podano, że za wprowadzenie w błąd na gruncie tego przepisu może być uznane „*doprowadzenie Zamawiającego do nieprawidłowej decyzji w zakresie rozstrzygnięcia postępowania*”. Okoliczności faktyczne sprawy wskazują zdaniem Odwołującego, że złożone oświadczenia Coig jak najbardziej wpływ na decyzję Zamawiającego miały, a mianowicie na decyzję o wyborze oferty tego wykonawcy.

Wszak gdyby Coig oświadczył w Formularzu Oferty zgodnie z prawdą, że zamówienie w zakresie wymaganego wsparcia w zakresie zgodnym z zał. 6 do Umowy przez producenta (Oracle) dla oferowanego serwera aplikacji Forms and Reports będzie realizowane tylko do 31.10.2023r., a nie przez cały, 60-miesięczny okres gwarancji, a nadto gdyby zgodnie z rzeczywistością oświadczył, że cena oferty nie obejmuje kosztu zapewniania takiego

wsparcia przez cały okres gwarancji (tylko do 31 października 2023 roku) - to Zamawiający miałby czytelną podstawę do natychmiastowego odrzucenia jego oferty. Zamawiający w tym zakresie zadawał się wyłącznie oświadczeniem w Formularzu Oferty i nie żądał na etapie oceny ofert jakiś dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie w/w wymagań nie oznacza, że był akceptował złożenie informacji nieprawdziwej, czy w prowadzącej w błąd w tym zakresie.

Powyższe uzasadnia wykluczenie wykonawcy COIG na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp.

III i IV

W zakresie zarzutów nr 3 i 4 z odwołania, Odwołujący w trakcie rozprawy wycofał ww. zarzuty tj.:

- czynności wadliwej oceny ofert w zakresie przyznawania punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert - poprzez zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego dodatkowych 12 punktów w kryterium pn. „Uniwersalność i elastyczność oferowanego rozwiązania (systemu)” (dalej jako „Kryterium elastyczność systemu” - co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp. oraz poprzez niezgodne z Pzp. przyznanie ofercie COIG dodatkowych 4 punktów w kryterium pn. „Zaangażowanie specjalisty d/s finansów i rachunkowości” (dalej jako „Kryterium Specjalista” - w wyniku uwzględnienia na potrzeby tego kryterium oceny specjalisty będącego zasobem udostępnionym przez podmiot trzeci, podczas gdy zasoby takie mogą być udostępniane wyłącznie na potrzeby potwierdzenia warunków podmiotowych, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 22a Pzp i art., 7 ust. 1 Ustawy Pzp., w wyniku czego przy prawidłowo przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert, ofertą najkorzystniejszą była oferta Odwołującego, oraz
- dokonania niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty COIG, jako najkorzystniejszej - co stanowi wobec powyższych zarzutów naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 listopada 2019 roku oraz została przekazana

w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 26 listopada 2019 roku

„Odpowiedź na odwołanie”, Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego załączone do tego pisma dowody. Izba uwzględniła również stanowisko zaprezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w piśmie z dnia 26 listopada 2019 roku „Pismo procesowe Przystępującego COIG S.A.” oraz Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego załączone do tego pisma dowody.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 – wydruk: Informacja o wsparciu (asystie technicznej) Oracle,
- dowód nr 2 – wydruk: Polityka bezterminowej asysty technicznej Oracle,
- dowód nr 3 – oświadczenie z dnia 26 listopada 2019 roku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

V.

W zakresie zarzutów nr 3 i 4 z odwołania, Odwołujący w trakcie rozprawy wycofał ww. zarzuty, tym samym nie zostały one poddane rozpoznaniu.

Izba poddała zarzuty odwołania w pozostałym zakresie tj. zarzutów opisanych w punktach I i II odwołania pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołania nie uwzględniła.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty COIG S.A. z siedzibą przy ul. Mikołowskie 100 w Katowicach (dalej "COIG") - z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba stwierdziła, że COIG podał w Formularzu oferty w punkcie 9 w tabeli, w wierszu 4, w kolumnie „Rodzaj/nazwa” oferowane oprogramowanie dla serwera aplikacji tj. „Fomrs and Reports /Tomcat”.

W zakresie zakwalifikowania serwera aplikacji do oprogramowania Narzędziowego, Izba wskazuje, że kwestia ta nie była sporna między stronami postępowania. Tym samym

zgodnym między stronami był fakt, że wykonawca składający ofertę obowiązany jest do zapewnienia przez okres 60 miesięcy usługi wsparcia producenta oprogramowania narzędziowego. Co oznacza, że wsparcie techniczne ma zostać zapewnione w realizacji zamówienia do 11 czerwca 2016 roku.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że oprogramowanie Forms adn Reports nie będzie miało wsparcia technicznego do 11 czerwca 2026 roku.

