

**Sygn. akt: KIO 904/18**

**Sygn. akt: KIO 911/18**

## **WYROK**

**z dnia 27 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Zuzanna Idźkowska  
Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 maja 2018 r. i 21 sierpnia 2018 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **7 maja 2018 r.** przez wykonawcę: **NMG S.A., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** (sygn. akt: KIO 904/18);
- B. w dniu **7 maja 2018 r.** przez wykonawcę: **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** (sygn. akt: KIO 911/18)

w postępowaniu prowadzonym przez **innogy Stoen Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ASSECO Poland S. A. ul. Olchowa 14 35-322 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 904/18** po stronie zamawiającego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) Evercode S.A. (pełnomocnik); 2) Matic S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Postępu 21A,**

**02-676 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 904/18, KIO 911/18** po stronie zamawiającego

C. wykonawcy **NMG S.A ul. Fordońska 246 85-766 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 911/18** po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1A i B. oddała oba odwołania;**

2. kosztami postępowania obciąża **NMG S.A., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** i **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NMG S.A., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** i **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisów od odwołań;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **NMG S.A., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** na rzecz **innogy Stoen Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** na rzecz **innogy Stoen Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa** 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 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

Sygn. akt: KIO 904/18

Sygn. akt: KIO 911/18

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Stworzenie i wdrożenie zintegrowanego Systemu informatycznego - centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej), wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System)*” - numer postępowania PZ-2790”; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.02.2018 r. pod nr 2018/S 039-085975 przez innogy Stoen Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa zwanym dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 27.04.2018 r. (e-mailem) Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oferty - NMG S.A., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz zwane dalej: „NMG S.A.” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18*” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18*” oraz - Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwane dalej: „Asseco Poland S.A.” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18*”. Jednocześnie, NMG SA zostało także odrzucone dodatkowo na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp.

W zakresie odrzućcia oferty NMG S.A. co do art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp stwierdzono, że Zamawiający powziął wątpliwości w odniesieniu do oferty Wykonawcy, w związku z czym wezwał w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. Złożone wyjaśnienia zostały ocenione jako niewystarczające. Zamawiający określił w tabeli w załączniku nr 10 do SIWZ (dalej: „tabela”) obligatoryjne wymagania co do zawartości oferty, których Wykonawca nie spełnił. W szczególności:

1. W ofercie w opisie infrastruktury brak informacji o warstwach wykonywania automatycznych testów regresji, co było wymagane w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret v tabeli. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż wymagane informacje wynikają z pkt 5 oferty, z którego wynika, że testy automatyczne będą wykonywane na infrastrukturze środowiska testowego. Informacja ta pojawia się dopiero na stronie 2 w wyjaśnieniach, a nie wynika z oferty. Obecna informacja stanowi zatem zmianę treści oferty. Wyjaśnienia potwierdzają tym samym ustalenia Zamawiającego o braku spełnienia wymogu SIWZ,
2. Oferta nie zawiera określenia wersji oprogramowania OrigAMI zgodnie z wymogiem pkt 5 lit. a) oraz 6 pkt 2 tabeli. Wykonawca dopiero w ramach złożonego wyjaśnienia przekazał informację, iż oferuje oprogramowanie w wersji 5.2. Stanowi to uzupełnienie (zmianę) treści złożonej oferty. Nadto, stwierdził że: „*Brak prawidłowych wyjaśnień jak i brak wskazania*

*części oferty, z których Zamawiający mógłby wyczytać brakujące informacje, potwierdza brak możliwości poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ doszłoby do niedopuszczalnej ingerencji w treść oferty. Próba dostosowania treści oferty do wymogów SIWZ wymagałaby negocjowania jej treści. Adekwatny w tym kontekście staje się wyrok TSUE z dnia 5 grudnia 2013 (sygn. C-561/12), w którym czytamy, że: „artykuł 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nie upoważnia instytucji zamawiającej do negocjowania z oferentami takich ofert, które nie odpowiadają wiążącym wymaganiom ustanowionym w specyfikacjach technicznych zamówienia.”. Negocjacji oferty zabraniają także przepisy prawa polskiego tj. art. 87 ust 1 Pzp. Brak jest możliwości poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ wymagane dane nie wynikają z żadnej innej części oferty, wyjaśnień, ani faktów notoryjnych. Poprawa omyłki prowadziłaby zatem do negocjowania treści oferty z Wykonawcą, co na kanwie cytowanego wcześniej wyroku TSUE jest niedopuszczalne”.*

W zakresie odrzućenia oferty NMG S.A. co do art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 Pzp stwierdzono dodatkowo, że w ofercie wykonawca dla Fazy II i Fazy IV podał ceny za wykonanie poszczególnych pozycji w tych fazach w sposób sprzeczny z instrukcją znajdującą się w pkt 4 formularza oferty (czyli w formularzu cenowym). Z instrukcji wynika, iż cena za fazę II powinna być obliczona tak aby wynosiła od 48% do 52% ceny z wiersza 35 formularza cenowego i odpowiednio dla Fazy IV od 13% do 17% wiersza 35 formularza cenowego. Wykonawca podał ceny łączne za wykonanie fazy II i IV, które stanowią odpowiednio 47,61% i 18,28% ceny podanej w wierszu 35 formularza cenowego, a więc sprzecznie z przywołaną wyżej instrukcją stanowiącą element SIWZ. Fakt, iż ceny łączne za poszczególne fazy (dla których ustalono wymogi procentowe) stanowią sumę co najmniej kilku pozycji cenotwórczych, a SIWZ nie określał zasad ustalania relacji między tymi pozycjami, brak jest możliwości ustalenia na podstawie oferty i postanowień SIWZ w jaki sposób należy zmienić poszczególne ceny za wykonanie pozycji cenotwórczych tak, aby suma tych cen (dla FAZ II i IV) zmieściła się w zakresach procentowych ustalonych w SIWZ. W związku z powyższym uznał, iż cena oferty nie może zostać poprawiona w oparciu o art. 87 ust. 2 Pzp, a zatem oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny i oferta jest niezgodna z SIWZ, co powoduje ziszczenie się przesłanek odrzućenia oferty opisanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 6 Pzp.

W zakresie odrzućenia oferty Asseco Poland S.A. co do art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp podano następujące podstawy odrzućenia:

1) W ofercie w specyfikacji infrastruktury brak specyfikacji warstwy danych (macierz dyskowa), co było wymagane w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret iii tabeli. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż wymagane informacje wynikają z pkt 5 oferty, co jednak nie

potwierdziło się. Wyjaśnienia potwierdzają tym samym ustalenia Zamawiającego o braku spełnienia wymogu SIWZ.

2) W ofercie w specyfikacji infrastruktury brak specyfikacji warstwy wykonywania testów wydajnościowych, co było wymagane w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret iv tabeli. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż wymagane informacje wynikają z pkt 5 oferty, co jednak nie potwierdziło się. Wyjaśnienia potwierdzają tym samym ustalenia Zamawiającego o braku spełnienia wymogu SIWZ.

3) W ofercie w opisie infrastruktury brak informacji o warstwach wykonywania automatycznych testów regresji, co było wymagane w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret v tabeli. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż wymagane informacje wynikają z pkt 5 oferty, co jednak nie potwierdziło się. Wyjaśnienia potwierdzają tym samym ustalenia Zamawiającego o braku spełnienia wymogu SIWZ.

4) Oferta nie zawiera opisu wszystkich interfejsów wewnętrznych Systemu wykorzystujących komunikację międzyprocesową lub sieciową, co było wymagane w wierszu 2, pkt 3 tabeli. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż wymagane informacje wynikają z pkt 2.1 oferty, co jednak nie potwierdziło się, gdyż w tym miejscu oferty (np. pkt 2.1.4) opisane są możliwości oferowanego rozwiązania w zakresie integracji poprzez interfejsy zewnętrzne, a Zamawiający wymagał wyjaśnień odnoszących się do interfejsów wewnętrznych. Wyjaśnienia potwierdzają tym samym ustalenia Zamawiającego o braku spełnienia wymogu SIWZ.

5) Oferowana architektura integracji systemu nie uwzględnia technologii wymiany informacji przez każdy interfejs (np. WebServices server; WebServices client, tabela bazodanowa w bazie danych Systemu, itp.) zgodnie z OPZ pkt. 4.3. Wykonawca zadeklarował rozwiązania, które ograniczają możliwość ustalania rozwiązań technicznych w zakresie technologii wymiany informacji na etapie projektowania, ponieważ deklaracja z oferty zawężyła możliwość wyboru technologii na etapie projektowania i tym samym nie gwarantuje wymiany informacji przez każdy interfejs.

6) Oferta nie zawiera opisu mechanizmów zapewniających oczekiwaną dostępność dla Systemu dla poszczególnych usług, co było wymagane w wierszu 4, pkt 1 lit b) tabeli. Wykonawca deklaruje tylko, że wykorzysta metody dostępne u Zamawiającego bez podania konkretnych. Zamawiający posiada różne sposoby zapewnienia dostępności dla komponentów systemu, a obowiązkiem Wykonawcy było je określić w odniesieniu do oferowanego systemu. Ponadto deklaracja o wykorzystaniu rozwiązań istniejących u Zamawiającego jest informacją nową, ponieważ z zastrzeżeniem zdania następnego w ofercie nie podano żadnych danych na ten temat, a to oznacza niedozwoloną zmianę treści oferty po jej złożeniu. Ponadto sposób zapewnienia wysokiej dostępności musi być określony dla

każdego komponentu, a w wyjaśnieniach wskazano miejsce w ofercie zawierające opis tylko dla interfejsu danych pomiarowych.

7) Oferta nie zawiera opisu protokołów połączeń między komponentami, co było wymagane w wierszu 4 tabeli. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż wymagane informacje wynikają z pkt 2.1 oferty, co jednak nie potwierdziło się. Wyjaśnienia potwierdzają tym samym ustalenia Zamawiającego o braku spełnienia wymogu SIWZ.

8) Oferta nie zawiera określenia wersji oprogramowania Selenium zgodnie z wymogiem 6 pkt 2 tabeli. Wykonawca dopiero w ramach złożonego wyjaśnienia przekazał informację, iż oferuje to oprogramowanie w wersji 3.11. Stanowi to uzupełnienie (zmianę) treści złożonej oferty;

9) Z oferty wynika (specyfikacja oprogramowania dla środowiska produkcyjnego), że Wykonawca przewiduje użycie w ramach realizacji zamówienia licencji bazodanowych Oracle RAC, a więc innych niż przeznaczone do wykorzystania w projekcie przez Zamawiającego. Lista licencji przeznaczonych dla system została podana w tabeli w pkt 7.2.3 OPZ. Zgodnie z pkt 7.2 SIWZ *"w przypadku gdy System oferowany przez Wykonawcę wymaga sprzętu lub oprogramowania ponad posiadane przez Zamawiającego zasoby wskazane w ww. tabelach, Wykonawca obowiązany jest do wskazania dodatkowego sprzętu i oprogramowania niezbędnego do używania sprzętu dodatkowego, w ramach funkcjonowania Systemu zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SIWZ oraz jego wyceny w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 2 do SIWZ)"*. Wykonawca nie wskazał w ofercie, iż konieczne będzie dodatkowe oprogramowanie (licencje) i tym samym nie uwzględnił w swojej ofercie kosztu dostawy tych licencji.

10) Z oferty wynika, iż Wykonawca ma zamiar zrealizować zamówienie w oparciu o infrastrukturę bazodanową obejmującą łącznie 24 rdzenie, podczas gdy Zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania zaangażowanie 22 rdzeni. Trudno uznać za wiarygodną deklarację wykonawcy, iż dane zawarte w ofercie to tylko rekomendacja. Wyjaśnienia potwierdzają zatem, iż Wykonawca świadomie podał liczbę 24 rdzeni. Należy zauważyć, że również w tym przypadku Wykonawca pomimo wskazania 24 rdzeni (co wykracza poza liczbę rdzeni zapewnianych przez Zamawiającego) nie wskazał w ofercie, iż konieczne będzie zakupienie dodatkowej infrastruktury i licencji bazy danych (większa liczba rdzeni infrastruktury bazodanowej wpływa także na konieczność zakupu dodatkowych licencji bazy danych).

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 14.05.2018 r. sprawy o sygn. akt: KIO 904/18, sygn. akt: KIO 911/18 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

## **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18 – NMG S.A.:**

W dniu 07.05.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) NMG S.A. wniosło odwołanie na czynność z 27.04.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, której treść wbrew twierdzeniom Zamawiającego odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej „SIWZ”,

2. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, która nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, Wobec powyższego, Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. ponowną ocenę złożonej przez Odwołującego oferty pod kątem wymogów wynikających z SIWZ, zgodnie z argumentacją wskazaną w uzasadnieniu odwołania, w szczególności uznanie oferty Odwołującego za zgodną z treścią SIWZ oraz poprawę innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie elementów wskazanych w Formularzu ofertowym.

Zgodnie z wezwaniem do wyjaśnienia treści złożonej oferty z 19.04.2018 r., Odwołujący zobligowany był wskazać miejsce w złożonej ofercie, z którego wynika, iż oferowana infrastruktura zawiera warstwy wykonywania automatycznych testów regresji, co było wymagane w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret v tabeli w załączniku nr 10. Wykonawca w dniu 23.04.2018 r. wyjaśnił, że oferowana infrastruktura zawiera warstwy wykonywania automatycznych testów regresji i testy te będą wykonywane w środowisku testowym. Zupełnie niezrozumiałym jest wskazanie przez Zamawiającego, że „*Informacja ta pojawia się dopiero na stronie 2 w wyjaśnieniach, a nie wynika z oferty*”, gdyż jakiegokolwiek testy wykonywane są na środowisku testowym (zarówno ręczne jak i automatyczne) i ich przeprowadzenie niezależnie od wyspecyfikowania przez wykonawców będzie wynikało z treści samej oferty. Stwierdzenie to powinno być również oczywiste dla Zamawiającego, skoro w treści SIWZ sam przewidział środowisko testowe (np. w pkt 3.2. ppkt 3 lit. a. opisu przedmiotu zamówienia - *Przeprowadzenie oraz wsparcie testów nowego Systemu, wynikiem których będzie przygotowane i gotowe do instalacji środowisko testowe Systemu zgodne z wymaganiami Zamawiającego zdefiniowanymi w SIWZ*). Odwołujący wyjaśnił, że testy automatycznej regresji „*nie wymagają żadnej dodatkowej infrastruktury ponad tą opisaną w treści oferty.*”, a Testy automatyczne, zgodnie z treścią oferty (pkt 5 załącznika nr 10 do oferty), wykonywane miały być za pośrednictwem oprogramowania Selenium.



Wątpliwość Zamawiającego wyjaśniono w piśmie z 23.04.2018 r. w pkt Ad.2 - *testy automatyczne będą wykonywane na infrastrukturze środowiska testowego i opisane zostaną w scenariuszach testowych na etapie analizy przedwdrożeniowej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ. Testy będą wykonywane z wykorzystaniem wtyczki do przeglądarki internetowej (darmowe oprogramowanie, które można zainstalować na dowolnym stanowisku roboczym Zamawiającego) lub za pomocą skryptów przygotowanych przez Wykonawcę i nie wymagają żadnej dodatkowej infrastruktury ponad tą opisaną w treści oferty. Stąd też, na diagramie w załączniku 10 do oferty (str. 31) - diagram wstępnej architektury fizycznej systemu - nie narysowano warstwy dedykowanej testom automatycznym, co wyjaśniono w treści oferty. W związku z powyższym, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z 19.04.2018 r., Odwołujący wskazał miejsce w złożonej ofercie, z którego wynika, iż oferowana infrastruktura zawiera warstwy wykonywania automatycznych testów regresji, co było wymagane w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret v tabeli w zał. nr 10 i nie nastąpiło to, jak twierdzi Zamawiający dopiero w treści przedłożonych wyjaśnień na wniosek Zamawiającego. Konsekwencją takiego twierdzenia nie będzie stan faktyczny, w którym dopiero w wyjaśnieniach podano brakujące informacje. W ramach wyjaśnień wskazano jedynie, gdzie one się znajdują, a co za tym idzie przywołane orzeczenie TSUE jest nieadekwatne do stanu faktycznego, który ma miejsce w postępowaniu. Na marginesie Odwołujący podkreślił, że wymaganie wskazane w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret v tabeli zamieszczonej w zał. nr 10 do SIWZ jest wymaganiem fakultatywnym, tj. testy te są elementem dodatkowym w stosunku do wymaganego przedmiotu zamówienia opisanego zgodnie z art. 29 Pzp. Wynika to z faktu, iż testy te mają zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy wykonawca je zaoferował. Brak zaoferowania testów powoduje, że wykonawca nie otrzyma punktów w kryterium Dodatkowe Funkcjonalności, ale jego oferta nie będzie podlegała odrzuceniu, gdyż skoro brak jakiegokolwiek wskazania części fakultatywnej w ramach kryterium skutkuje wyłącznie brakiem uzyskania punktów, to ewentualne nieścisłości w tym zakresie nie mogą skutkować odrzuceniem oferty, a jedynie nieuzyskaniem punktów przez wykonawcę. Ponadto, zupełnie niezrozumiałym jest uzasadnienie czynności odrzucenia złożonej oferty przez Odwołującego, z którego wynika, że „Złożone wyjaśnienia zostały ocenione jako niewystarczające”. Nie wskazano w treści informacji o odrzuceniu oferty jakichkolwiek braków w zakresie udzielonej odpowiedzi w zakresie treści wezwania do złożenia wyjaśnień. Odpowiedź została udzielona zgodnie z treścią pisma Zamawiającego.*

W ofercie Odwołującego wskazano oprogramowanie OrigAMI. Oprogramowanie to jest autorskim rozwiązaniem Odwołującego. Użycie w wyjaśnieniach treści oferty z 23.04.2018 r. sformułowania „oczywista omyłka”, sprowadza się do nieporozumienia w rozumieniu znaczenia słowa wersja, które nie było wyjaśnione przez Zamawiającego w treści

SIWZ, stąd nie wpisano w tabelkę wewnętrznego numeru oprogramowania, a podano jedynie tzw. „Dużą” jego wersją, która nazywa się OrigAMI. Dla przykładu Odwołujący wskazuje, że poprzednik oprogramowania OrigAMI to produkt ErcoNet - oprogramowanie o podobnych funkcjonalnościach, ale innej architekturze wewnętrznej. Oprogramowanie pod nazwą OrigAMI funkcjonuje w Polsce u wielu klientów tego samego profilu co Zamawiający (Operatorów Sieci Dystrybucyjnej), realizujących te same procesy biznesowe pod nazwą OrigAMI bez żadnych dodatkowych numerów wersji. Numer 5.2 to tzw. „Mała” wersja, czyli numer kompilacji (po 5.2. są jeszcze kolejne cyferki 5.2.xxxxxxxx), których Odwołujący używa do zarządzania procesem produkcji oprogramowania wewnątrz organizacji.

Te „małe” wersje zawierają bieżące poprawki błędów, ulepszenia, nowe funkcje, nowe raporty, etc. (czasem nawet kilka kompilacji dziennie) niemniej jednak handlowo to jest ciągle to samo oprogramowanie. Wpisanie konkretnej „małej” wersji na etapie oferty może powodować, że np. na w czasie podpisania umowy będziemy mówili już o zupełnie innym numerze małej wersji np. 6.8 ale ciągle tego samego oprogramowania - OrigAMI. Stąd doprecyzowanie, które zostało podane w wyjaśnieniach nie ma praktycznego znaczenia dla Zamawiającego. Podkreślił, że takie podejście stosowane jest także przez innych popularnych producentów oprogramowania, nazwą i wersją oprogramowania jest np. „Windows XP”. „Windows XP” jest nazwą własną/wersją i Klient kupując Windows operuje tylko nazwą „Windows XP” i jest to rozumiane jako wersja. Przy zakupie nie podaje szczegółowych oznaczeń, kolejnych kompilacji, czy service packów, które w przypadku tego oprogramowania występują. Skoro Zamawiający dopytał o konkretny numer wersji to Odwołujący wskazał, że na chwilę obecną jest to 5.2, co nie ma żadnego wpływu na treść złożonej oferty, gdyż bez znaczenia jest tutaj wskazanie szczegółowego oznaczenia - każde z oznaczeń szczegółowych OrigAMI spełnia wymagania stawiane oprogramowaniu, a zamawiający nie wykazał, że oprogramowanie OrigAMI jest niezgodne z treścią SIWZ. Co niemniej ważne, w chwili realizacji umowy numer „małej” wersji może być już zupełnie inny, gdyż oprogramowanie to zapewne będzie ewaluowało. Stąd też, przekazane w ramach złożonego wyjaśnienia informacje nie stanowią zmiany treści złożonej oferty. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienie treści złożonej oferty nie musi stanowić negocjacji treści złożonej oferty. Zamawiający miał wątpliwość co do oznaczenia wersji oprogramowania (w rozumieniu Zamawiającego), która została rozwiania, a treść wyjaśnień w żaden sposób nie wpływa na przedmiot umowy, czyli jej wykonanie, gdyż jak wcześniej wskazano, każde z oznaczeń szczegółowych - „Małych wersji” - OrigAMI spełnia wymagania stawiane oprogramowaniu i nie ma żadnego praktycznego znaczenia dla Zamawiającego, a co za tym idzie nie może być podstawą stwierdzenia, że treść oferty jest niezgodna z treści SIWZ. Aby o takiej niezgodności mówić, należałoby wykazać, że oprogramowanie OrigAMI nie spełnia funkcjonalnie wymogów opisu przedmiotu zamówienia, co w przedmiotowym

stanie faktycznym nie miało miejsca.