Zgodnie z aktualnymi informacjami - co należy podkreślić, co również sprostował w trakcie rozprawy sam Odwołujący, w stosunku do treści odwołania – przewidziany na ten moment termin zakończenia wsparcia dla Forms adn Reports to 31 sierpnia 2025 roku (asysta rozszerzona). Izba wskazuje, że nie było sporne między stronami, że wsparcie techniczne jakiego wymaga Zamawiający (załącznik nr 6 do umowy) mieści się w podstawowej asyście technicznej (Premier Support) oraz przedłużonej asyście technicznej (Extended Support), natomiast ciągła asysta techniczna (Sustaining Support) nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym dowody składane na okoliczność wykazania zakresu poszczególnych asyst technicznych (wyżej wymienionych) są bezprzedmiotowe dla rozpoznania zarzutu odwołania.

W ocenie Izby niezbędnym i koniecznym z punktu widzenia rozpoznania zarzutu odwołania jest odniesienie się w tym miejscu do „wersji” oferowanego oprogramowania. W ocenie Izby słusznie podnosili Zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego, że ten sam produkt (oprogramowanie) ma swoje kolejne wersje, a z tym związane jest nierozzerwalnie realizowanie usługi wsparcia technicznego. Z przedstawionych przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego dokumentów (dowodów) wynika, że Forms and Reports ma kolejne wersje. Oprogramowanie narzędziowe Forms and Reports wchodzi w skład grupy aplikacji „Fusion Middlewere” firmy Oracle i w oficjalnych dokumentach z września 2019 roku wskazano kolejne wersje „Fusion Middlewere” oraz terminy wsparcia dla poszczególnych wersji. Izba zaznacza, że sam Odwołujący w trakcie rozprawy wskazywał na wcześniejsze wersje ww. oprogramowania, przy czym w ocenie Izby oczywistym jest, że wcześniejsze wersje, takie sprzed 10 lat, nie są już tym samym narzędziem co obecne wersje ww. oprogramowania. Ma na to niewątpliwie wpływ rozwój wszystkich narzędzi służących do tworzenia oprogramowania, techniki oraz innych oprogramowań przy jednoczesnym zaznaczeniu, że właśnie ten rozwój determinuje powstawanie nowych wersji danego rodzaju oprogramowania. Odwołujący sam wskazał, że jest to ten sam produkt „co do nazwy” ale nie jest ten sam co do funkcjonalności, jednakże w ocenie Izby to właśnie zmiany

technologiczne, rozwój szeroko rozumianej informatyki powoduje, że każda kolejna wersja danego oprogramowania jest inna od poprzedniej – w innym przypadku bezprzedmiotowe byłoby wprowadzanie nowych wersji danego oprogramowania. Tym samym są to jedynie wersje (poprzednie i kolejne) tego samego produktu. Sam fakt możliwości „zupgradeowania” do kolejnej wersji wskazuje na ciągłość danego produktu (oprogramowania). Możliwość stosowania kolejnej wersji (nowych wersji) oprogramowania przez użytkownika danego oprogramowania pozwala na jego użytkowanie bez ograniczenia tylko do jednej wersji.

Ze złożonych w trakcie rozprawy dokumentów (dowodów) przez Odwołującego nie wynika, że oprogramowanie Forms and Reports będzie wygaszane - jak twierdził Odwołujący – że oprogramowanie to nie będzie dostępne na rynku. Fakt, że rozszerzone wsparcie techniczne dla Fusion Middleware, w skład której to grupy aplikacji wchodzi Forms and Reports, w wersji 12c(12.2.x) zostało zakreślone do dnia 31 sierpnia 2015 roku – co należy podkreślić, że po dokonanych już wydłużeniu tego okresu przez Oracle – nie świadczy o tym, że nie zostanie ono ponownie przedłużone, że nie będzie kolejnej, nowszej wersji tego oprogramowania, jak również nie świadczy o tym, że oprogramowanie Forms and Reports jest wygaszane.

Z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego i COIG przy pismach procesowych, jak również z tych pism procesowych oraz z dowodu nr 1 przedstawionego przez Odwołującego wynika jednoznacznie, że oprogramowanie narzędziowe Forms and Reports wchodzące w skład grupy aplikacji „Fusion Middlewere” firmy Oracle oferowane jest, co kilka lat, w kolejnych wersjach.