W treści informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że Wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny. Z twierdzeniem Zamawiającego się nie zgodził, gdyż nie można przypisać Odwołującemu w tym wypadku błędu w obliczaniu ceny, lecz jedynie omyłkę w jej wyliczeniu, która winna podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający w treści SIWZ wskazał, że Wykonawca podaje cenę w sposób określony w Formularzu oferty (stanowiącym Zał. nr 2 do SIWZ). Wykonawca zobowiązany jest podać m.in. cenę całkowitą zamówienia (netto i brutto) oraz stawkę i wartość podatku VAT. Ceny należy podać w złotych polskich z dokładnością do 1 grosza - pkt 13.5. SIWZ. Jednocześnie w treści zał. nr 2 do SIWZ (Formularz ofertowy) w pkt 4 wyspecyfikowano, że Zamawiający wymaga, aby ceny za wykonanie usług w Fazach od I do IV mieściły się w następujących granicach, z zastrzeżeniem, że łącznie ma stanowić 100%:

1. Cena za Fazę I wynosi od 8% do 12% sumy cen za Fazy I, II, III i IV (pozycja 35 Tabeli)
2. Cena za Fazę II wynosi od 48% do 52% sumy cen za Fazy I, II, III i IV (pozycja 35 Tabeli)
3. Cena za Fazę III wynosi od 23% do 27% sumy cen za Fazy I, II, III i IV (pozycja 35 Tabeli)
4. Cena za Fazę IV wynosi od 13% do 17% sumy cen Fazy I, II, III i IV (pozycja 35 Tabeli).

W treści pkt 13 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający nie określił zasad zaokrąglania wartości procentowych, które zawierają wyliczenia wartości dziesiętnych po przecinku. W związku z tym należy przyjąć, że zastosowanie winny mieć zasady rachunkowości a to oznacza, że Faza II winna wynosić 48%, czyli jest ona zgodna z wymaganiami Formularza ofertowego. Odwołujący omyłkowo jednak dokonał działania matematycznego dla Fazy IV, czego wynikiem, po zaokrągleniu jest różnica wartości - 1%, gdyż po zaokrągleniu Faza IV wynosi 18%, a nie jak zapisał Zamawiający w widełkach 13-17%. Odwołujący przygotowując ofertę został zmuszony do kalkulowania jej elementów składowych wbrew cenom rynkowym, o czym może świadczyć fakt, iż koszt Fazy I rynkowo jest wart na poziomie 60.000 zł, a Odwołujący został zmuszony sztucznie zmienić jego wartość na 180.000 zł, tak aby dojść do widełek 8-12 %, zmniejszając jednocześnie wartość innego etapu. Zamawiający, określając widełki sam wprowadził sytuację, w której po spełnieniu jednego etapu, automatycznie inny etap musiał ulec zmianie, a to oznacza, że o omyłkę w wyliczeniu nie było trudno. Poniżej przedstawił zestawienie tabelaryczne, z którego wynika, że istnieje wiele kombinacji rozkładów procentowych wartości poszczególnych faz, w których aby zbilansować wartość oferty do 100% przy zachowaniu zgodności pierwszych trzech Faz z „widełkami”, reszta (czwarta faza) musi być niezgodna z widełkami:

komb.	wartość oferty [%]	wartość F1 [%]	wartość F2 [%]	wartość F3 [%]	wartość F4 [%] - reszta
1.	100	11	51	27	<b>11</b>
2.	100	8	48	26	<b>18</b>
3.	100	10	48	23	<b>19</b>
4.	100	9	49	23	<b>19</b>
5.	100	12	52	27	<b>9</b>
6.	100	12	51	27	<b>10</b>
7.	100	10	49	23	<b>18</b>
	Widelki wg	8 do 12	48 do 52	23 do 27	<b>13 do 17</b>
		spełnia	spełnia	spełnia	<b>nie spełnia</b>

Faktem jest, że Zamawiający mógł swobodnie sam przesunąć płatności w ramach poszczególnych Faz, gdyż ich przesunięcie nie ma żadnego znaczenia dla Odwołującego - Narzucone wartości % nie odzwierciedlają wartości rynkowych poszczególnych Faz. Jeżeli jednak Zamawiający chciałby uzyskać informację od Odwołującego, o tym, w jaki sposób wartości te można byłoby przyporządkować, Zamawiający mógł wezwać Odwołującego do wyjaśnień złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, czego Zamawiający zaniechał. W skutek wyjaśnień wystarczyło, by przedmiotowy 1% skorygować/dopasować do proporcji określonych w Formularzu ofertowym. Co niezmiernie ważne, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wskazuje, że omyłka ma być oczywistą, w odróżnieniu od art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2, co oznacza, że wezwanie Odwołującego do wyjaśnień należy uznać za dopuszczalne. Powyższe potwierdza również KIO:

- W art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie ma mowy o oczywistości omyłki, może być to omyłka nieoczywista, ważne, żeby jej poprawa nie powodowała istotnych zmian w treści oferty (wyrok KIO z 13.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1077/17).
- Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp może być konieczne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę

wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione (wyrok KIO z 29.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1727/17). Tak samo wyrok KIO z 13.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1088/17).

- Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi przeprowadzić analizę, czy nieistotnych omyłek zaistniałych w ofercie, nie wpływających na jej zasadniczą treść, nie można w pewien sposób naprawić. Zastosowanie bowiem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych *"(...) pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia (...)"* Zamawiający może takiej poprawy treści oferty dokonać również po uzyskaniu od danego wykonawcy wyjaśnień, po ustaleniu jaki był faktyczny zamiar złożenia oferty, *"pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte. (...)"* (wyrok KIO z 23.02.2018 r., sygn. akt: KIO 209/18).

- Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby pod pojęciem "omyłki", o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy rozumieć niezamierzony błąd wykonawcy, skutkujący niezgodnością z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którego poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Jak wynika z porównania treści ww. przepisu oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, omyłka uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie musi być oczywista - przyjmuje się, iż może ona być ustalana na podstawie treści samej oferty lub treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co więcej, sposób jej poprawienia może zostać ustalony po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Poprawienie omyłki nie może jednak powodować istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazano w jednym z wyroków Izby *"pojęcie istotności zmiany treści oferty, nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane ani w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też w żadnym innym przepisie ustawy. W związku z powyższym - zdaniem Izby - pojęcie to należy interpretować, biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem przede wszystkim podstawowych zasad udzielenia zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zasady uczciwej*

*konkurencji i równego traktowania wykonawców.*" (wyrok KIO z 20.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1260/09). (wyrok KIO z 21.02.2018 r., sygn. akt: KIO 231/18).

Ponadto, zmiana, która byłaby konsekwencją poprawy innej omyłki nie byłaby istotna z dwóch powodów. Po pierwsze, cena oferty nie ulegałaby zmianie. Po drugie wartość zmiany, tj. 1% dotyczy wyłącznie elementów związanych z fakturowaniem opisanych we wzorze, umowy i nie wpływa na cenę oferty oraz stosowanie kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

Oczywistym jest również to, że wskazana nieprawidłowość nie stanowi błędu w obliczaniu ceny, a jedynie omyłkę, gdyż wartość 1% nie miała na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, gdyż nie ma żadnego znaczenia dla wyceny przedmiotu zamówienia.

- Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni SIWZ (art. 82 ust. 3 Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ (wyrok KIO z 26.01.2018 r., sygn. akt: KIO 2746/17).

- W zakresie objętym dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający uprawniony jest do ingerencji w treść oferty pod warunkiem, że dokonane w ten sposób zmiany nie będą istotne. Do oceny czy niezgodność ta ma charakter istotny należy wziąć pod uwagę rodzaj popełnionej omyłki, przedmiot oraz zakres oferty złożonej przez wykonawcę. Omyłką jest błąd wykonawcy przy sporządzaniu oferty nie noszący znamion celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej, niezgodnej z żądaniami zamawiającego treści. Niezgodność treści oferty z wymaganiami wyrażonymi w SIWZ nie może wynikać ze świadomego działania wykonawcy - w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym powołanym przepisem Pzp (wyrok KIO z 24.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2329/17).

- Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. (wyrok KIO z 08.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2246/17).

- Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający jest zobligowany do poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Jednocześnie literalna wykładnia przywołanego przepisu prowadzi do wniosku, że omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego. Jest ona bowiem inną kategorią

omyłek niż omyłki pisarskie i rachunkowe, co do których ustawodawca przewidział możliwość ich poprawienia wyłącznie w sytuacji ich oczywistości. Dla ustalenia możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp znaczenie ma nie tyle oczywistość omyłki ale ocena czy poprawienie owych niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty oraz to czy stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ jest wynikiem omyłki wykonawcy. Niezgodność ta nie może bowiem wynikać ze świadomego działania wykonawcy - w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym przywołanym przepisem Pzp (wyrok KIO z 04.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2425/17),

- Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oferta podlegać winna odrzuceniu, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Należy zaznaczyć jednocześnie, że ustawa nie definiuje pojęcia "błąd w obliczeniu ceny", niemniej przyjmuje się, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Z błędem w obliczeniu ceny oferty będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca nie wyceni wszystkich pozycji kosztorysowych, ponieważ nie ujął w swojej ofercie wszystkich pozycji kosztorysowych (wyrok KIO z 27.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2383/17).

Odwołujący podkreślił, że cały przedmiot zamówienia został ujęty w cenie oferty zawartej w Formularzu ofertowym, co oznacza, że nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny oferty. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 65 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Oznacza to, że Odwołujący zamierzał złożyć oświadczenie woli o treści zgodnej z wymaganiami Formularza oferty, lecz omyłkowo źle przeliczył wartości procentowe poszczególnych Faz. Patrząc na koszty i czas przeznaczony na sporządzenie i złożenie oferty, omyłka w zakresie opisanym powyżej stanowi element zupełnie marginalny i powinna zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp po wcześniejszym wyjaśnieniu treści złożonej oferty przez Odwołującego. Zgodnie z Analizą „*Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej*” publikowaną na oficjalnej stronie UZP (<https://www.uzp.gov.pl>) intencją ustawodawcy w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenie liczby odrzuconych ofert i unieważnień postępowań. Ponadto, jak podkreśliła KIO: Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być

interpretowany zawężająco (wyrok KIO z 15.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2318/17), podobnie w wyroku KIO z 06.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2253/17).

Zamawiający w dniu 11.05.2018 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.05.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Asseco Poland S.A., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

W dniu 14.05.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Firm: 1) Evercode S.A. (pełnomocnik); 2) Matic S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Postępu 21A, 02-676 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Evercode” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18 oraz 911/18” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

#### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18 - Asseco Poland S.A.:**

W dniu 07.05.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Asseco Poland S.A. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Wnosił odwołanie od czynności oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp:

1. niezgodnej z przepisami ustawy oraz SIWZ czynności oceny i badania ofert,
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwoływającemu informacji zastrzeżonych przez wykonawcę NMG SA (dalej „NMG”) jako tajemnica przedsiębiorstwa w dokumencie: „część opisowa - tajemnica przedsiębiorstwa” (pkt 13 formularza ofertowego)”, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i/lub nie zostały skutecznie zastrzeżone zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 Pzp;
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwoływającemu informacji zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Evercode S. A. i Matic S. A. (dalej Konsorcjum Evercode”) jako tajemnica przedsiębiorstwa w dokumencie: „Załącznik nr 6 - część opisowa oferty (wg. Zał. nr 10 do SIWZ) - tajemnica przedsiębiorstwa” (pkt 6 spisu zawartości), pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie



nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i/lub nie zostały skutecznie zastrzeżone zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 Pzp;

4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania;

5. odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty Odwołującego nie jest sprzeczna z treścią SIWZ,

6. z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,

7. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania wystąpienia do Odwołującego o złożenie wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 96 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie czynności oceny i badania ofert z uchybieniem tym przepisom;

2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w/w zastrzeżonych przez NMG i Konsorcjum Evercode części ofert, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i/lub nie zostały skutecznie zastrzeżone;

3. art. 96 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż treść oferty Odwołującego nie jest sprzeczna z treścią SIWZ;

5. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego;

6. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;

7. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wystąpienia do Odwołującego o złożenie wyjaśnień treści oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odtajnienie i udostępnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu w zakresie wskazanym w odwołaniu,

2. udostępnienie protokołu postępowania,

3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. dokonania czynności oceny i badania ofert z udziałem oferty Odwołującego,
5. wystąpienie do Odwołującego o złożenie wyjaśnień,
6. poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W dniu 11.04.2018r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego drogą mailową o przekazanie kopii protokołu postępowania. Ponadto w mailu tym Odwołujący zwracał się o udzielenie odpowiedzi odnośnie badania skuteczności zastrzeżenia części ofert, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie otrzymał żadnej odpowiedzi na przedmiotowego maila. /Dowód: mail Odwołującego z dnia 11.04.2018r./ W dniu 19.04.2018 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo „*Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty; złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia/uzupełnienia dokumentów*”. W odpowiedzi Odwołujący w dniu 24.04.2018 r. złożył w oryginale uzupełnienia, zaś w dniu 25.04.2018 r. przesłał drogą elektroniczną (mail) stosowne wyjaśnienia. W dniu 27.04.2018 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo „*informacja o odrzuceniu oferty wykonawcy*” Odwołujący nie otrzymał żadnego innego pisma od Zamawiającego, które dotyczyłoby oceny ofert, w tym pism dotyczących oceny ofert pozostałych wykonawców czy też wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie ma wiedzy odnośnie tego, czy Zamawiający dokonał czynności oceny ofert także w stosunku do pozostałych wykonawców oraz czy jakiegokolwiek czynności w stosunku do pozostałych wykonawców i ich ofert zostały podjęte. Bezprawne zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania skutkuje tym, że Odwołujący nie mógł powziąć wiedzy o czynnościach Zamawiającego podjętych w toku postępowania. Odwołujący wskazał, że przepis art. 24 aa Pzp nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu - jak wskazał Zamawiający w pkt 7.1.21 SIWZ. W dniu 29.04.2018 r. Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie kopii protokołu postępowania, ze wskazaniem, że w celu skorzystania ze środków ochrony prawnej wnosił o natychmiastowe jego przesłanie, tj. w dniu 30.04.2018r. Do wniesienia odwołania Odwołujący nie otrzymał żadnej odpowiedzi. /Dowód: mail Odwołującego z 29.04.2018r./  
*Zarzut zaniechania odtajnienia części oferty Konsorcjum Evercode i części oferty NMG.*

Odwołujący wskazał, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UoZNK”), tj. wykazania, że dana informacja (nie dokument):

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, posiadająca wartość gospodarczą,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że informacjami handlowymi czy organizacyjnymi są dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, z kolei informacjami technicznymi czy technologicznymi są informacje dotyczące procesu produkcji czy też usług świadczonych przez przedsiębiorcę - przy czym każda taka informacja musi mieć wartość gospodarczą. Odноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności przesłanka ta wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa lub gdy są publikowane w powszechnie jawnych rejestrach. Odноśnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. W szczególności za podjęcie takich działań można uznać zawarcie odpowiednich umów o poufności lub umieszczenie stosownych klauzul w umowach. W ocenie Odwoływającego dokonane przez Konsorcjum Evercode i wykonawcę NMG zastrzeżenie jawności części ofert jest nieskuteczne. Zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, zgodnie z uchwałą SN z 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05 Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwoływający wskazuje, że Zamawiający nie dokonał rzeczywistego badania wykazania przez w/w wykonawców spełnienia się w/w przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za prawidłowe na podstawie samego złożenia oświadczenia przez wykonawców. Brak dokonania oceny ofert w zakresie skuteczności zastrzeżenia jawności części oferty stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób uniemożliwiający Odwoływającemu korzystanie ze środków ochrony prawnej oraz w sposób preferujący wykonawców Konsorcjum Evercode oraz NMG. Odrzucenie oferty Odwoływającego przed dokonaniem oceny ofert pozostałych wykonawców powoduje, że Odwoływający został pozbawiony możliwości podnoszenia jakichkolwiek zarzutów w stosunku

do ofert konkurencyjnych wykonawców. W szczególności nie jest wiadome, czy Zamawiający dokonał już ofert pozostałych wykonawców pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty. Odwołujący wskazał, że w spisie treści w ofertach w/w wykonawcy wskazali:

1. NMG - „część opisowa - tajemnica przedsiębiorstwa” (pkt 13 formularza ofertowego);
2. Konsorcjum Evercode - „Załącznik nr 6 - część opisowa oferty (wg Zał. nr 10 do SIWZ) - tajemnica przedsiębiorstwa” (pkt 6 spisu zawartości).

Z takiego opisu nie wynika nawet, że w/w wykonawcy dołączyli do ofert uzasadnienie zastrzeżenia części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe skuteczne zastrzeżenie samego uzasadnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie takie ze swej istoty nie zawiera bowiem żadnych informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie ma bowiem wykazywać jedynie spełnienie 3 ustawowych przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z czym samo w sobie nie zawiera takich informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Już samo to czyni żądanie odwołania zasadnym - Zamawiający bezprawnie nie udostępnił Odwołującemu samej treści uzasadnienia. Odwołujący wskazał także, że odnośnie braku możliwości skutecznego zastrzeżenia samego uzasadnienia wypowiedziała się KIO w wyroku z 12.05.2017 r., sygn. akt: KIO 542/17, w którym wyraźnie wskazała na nadużycia w tym zakresie: *„Odrębnego omówienia wymaga również zasadność zastrzeżenia przez Przystępującego samego uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Jakkolwiek nie można a limine wykluczyć okoliczności, że takie uzasadnienie może być nierozzerwalnie związane z zastrzeżonymi informacjami, tym niemniej praktyka zastrzegania takich uzasadnień jest przez wykonawców nadużywana, czego przykładem jest przedmiotowa sprawa Zastrzeżone uzasadnienie, poza tym że - jak wskazano - nie wykazuje zasadności objęcia ochroną informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, nie zawiera żadnych elementów mogących chociażby potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i ani Zamawiający, ani sam Przystępujący nie odnieśli się w żaden sposób do zasadności zastrzeżenia tego dokumentu w toku rozprawy. Uznanie poprawności odmowy udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny prowadzić musiałoby do uznania, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest chociażby wyliczenie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 Znk, czy wskazane w jego treści orzeczenie SN, z czym nie sposób się zgodzić.”* Po drugie - zdaniem Odwołującego ani Konsorcjum Evercode, ani NMG w ogóle nie wykazali w tych uzasadnieniach spełnienia w/w przesłanek definicji legalnej oraz nie przedstawili żadnych dowodów na spełnienie formalnych przesłanek (tj. przesłanki 2 i 3), w tym nie odnieśli się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych informacji. Odwołujący uważa, że uzasadnienia w ogóle pomijają niezbędny element, jakim jest wykazanie wartości gospodarczej, albo też nie wykazują w sposób należyty takiej gospodarczej wartości.

Konieczność takiego wykazania wskazała KIO w wyroku z 12.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2784/14: *„Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać m.in.t że dane informacje Dosiadają określona wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadająca określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.”* Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór danych i wiadomości, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Tymczasem informacje zawarte w „części opisowej” ofert to informacje, które mogą być wykorzystane tylko jeden raz - właśnie na potrzeby tego konkretnego rozwiązania na potrzeby tego konkretnego Zamawiającego. Tym samym informacje zawarte w zastrzeżonych częściach oferty nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż dotyczą jednostkowego rozwiązania dla Zamawiającego Innogy i nie mogą być wykorzystane przez wykonawców w ich działalności gospodarczej w innym zakresie.