Zaznaczyć należy również, że w Formularzu oferty nie została podana wersja oprogramowania, co wydaje się być zasadnym mając na uwadze, że wersje oprogramowania mogą ulegać zmianie i takiej ulegają. Z przedstawionego przy piśmie procesowym przez COIG emaila z dnia 19 listopada 2019 roku wynika, po pierwsze, że mowa jest o wersji oprogramowania „12.2.x FMW (czyli też F&R)” i wskazaniu, że wsparcie rozszerzone określone dla tej wersji jest do sierpnia 2025 roku. Jednocześnie po drugie, zostało wskazane, że po upływie tej daty „trzeba będzie się zupgradeować do kolejnej wersji FMW” – nie ma mowy o tym, że Forms and Reports przestanie istnieć, zostanie wygaszone.

Więcej, dowód nr 3 przedstawiony przez Odwołującego także w swej treści odnosi się do wersji Forms and Reports 12c (12.2.x) i wskazuje na okres wygaśnięcia przedłużonej asysty technicznej dla tej właśnie wersji. Tym samym dowód ten również nie potwierdza w żaden sposób, że nie będzie możliwe zapewnienie asysty technicznej, odpowiadającej wymaganiom określonym przez Zamawiającego, tj. asysty podstawowej i rozszerzonej dla oprogramowania Forms and Reports do dnia 11 czerwca 2026 roku.

Co do zawierania umów zapewniających usługi wsparcia technicznego dla oferowanego oprogramowania narzędziowego Izba zgodziła się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, że zgodnie z polityką wnoszenia opłat za usługi wsparcia technicznego nie jest możliwe wykupienie usług asysty technicznej na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący nie przedstawił dowodów wskazujących, że zakup takich usług na okres powyżej 12 miesięcy jest możliwy mimo, że sam jest firmą informatyczną i zapewne, gdyby takie usługi można było zakupić na okres powyżej 12 miesięcy to zapewne takim dowodem by się posłużył. W odniesieniu do ceny oferty Odwołujący nie wykazał, że w ramach tej ceny nie zostały ujęte elementy wymaganego wsparcia technicznego, a tym samym powoduje to, że nie została złożona oferta zgodna z SIWZ.

Reasumując Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, nie wykazano w postępowaniu żadnej niezgodności z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy COIG z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentując ten zarzut wskazał, że *powyższa sytuacja spełnia również przesłankę nakazującą wykluczenie wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem w zaistniałym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich 3 przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.* Tym samym konstrukcję całego zarzutu i argumentacji faktycznej tego zarzutu Odwołujący oparł na przyjęciu, że opisana sytuacja faktyczna w uzasadnieniu zarzutu pierwszego wypełnia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

W ocenie Izby, mając również na uwadze, że zarzut pierwszy się nie potwierdził, nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Odwołujący nie wykazał, że oświadczenia Coig złożone w ofercie „Termin wykonania zamówienia, warunki płatności i gwarancji - zgodnie z postanowieniami zawartymi w SIWZ” oraz „Cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia”. Izba wskazuje, za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla skutecznego zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy niezbędne jest spełnienie kumulatywnie następujących przesłanek,

a mianowicie: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego, informacja ta ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający stosując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy naruszył przepis ustawy.

W rozpoznawanej sprawie niewątpliwie, co zostało wykazane już wyżej, Coig składając ww. oświadczenia nie przedstawił informacji niezgodnych z rzeczywistością. Należy podkreślić w tym miejscu, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że wymagane wsparcie techniczne nie będzie zapewnione przy realizacji umowy, gdzie dla serwera aplikacji, oprogramowania narzędziowego wskazane zostało przez Coig oprogramowanie Forms and Reports (bez wersji) oraz Odwołujący nie wykazał, że niezgodnie z rzeczywistością ujęto bądź nie ujęto kosztów w cenie oferty. Kolejna z przesłanek z ww. przepisu ustawy wskazuje, że po stronie Zamawiającego w wyniku przedstawienia tych informacji nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest bowiem, że takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna w przypadku tej przesłanki jest sama treść przedstawionej Zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości Zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Również i ta przesłanka nie znajduje uzasadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym, bowiem w zasadzie jest ona subsydiarna do przesłanki przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością. W efekcie informacje przedstawione przez Coig, złożone oświadczenia nie mogły wprowadzić w błąd Zamawiającego w zakresie jaki został objęty zarzutami odwołania. Zgodnie z przesłankami z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przedstawienie informacji, o których mowa w tym przepisie musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Izba zaznacza, że informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ wymagania Zamawiającego – w tym przypadku w zakresie oświadczeń składanych w Formularzu oferty pkt 10 i 11– dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego tej przesłanki i tym samej nienależytego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Reasumując, żadna z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w ocenie Izby nie została spełniona, tym samym nie zaistniała podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie *wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....