Co więcej - w przedmiotowych uzasadnieniach w/w wykonawcy nie wykazali też, że podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Skuteczne wykazanie musi bowiem zawierać zarówno wskazanie tych kroków, jak i powołanie się na dowody, np. załączenie kopii umów zawierających odpowiednie klauzule o poufności, wskazanie wdrożonych procedur, itp. Wykazanie takich okoliczności oraz załączenie dowodów jest niezbędne - na co wskazała KIO w wyroku z 17.05.2017, sygn. akt: KIO 864/17 i 872/17: *„Przystępujący Torprojekt nie udowodnił także zamawiającemu drugiej i trzeciej z przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie wykazał, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności i że nie zostały onej ujawnione do wiadomości publicznej. Z art. 11 ust 4 uznk wynika, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań „niezbędnych”. Działania „niezbędne” to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności na każdym etapie. W analizowanej sprawie, z uwagi na rodzaj zastrzeżonych informacji (zobowiązania podmiotów trzecich co do udostępnienia potencjału kadrowego, wykazy osób, zawierające opis doświadczenia zawodowego projektantów i wykonanych opracowań) należało wykazać, że niezbędne działania powinny być podejmowane na każdym etapie przetwarzania informacji. (...) Nie ujawniono także zamawiającemu choćby przykładowej treści tych klauzul poufności. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw, aby stwierdzić, czy klauzule te są*

wystarczające. Nie wiadomo również o jakiej polityce bezpieczeństwa przystępujący wspomina. Jeżeli ochrona informacji poufnych w spółkach przystępującego opiera się na jakichś uznanych normach, czy regulaminach wewnętrznych, to należało tę myśl rozwinąć i poprzeć swe twierdzenie stosownym dowodem"

Odwołujący uważał, że ani Konsorcjum Evercode, ani NMG nie dołączyli do oferty żadnych dowodów, które potwierdzałyby ziszczenie się przesłanki podjęcia przez w/w wykonawców w stosunku do zastrzeganych informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Podkreślił kwestia precyzyjnego wykazania przez Konsorcjum Evercode i NMG ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie KIO oraz brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 Pzp. W sytuacji takiej jak niniejsza Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś informacje zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Odwołujący może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu. Odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa KIO wypowiedała się wielokrotnie, przykładowo:

- w wyroku z 17.05.2017, sygn. akt: KIO 864/17 i 872/17: *„Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”*
- w wyroku z 21.03.2012 r., sygn. akt: KIO 457/12: *„Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął*

*przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji."*

- w wyroku z 05.03.2012 r., sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 33/12: *„Pokreślenia wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na wykonawcach, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego”.*

Na zakończenie Odwołujący zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasada jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej KIO:

- wyrok KIO 1016/12: *„Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi - także zdaniem izby - podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.*

- wyrok KIO 457/12: *„Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.”*

- wyrok KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12: *„Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego.”*

Skoro zatem objęcie części oferty oraz całości Wyjaśnień RNC tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego

uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też KIO (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Odwołujący zwrócił uwagę, że także wykładnia autentyczna wskazuje na obowiązywanie zasady jawności postępowania, w tym obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców. Wynika to z Uzasadnienia do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych”.* Odwołujący zwrócił uwagę, że przyjmuje się, że wykładnia autentyczna ma moc prawną równą mocy prawnej aktu normatywnego, który został poddany interpretacji. Jest to wykładnia o mocy powszechnie obowiązującej. Uzasadnienie do projektu ustawy posiada zdaniem Odwołującego moc wykładni autentycznej.

#### *Zarzut zaniechania udostępnienia protokołu postępowania*

Jak wskazano powyżej Odwołujący 2-krotnie zwracał się o przekazanie kopii protokołu postępowania, w tym pierwszy raz już 11.04.2018 r. Z zupełnie niezrozumiałych przyczyn, w sposób ewidentnie naruszający przepis art. 96 ust. 3 Pzp, Zamawiający nie odpowiedział na żaden z 2-ch wniosków Odwołującego i nie przesłał protokołu postępowania. Wskazuje to wprost prowadzenie postępowania przez Zamawiającego w sposób dyskryminujący Odwołującego. Brak przekazania kopii protokołu postępowania



w połączeniu z zaniechaniem dokonania oceny wszystkich ofert w tym samym czasie wskazuje, że Zamawiający dąży do tego, aby najpierw pozbawić Odwołującego przymiotu wykonawcy, aby następnie Zamawiający mógł dokonać wyboru oferty NMG jako najkorzystniejszej i aby żaden wykonawca nie mógł wnieść odwołań na wybór oferty NMG. O ile nie narusza to wprost art. 92 Pzp, to z całą pewnością narusza podstawowe zasady postępowania, tj. prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i niedyskryminowanie wykonawców. Tymczasem Zamawiający w sposób ewidentny preferuje wykonawcę NMG i dąży do tego, aby wybór wykonawcy NMG został dokonany na takim etapie postępowania, na którym już żaden inny wykonawca nie będzie mógł wnieść odwołań. Prowadzi to do sytuacji, w której konkurencyjność postępowania będzie fikcją i de facto Zamawiający zawrze umowę z wykonawcą w trybie analogicznym do zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący wskazał, że Zamawiający próbował już w sposób naruszający przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki właśnie wykonawcy NMG. KIO w wyniku uwzględnienia odwołania Asseco Poland SA wyrokiem z 14.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1333/17 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Do odwołania załączono również załącznik stanowiący tajemnice przedsiębiorstwa w ramach którego Odwołujący na 26 stronach odniósł się merytorycznie do 10 podstaw odrzucenia swojej oferty w ramach pisma z 27.04.2018 r., w kontekście zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, jak i art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp zaniechania podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, uznając przekazane uzasadnienie za niewystarczające i nie czyniące zadość konieczności przywołania konkretnego postanowienia SIWZ, z którym jego oferta jest sprzeczna. Jednocześnie, odniósł się z ostrożności co do nie wykorzystania przez Zamawiającego z instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i zarzutu sformułowanego w tym zakresie. Niniejszy załącznik został częściowo odtajniony przez Zamawiającego w ramach wezwania do zgłoszenia przystąpienia i z „zaczernieniem” wybranych fragmentów przekazany uczestnikom postępowania, którzy zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 11.05.2018 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.05.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Firm: 1) Evercode S.A. (pełnomocnik); 2) Matic S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Postępu 21A, 02-676 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Evercode” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO

904/18 oraz 911/18” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 14.05.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) NMG S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania, za wyjątkiem zarzutu opisanego w zał. nr 3 do odwołania /tajemnica przedsiębiorstwa/, tj. ujętego pkt 3 str. 16 odwołania oraz zarzutu opisanego w zał. nr 3 do odwołania /tajemnica przedsiębiorstwa/, tj. ujętego pkt 8 str. 31 odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18, sygn. akt: KIO 911/18:**

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami (w tym w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18 dowodu z opinii biegłego oraz dowodu z ustnej uzupełniającej opinii biegłego w zakresie przesłanych pytań przez Odwołującego oraz Zamawiającego, jak i dodatkowych pytań zadanych przez Odwołującego i Zamawiającego w toku rozprawy – przeprowadzonej w dniu 21.08.2018 r.) po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań. Oferty obu Odwołujących zostały odrzucone przez Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej i nie zostały sklasyfikowane w ramach kryteriów oceny ofert, w wypadku uwzględnienia odwołań ich oferty zostałyby sklasyfikowane i miałyby szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18, sygn. akt: KIO 911/18, w tym w szczególności treści postanowień SIWZ oraz wszystkich pozostałych oświadczeń oraz dokumentów przywołanych i wskazanych w dalszej części uzasadnienia niniejszego orzeczenia w obu sprawach. W szczególności zaliczono do dowodów: załączniki nr 1, 2, 4 i 10 do SIWZ, odpowiedzi na

pytania, ofertę NMG SA oraz ASSECO Poland S.A., wezwanie do wyjaśnień z 19.04.2018 r. skierowane tak do NMG SA oraz do ASSECO Poland S.A., wyjaśnienia NMG S.A. z 23.04.2018 r., wyjaśnienia ASSECO Poland S.A. z 25.04.2018 r. (tajemnica przedsiębiorstwa), informację z 27.04.2018 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego – NMG S.A. oraz informację z 27.04.2018 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego - ASSECO Poland S.A., załącznik nr 1 (częściowo tajemnica przedsiębiorstwa) do odwołania ASSECO Poland S.A. (wersja częściowo „zaczerniona” przez Zamawiającego oraz wersja bez „zaczernienia”).

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18 przedłożone przez Odwołującego na rozprawie:

- wydruki dotyczące: „Microsoft Win.10”, jak i „Microsoft Win.07”;
- wydruk z instrukcji użytkownika „Origami”, jak również zrzuty ekranu z tego oprogramowania.

Izba na podstawie art. 190 ust. 3-4 Pzp, na wniosek Odwołującego, dopuszcza w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18 - dowód z opinii biegłego z zakresu informatyki ze specjalnością w wytwarzaniu i wdrażaniu systemów informatycznych w związku z dopuszczeniem dowodu z opinii biegłego sądowego branży informatycznej ze specjalnością w realizacji projektów informatycznych obejmujących stworzenie i wdrożenie zintegrowanych rozwiązań informatycznych, na okoliczność ustalenia, czy treść oferty złożona przez ASSECO Poland S.A. jest zgodna z treścią SIWZ, dotyczyło to następujących punktów będących podstawą odrzucenia oferty firmy ASSECO Poland S.A., tj. pkt 1, 4, 5, 6, 7, 9 i 10. Izba przekazała biegłemu: postanowienia SIWZ; załączniki nr 1, 2, 4 i 10 do SIWZ, odpowiedzi na pytania, ofertę ASSECO Poland S.A., wyjaśnienia ASSECO Poland S.A. z 25.04.2018 r. (tajemnica przedsiębiorstwa), informację z 27.04.2018 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18, załącznik nr 1 (częściowo tajemnica przedsiębiorstwa) do odwołania (wersja częściowo „zaczerniona” przez Zamawiającego oraz wersja bez „zaczernienia”); przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz protokół z posiedzenia i rozprawy w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18, KIO 911/18. W ramach załącznika nr 1 do SIWZ przekazano biegłemu wszystkie załączniki do tego załącznika (tzw. dodatkowe - załączniki do OPZ).

Jednocześnie, Izba dodatkowo wyjaśnia, że mocą postanowienia KIO z 29.05.2018 r. zobowiązała Zamawiającego w trybie § 24 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) do przekazania kopii załącznika nr 1 do odwołania o sygn. akt: KIO 911/18, w formie „zaczernionej”, a więc takiej w jakiej został przekazany pozostałym uczestnikom postępowania (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego z posiedzenia z 21.05.2018 r.). Powyższy dokument został przekazany na

rzecz KIO pismem z 08.06.2018 r., w konsekwencji udostępniono go powołanemu biegłemu. W ramach postanowienia o jego powołaniu z 14.06.2018 r. zobligowano biegłego do przygotowania także wersji opinii dla Przystępujących częściowo z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje za orzecznictwem, że zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego biegłemu materiału sprawy (wyrok SN z dnia 11.07.1969 r., sygn. akt: I CR 140/69). Jednocześnie, Izba generalnie stwierdza, że samo przekroczenie przez biegłego zakresu poruczonego mu zadania nie dyskwalifikuje w całości jego wypowiedzi i nie pozbawiają charakteru środka dowodowego tych jego twierdzeń, do wyjaśnienia których został powołany i które wymagały wiadomości specjalnych (wyrok SN z dnia 17.01.1967 r., sygn. akt: I PR 355/67). Nadto, powinnością biegłego nie jest rozstrzyganie zagadnień prawnych, a jedynie naświetlenie wyjaśnianych okoliczności z punktu widzenia wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego mu materiału sprawy. Jeżeli biegły, z przekroczeniem granic swoich kompetencji - obok wypowiedzi w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych - zamieści w opinii także sugestie co do sposobu rozstrzygnięcia kwestii prawnych, sąd powinien je pominąć. Nie dyskwalifikuje to jednak całości opinii biegłego. Opinia biegłego podlega, jak inne dowody, ocenie według art. 233 § 1 k.p.c. (wyrok z dnia 29.06.2011 r., sygn. akt: III UK 3/11).

Izba oceniła dowód z opinii biegłego z dnia 31.07.2018 r., po weryfikacji w kontekście tzw. ustnej uzupełniającej opinii biegłego w zakresie przesłanych pytań przez Odwołującego oraz Zamawiającego, jak i dodatkowych pytań zadanych przez Odwołującego i Zamawiającego w toku rozprawy – przeprowadzonej w dniu 21.08.2018 r. /w sumie około 30 pytań/, jako wiarygodny, logiczny i spójny oraz wyczerpujący przedmiot sporu. Izba oceniła, że wiadomości specjalne zawarte w opinii są przydatne dla rozstrzygnięcia istotnych zagadnień niniejszej sprawy. Izba wskazuje także, że nie jest podstawą żądania przeprowadzenia nowego dowodu jedynie okoliczność tego rodzaju, że pisemna, jak i ustna uzupełniająca opinia biegłego są niekorzystne dla strony, która wniosowała o przeprowadzenie dowodu. W przedmiotowym stanie faktycznym żaden wniosek o powołanie dowodu z opinii innego biegłego nie został w ogóle sformułowany. Nie była także kwestionowana specjalność powołanego biegłego - w wytwarzaniu i wdrażaniu systemów informatycznych.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18 załączone przez Odwołującego do odwołania:

- e-mail Odwołującego z 11.04.2018 r.;

- e-mail Odwołującego z 29.04.2018 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie o sygn. akt: KIO 904/18, przystąpienia w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/18, odwołanie o sygn. akt: KIO 911/18 wraz z załącznikiem do niego stanowiącym pierwotnie tajemnicę przedsiębiorstwa, a częściowo odtajnionym przez Zamawiającego wobec Przystępujących, przystąpienia w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 911/18, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy. Jednocześnie, z uwagi na wyłączenie częściowo jawności rozprawy (z 21.08.2018 r.) z udziałem biegłego, jak i częściowy zastrzeżony charakter pisemnej opinii biegłego, także w kontekście tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika nr 1 do odwołania (częściowo odtajnionego przez Zamawiającego), Izba w szczególności w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 911/18 sporządziła uzasadnienie orzeczenia na pewnym poziomie ogólności powołując określone strony pisemnej opinii biegłego oraz udzielone przez niego odpowiedzi podczas rozprawy (w tym wypadku strony protokołu – dotyczyły części rozprawy z wyłączoną jawnością).

#### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18 - NMG S.A.:**

NMG S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, której treść wbrew twierdzeniom Zamawiającego odpowiada treści SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, która nie zawiera błędu w obliczeniu ceny,

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z informacji o odrzuceniu oferty NMG SA oraz z odwołania, w tym przytoczone postanowienia SIWZ oraz treść oferty. Jednocześnie, Izba przywołuję za informacją o odrzuceniu:

- 1) pierwsza podstawa odrzucenia - w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret v tabeli z zał. nr 10 do SIWZ;
- 4) druga podstawa odrzucenia - w wierszu 5 lit. a) oraz wiersz 6 pkt 2 tabeli z zał. nr 10 do SIWZ.

Dodatkowo, Izba przytacza odpowiedź na pytanie 69 udzielone przez Zamawiającego w ramach wyjaśnień z 22.03.2018 r. - „**Pytanie nr 69:** zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie oraz zmianę niżej wskazanych postanowień do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

*prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Stworzenie i wdrożenie zintegrowanego Systemu informatycznego - centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej), wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System)”*

#### **ZAŁĄCZNIK NR 4 DO SIWZ - WZÓR UMOWY**

*Jak wynika z § 1 ust. 3 wzoru umowy Oprogramowanie Standardowe to: „Wszelkie oprogramowanie **stworzone przez podmioty inne niż Wykonawca**, będące oprogramowaniem systemowym, w tym oprogramowaniem serwerów aplikacyjnych oraz baz danych, niezbędne do zbudowania, uruchomienia i przetestowania Wdrożenia oraz zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania środowiska Systemu, które musi być zapewnione przez Wykonawcę w ramach wykonywania Umowy celem prawidłowego działania Systemu, zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego”.*

*Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy w sytuacji gdy dany Wykonawca sam jest autorem wytworzonego i przetestowanego, przygotowanego do zainstalowania i wdrożenia oprogramowania, które zostało już wcześniej co najmniej raz wdrożone i było szczegółowo opisane w dokumentacji technicznej, w tym dokumentacji użytkownika i administratora, to **czy takie oprogramowanie może zostać zastosowane jako „Oprogramowanie Standardowe”?***

*Wykonawca zwraca uwagę, że kierując się postulatem proporcjonalności wynikającym z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych brak jest obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, które z samej zasady wykluczałoby zastosowanie własnego produktu Wykonawcy jako Oprogramowania Standardowego. Obecny zapis umowny w sposób nieuzasadniony preferuje podmioty dysponujące oprogramowaniem stworzonym przez podmioty inne niż Wykonawca kosztem tych Wykonawców, którzy dysponują Oprogramowaniem własnym, które jest wyłączone z umownej definicji Oprogramowania Standardowego.*

*Obecna regulacja może to spowodować nieuzasadnioną preferencję wykonawców należących do większych grup kapitałowych. Obecnie bowiem podmiot, który dysponuje Oprogramowaniem Standardowym oraz ma wiedzę i doświadczenie oraz zdolności jedynie udostępni zasoby innemu wykonawcy z grupy kapitałowej, który złoży ofertę i w ten sposób ominie wymóg pochodzenia oprogramowania standardowego od podmiotu innego niż sam wykonawca. Innymi słowy wskazanie, że Oprogramowanie Standardowe musi pochodzić od podmiotu nie będącego wykonawcą, nie zapewni Zamawiającemu żadnej realnej korzyści.*

*Wykonawca nadmienia, że zasada proporcjonalności kładzie nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z tą zasadą, jeżeli cel regulacji można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2184/13) z zasady*

proporcjonalności wyżywa, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji, a wynikającej z niej niedogodności i ciężarów. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Przykładowo w wyroku z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano*, Zb.Orz. 2009, s. 1-12169, gdzie wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wskazanie czy Zamawiający dopuszcza modyfikację definicji Oprogramowania Standardowego na następującą:

„Wszelkie oprogramowanie stworzone przez podmioty inne niż Wykonawca, będące oprogramowaniem systemowym, w tym oprogramowaniem serwerów aplikacyjnych oraz baz danych, a także znajdujące się już w obrocie gotowe oprogramowanie Wykonawcy, posiadające oznaczenia: nazwę producenta, numer wersji, nazwę handlową lub znak towarowy, było oprogramowaniem wytworzonym i przetestowanym, przygotowanym do zainstalowania i wdrożenia, które zostało już wcześniej co najmniej raz wdrożone, było szczegółowo opisane w dokumentacji technicznej, w tym dokumentacji użytkownika i administratora, niezbędne do zbudowania, uruchomienia i przetestowania Wdrożenia oraz zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania środowiska Systemu, które musi być zapewnione przez Wykonawcę w ramach wykonywania Umowy celem prawidłowego działania Systemu, zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego”.

Sugerowana zmiana wprowadzi jednolitość definicji Oprogramowania Standardowego z pkt. 4.6 SIWZ z definicją Oprogramowania Standardowego z § 1 ust 3 wzoru umowy, co pozwoli uniknąć wszelkich wątpliwości w przyszłości.

**Odpowiedź:**

Zamawiający dokonuje zmiany definicji Oprogramowania Standardowego nadając mu treść: "Wszelkie oprogramowanie stworzone przez podmioty inne niż Wykonawca, będące oprogramowaniem systemowym, w tym oprogramowaniem serwerów aplikacyjnych oraz baz danych, niezbędne do zbudowania, uruchomienia i przetestowania Wdrożenia oraz zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania środowiska Systemu, które musi być zapewnione przez Wykonawcę w ramach wykonywania Umowy celem prawidłowego działania Systemu, zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego. **Za Oprogramowanie Standardowe uznaje się również oprogramowanie systemowe, w tym**

**oprogramowanie serwerów aplikacyjnych oraz baz danych wytworzone przez Wykonawcę, posiadające oznaczenia: nazwę producenta, numer wersji, nazwę handlowa lub znak towarowy, które było oprogramowaniem wdrożonym i szczegółowo opisanym w dokumentacji technicznej, w tym dokumentacji użytkownika i administratora, jak też będącym w obrocie w wersji pierwotnej przed wszczęciem postępowania PZ-2790, tj. bez modyfikacji i zmian, o których mowa w definicji Oprogramowania Dedykowanego. System jako całość nie jest Oprogramowaniem Standardowym."j**".

W treści zał. nr 2 do SIWZ (Formularz ofertowy) w pkt 4 wskazano, że: „Zamawiający wymaga, aby ceny za wykonanie usług w Fazach od I do IV mieściły się w następujących granicach, z zastrzeżeniem, że łącznie ma stanowić 100%:

1. Cena za Fazę I wynosi od 8% do 12% sumy cen za Fazy I, II, III i IV (pozycja 35 Tabeli)
2. Cena za Fazę II wynosi od 48% do 52% sumy cen za Fazy I, II, III i IV (pozycja 35 Tabeli)
3. Cena za Fazę III wynosi od 23% do 27% sumy cen za Fazy I, II, III i IV (pozycja 35 Tabeli)
4. Cena za Fazę IV wynosi od 13% do 17% sumy cen Fazy I, II, III i IV (pozycja 35 Tabeli).”.

W ofercie NMG SA Zamawiający stwierdził określone nieprawidłowości przywołane szczegółowo w informacji o odrzuceniu oraz odwołaniu. Następnie, wezwał NMG SA do wyjaśnień pismem z 19.04.2018 r. w zakresie odnoszącym się do obu podstaw odrzucenia dotyczących zał. nr 10 do SIWZ. Odwołujący udzielił w odpowiedzi wyjaśnień – pismem z 23.04.2018 r. W pierwszym wypadku stwierdzając tak jak jest przytoczone w odwołaniu, zaś w drugim określając zaistniały brak omyłką pisarską i podając brakujący numer wersji oprogramowania. W zakresie podanie w ofercie NMG SA dla Fazy II i Fazy IV ceny za wykonanie poszczególnych pozycji w tych fazach w sposób sprzeczny z instrukcją znajdującą się w pkt 4 formularza oferty (czyli w formularzu cenowym) Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień Odwołującego.

Zamawiający w toku rozprawy w dniu 21.05.2018 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie pierwszej podstawy odrzucenia oferty NMG SA, tj. braku informacji o warstwach wykonywania automatycznych testów regresji.

W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie zarzutu pierwszego, Izba w/w zarzut oddaliła.



Dotyczy zarzutu pierwszego w zakresie dotyczącym pierwszej podstawy odrzucenia oferty NMG SA - braku informacji o warstwach wykonywania automatycznych testów regresji. Zamawiający niniejszy zarzut w zakresie dotyczącym pierwszej podstawy odrzucenia uwzględnił na posiedzeniu 21.05.2018 r., a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie złożyli sprzeciwu. Niniejsze, jednakże pozostaje bez wpływu na wynik (art. 192 ust. 2 Pzp), gdyż potwierdziła się druga podstawa odrzucenia oferty NMG SA, a w konsekwencji zasadność odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Nadto, potwierdziła się zasadność odrzucenia oferty NMG SA przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 Pzp z uwagi na podanie ceny za wykonanie poszczególnych pozycji w Fazie II i Fazie IV w sposób sprzeczny z instrukcją znajdującą się w pkt 4 formularza oferty (czyli w formularzu cenowym), o czym w dalszej części uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Dotyczy zarzutu pierwszego w zakresie dotyczącym drugiej podstawy odrzucenia oferty NMG SA. Izba uznała zarzut Odwołującego w tym zakresie za niezasadny, a samo odrzucenie oferty NMG SA przez Zamawiającego z tej podstawy za trafne, co skutkuje oddaleniem zarzutu. Należy podkreślić, w tej podstawie odrzucenia, że wymóg szósty pkt 2 tabeli jest jednoznaczny, tak względem Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18, jak i Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18. Obaj Wykonawcy uczynili ten sam błąd, choć różne były powody jego popełnienia. W tym wypadku, względem braku określenia wersji oprogramowania OrigAMI, Izba uznała stanowisko Wykonawcy z odwołania i z rozprawy za niewiarygodne. W tym zakresie, brak jest podstaw do uznania, że nazwa „OrigAMI” to zarówno nazwa, jak i wersja oprogramowania, zaś wersja numeryczna to numer kompilacji. Złożone dowody nie dotyczą generalnie w zakresie kompilacji OrigAMI, lecz „Microsoft Win.10”, jak i „Microsoft Win.07”. Nadto, w pozostałym zakresie złożone dalsze dowody nie potwierdzają tez Odwołującego. Można nawet na ich podstawie – zrzuty ekranu z oprogramowania OrigAMI, uznać, że wręcz przeciwnie świadczą one dodatkowo na jego niekorzyść, gdyż wprost mówią o wersji: „Origami Wersja”. Za przesadzające należy uznać w tym zakresie, sprzeczność stanowiska Odwołującego z odwołania i z rozprawy, z udzielonymi na etapie postępowania wyjaśnieniami z 23.04.2018 r., gdzie jednoznacznie stwierdził, że jest to „oczywista omyłka” i podał konkretny numer wersji. Udzielone wyjaśnienia z postępowania świadczą na niekorzyść Odwołującego i w ocenie Izby mają charakter rozstrzygający. Dodatkowo, Izba wskazuje na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 69 w ramach wyjaśnień z 22.03.2018 r., na ich podstawie można uznać, że wymóg podania numeru wersji oprogramowania był uzasadniony merytorycznie i nie miał tylko formalnego, czy też czysto informacyjnego charakteru, miał służyć ustaleniu czy zostało

zaoferowane oprogramowanie własne wytworzone przez Wykonawcę, a zarazem czy jest to oprogramowanie które zostało wcześniej wdrożone.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem drugiego zarzutu, Izba w/w zarzut oddaliła.

W pierwszej kolejności, Izba podnosi, że zarzuty Odwołującego mają w dużej mierze charakter zarzutów dotyczących postanowień SIWZ. Dotyczą bowiem one celowości samego wymogu Zamawiającego. Powyższe czyni więc je w dużej mierze spóźnionymi. Jednocześnie, podanie ceny za wykonanie poszczególnych pozycji w Fazie II i Fazie IV w sposób zgodny z instrukcją znajdującą się w pkt 4 formularza oferty (czyli w formularzu cenowym) było wymogiem takim samym dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego. Nadto, zaistniałe błędy w żadnym wypadku nie mają charakteru omyłki, sam zaś Odwołujący nie był w stanie nawet na rozprawie na zadane pytanie przedstawić jakiegokolwiek sposobu ich poprawy. W ocenie Izby, ewentualna zmiana wykracza poza możliwości wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, niosłoby to zmiany zbyt daleko idące. Poprawa samodzielna jest niemożliwa, a dopytanie w ramach wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp, jak wskazuje doświadczenie rozprawy z 21.05.2018 r. wcale nie musiało przynieść zadawalającego efektu. Jednocześnie, należy zauważyć, że owe daleko idące zmiany, mają taki charakter, że zmiany zakresów skutkowałyby zmianami cen jednostkowych interfejsów. Wcale nie chodzi o zwykłe zaokrąglenie, jak przedstawia to tylko Odwołujący w odwołaniu. Dane w spornych zakresach nie wynikają z innej części oferty. Zaistniałaby konieczność daleko idącego przebudowania oferty Odwołującego pod względem cenowym.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 904/18 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18 – Asseco Poland S.A.:**

Asseco Poland S.A. zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 96 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie czynności oceny i badania ofert z uchybieniem tym przepisom;
2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w/w zastrzeżonych przez NMG SA i Konsorcjum Evercode części ofert, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy

przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i/lub nie zostały skutecznie zastrzeżone;

3. art. 96 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż treść oferty Odwołującego nie jest sprzeczna z treścią SIWZ;

5. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego;

6. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;

7. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wystąpienia do Odwołującego o złożenie wyjaśnień treści oferty.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z informacji o odrzuceniu oferty Asseco Poland SA oraz z odwołania, w tym przytoczone postanowienia SIWZ oraz treść oferty. Jednocześnie, Izba przywołuję za informacją o odrzuceniu:

- 1) pierwsza podstawa odrzucenia - wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret iii tabeli z zał. nr 10 do SIWZ;
- 2) druga podstawa odrzucenia - w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret iv tabeli z zał. nr 10 do SIWZ;
- 3) trzecia podstawa odrzucenia - w wierszu 1, pkt 2 lit a) tiret v tabeli z zał. nr 10 do SIWZ;
- 4) czwarta podstawa odrzucenia - w wierszu 2, pkt 3 tabeli z zał. nr 10 do SIWZ;
- 5) piąta podstawa odrzucenia - architektura integracji systemu nie uwzględnia technologii wymiany informacji przez każdy interfejs (np. WebServices server; WebServices client, tabela bazodanowa w bazie danych Systemu, itp.) zgodnie z OPZ pkt. 4.3. Wykonawca zadeklarował rozwiązania, które ograniczają możliwość ustalania rozwiązań technicznych w zakresie technologii wymiany informacji;
- 6) szóstą podstawą odrzucenia - w wierszu 4, pkt 1 lit b) tabeli z zał. nr 10 do SIWZ;
- 7) siódma podstawa odrzucenia - opisu protokołów połączeń między komponentami - wiersz 4 tabeli z zał. nr 10 do SIWZ;
- 8) ósma podstawa odrzucenia - brak wersji oprogramowania Selenium - wiersz 5 lit. a) oraz wiersz 6 pkt 2 tabeli z zał. nr 10 do SIWZ;
- 9) dziewiąta podstawa odrzucenia - Wykonawca przewiduje użycie licencji bazodanowych Oracle RAC, a więc innych niż przeznaczone do wykorzystania w projekcie przez Zamawiającego. Lista licencji przeznaczonych dla system została podana w tabeli w pkt 7.2.3 OPZ.

10) dziesiąta podstawa odrzucenia - Wykonawca ma zamiar zrealizować zamówienie w oparciu o infrastrukturę bazodanową obejmującą łącznie 24 rdzenie, podczas gdy Zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania zaangażowanie 22 rdzeni (str. 131 zał. nr 1 do SIWZ – OPZ – tabela nr 12).

Załącznik nr 10 do SIWZ – Wymagania co do treści oferty:

Lp	Wymagane informacje	Zakres wymaganych informacji
1	<p><b>Specyfikacja sprzętu i oprogramowania niezbędnego dla uruchomienia Systemu</b></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Oferta musi zawierać specyfikację sprzętu i oprogramowania niezbędnego dla uruchomienia Systemu (zwaną dalej „specyfikacją infrastruktury”) umożliwiającą wycenę infrastruktury Systemu, która powinna być wykonana w Tabeli 3 Formularza ofertowego.</li> <li>2. Specyfikacja infrastruktury musi zawierać: <ol style="list-style-type: none"> <li>a. Specyfikację sprzętową maszyn wirtualnych dla całości rozwiązania z wyszczególnieniem: (...) <ol style="list-style-type: none"> <li>iii. warstwy danych (macierz dyskowa)</li> <li>iv. warstwy wykonywania testów wydajnościowych (jeśli wymagana jest oddzielna infrastruktura do ich realizacji)</li> <li>v. Warstwy wykonywania automatycznych testów regresji (jeśli Wykonawca oferuje tę opcję)</li> <li>vi. pozostałych warstw Systemu</li> </ol> </li> <li>b. Specyfikację oprogramowania dla ww. warstw <ol style="list-style-type: none"> <li>iii. Systemy operacyjne z numerem wersji i typem licencjonowania</li> <li>iv. Systemy bazodanowe z numerem wersji typem licencjonowania i wymaganymi opcjami</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. (...)</li> <li>4. Specyfikacja infrastruktury powinna wykorzystywać sprzęt i oprogramowanie będące w posiadaniu Zamawiającego</li> </ol>

		<p>wymienione w OPZ pkt. 7.2 w stopniu koniecznym do spełnienia wymagań.</p> <p>5. (...)</p> <p>6. Założenia, które Wykonawca powinien przyjąć dla sporządzenia specyfikacji infrastruktury zawarte zostały w OPZ rozdział „Wydajność i Skalowalność Systemu”.</p>
2	<p><b>Opis architektury logicznej wewnętrznej Systemu</b></p>	<p>Oferta musi zawierać opis, diagram lub diagramy architektury logicznej wewnętrznej Systemu, obejmujący co najmniej:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Diagram zawierający dekompozycję Systemu na moduły funkcjonalne</li> <li>2. Opis wszystkich modułów funkcjonalnych przedstawionych na diagramach</li> <li>3. Opis wszystkich interfejsów wewnętrznych Systemu wykorzystujących komunikację międzyprocesową lub sieciową</li> </ol>
3	<p><b>Opis wstępnej architektury integracji Systemu</b></p>	<p>Oferta musi zawierać opis, diagram lub diagramy architektury logicznej integracji Systemu, obejmujący co najmniej:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Diagram przedstawiający integrację Systemu z systemami zamawiającego opisującą sposób integracji od strony Systemu Wykonawcy, w tym dla każdego z interfejsów: <ol style="list-style-type: none"> <li>a. moduł Systemu realizujący każdą z wymaganych integracji</li> <li>b. technologię wymiany informacji przez każdy interfejs (np. WebServices server; WebServices client, tabela bazodanowa w bazie danych Systemu, itp.) zgodną z OPZ pkt. 4.3.</li> </ol> </li> </ol>
4	<p><b>Opis wstępnej architektury fizycznej Systemu</b></p>	<p>Oferta musi zawierać opis i diagramy wstępnej architektury fizycznej Systemu dla środowisk:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. produkcyjnego <ol style="list-style-type: none"> <li>a. z podziałem na „Primary Data Center” i Backup Data Center” opisanych w załączniku "Standardy technologiczne innogy BS".</li> </ol> </li> </ol>

		<p>b. z opisem mechanizmów zapewniających oczekiwaną Dostępność dla Systemu</p> <p>2. testowego</p> <p>3. deweloperskiego</p> <p>Opis musi obejmować co najmniej diagram komponentów programowych Systemu uruchomionych na poszczególnych elementach infrastruktury sprzętowej z opisem komponentów oraz z połączeniami między komponentami i opisem protokołów tych połączeń.</p>
5	<b>Wykaz oprogramowania standardowego</b>	<p>Oferta musi zawierać wykaz oprogramowania standardowego wykorzystywanego przez Wykonawcę do budowy Systemu, zawierający co najmniej:</p> <p>a. Nazwę i wersję oprogramowania</p> <p>b. Opis oprogramowania</p> <p>c. Opis modelu licencjonowania ze wskazaniem, jakie parametry (np. liczba użytkowników, procesorów etc.) mają wpływ na wysokość opłaty licencyjnej</p> <p>d. Wskazanie producenta oprogramowania</p>
6	<b>Opis automatyzacji testów regresji (opcjonalnie)</b>	<p>Jeżeli Wykonawca oferuje funkcjonalność automatyzacji testów regresji, oferta musi zawierać opis narzędzia, które zostanie wykorzystane do automatyzacji testów regresji oraz opis procesu automatyzacji. Opis taki musi zawierać co najmniej:</p> <p>1. Sposób przenoszenia przypadków testowych do narzędzia automatyzującego proces,</p> <p>2. Nazwę i wersję wykorzystywanego oprogramowania</p> <p>3. Ilość i rodzaj dostarczanych licencji na ww. oprogramowanie</p> <p>4. Zakres automatyzacji testów (np. 100% scenariuszy testowych/ograniczenie na ilość przypadków testowych)</p> <p>5. Warunki uniemożliwiające /umożliwiające przeniesienie przypadku testowego do wykonywania automatycznego.</p>

Opis Przedmiotu Zamówienia znajduje się w załączniku nr 1 do SIWZ. W ramach niniejszego załącznika zostały dołączone dodatkowe załączniki do OPZ: Załącznik nr 1 OPZ [Polityka Bezpieczeństwa dla Dostawców (PBDD)]; Załącznik nr 2 OPZ [Standardy technologiczne innowacji BS]; Załącznik nr 3 OPZ [Wytyczne dla koncepcji ról i uprawnień]; Załącznik nr 4 OPZ [Standardy integracyjne grupy innowacji dla dostawców aplikacji]; Załącznik nr 5 OPZ [Standardy tworzenia Web serwisów]; Załącznik nr 6 OPZ [IRIESD Zamawiającego]; Załącznik nr 7 OPZ [IRIESP]; Załącznik nr 8 OPZ [Standardy Wymiany Informacji Centralnego Systemu Wymiany Informacji (CSWI)]; Załącznik nr 9 OPZ [Standardy techniczne systemu WIRE]; Załącznik 10 OPZ [Diagramy]: diagram: Architektura logiczna obecna; diagram: Architektura logiczna dla fazy 2; diagram: Architektura logiczna dla fazy 3; diagram: Architektura logiczna dla fazy 4; Załącznik nr 11 OPZ [definicja IDoc SAP IS-U dla komunikacji z Systemem].

Odpowiedzi na pytania miały miejsce 12 i 22.03.2018 r. Zaś modyfikacja postanowień SIWZ – w zakresie wzoru umowy – 14.03.2018 r.

Dodatkowo, Izba przytacza w szczególności odpowiedź na pytanie 69 udzielone przez Zamawiającego w ramach wyjaśnień z 22.03.2018 r. - „**[Pytanie nr 69: zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie oraz zmianę niżej wskazanych postanowień do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Stworzenie i wdrożenie zintegrowanego Systemu informatycznego - centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej), wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System)“**

#### **ZAŁĄCZNIK NR 4 DO SIWZ - WZÓR UMOWY**

Jak wynika z § 1 ust. 3 wzoru umowy Oprogramowanie Standardowe to: „Wszelkie oprogramowanie **stworzone przez podmioty inne niż Wykonawca**, będące oprogramowaniem systemowym, w tym oprogramowaniem serwerów aplikacyjnych oraz baz danych, niezbędne do zbudowania, uruchomienia i przetestowania Wdrożenia oraz zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania środowiska Systemu, które musi być zapewnione przez Wykonawcę w ramach wykonywania Umowy celem prawidłowego działania Systemu, zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego”.

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy w sytuacji gdy dany Wykonawca sam jest autorem wytworzonego i przetestowanego, przygotowanego do zainstalowania i wdrożenia oprogramowania, które zostało już wcześniej co najmniej raz wdrożone i było szczegółowo opisane w dokumentacji technicznej, w tym dokumentacji użytkownika i administratora, to **czy takie oprogramowanie może zostać zastosowane jako „Oprogramowanie Standardowe”?**

Wykonawca zwraca uwagę, że kierując się postulatem proporcjonalności wynikającym z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych brak jest obiektywnych

*i niedyskryminujących kryteriów, które z samej zasady wykluczałyby zastosowanie własnego produktu Wykonawcy jako Oprogramowania Standardowego. Obecny zapis umowny w sposób nieuzasadniony preferuje podmioty dysponujące oprogramowaniem stworzonym przez podmioty inne niż Wykonawca kosztem tych Wykonawców, którzy dysponują Oprogramowaniem własnym, które jest wyłączone z umownej definicji Oprogramowania Standardowego.*

*Obecna regulacja może to spowodować nieuzasadnioną preferencję wykonawców należących do większych grup kapitałowych. Obecnie bowiem podmiot, który dysponuje Oprogramowaniem Standardowym oraz ma wiedzę i doświadczenie oraz zdolności jedynie udostępni zasoby innemu wykonawcy z grupy kapitałowej, który złoży ofertę i w ten sposób ominie wymóg pochodzenia oprogramowania standardowego od podmiotu innego niż sam wykonawca. Innymi słowy wskazanie, że Oprogramowanie Standardowe musi pochodzić od podmiotu nie będącego wykonawcą, nie zapewni Zamawiającemu żadnej realnej korzyści.*

*Wykonawca nadmienia, że zasada proporcjonalności kładzie nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z tą zasadą, jeżeli cel regulacji można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2184/13) z zasady proporcjonalności wypływa, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji, a wynikającej z niej niedogodności i ciężarów. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Przykładowo w wyroku z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, Zb.Orz. 2009, s. 1-12169, gdzie wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.*

*W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wskazanie czy Zamawiający dopuszcza modyfikację definicji Oprogramowania Standardowego na następującą:*

*„Wszelkie oprogramowanie stworzone przez podmioty inne niż Wykonawca, będące oprogramowaniem systemowym, w tym oprogramowaniem serwerów aplikacyjnych oraz baz danych, a także znajdujące się już w obrocie gotowe oprogramowanie Wykonawcy, posiadające oznaczenia: nazwę producenta, numer wersji, nazwę handlową lub znak towarowy, było oprogramowaniem wytworzonym i przetestowanym, przygotowanym do*



*zainstalowania i wdrożenia, które zostało już wcześniej co najmniej raz wdrożone, było szczegółowo opisane w dokumentacji technicznej, w tym dokumentacji użytkownika i administratora, niezbędne do zbudowania, uruchomienia i przetestowania Wdrożenia oraz zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania środowiska Systemu, które musi być zapewnione przez Wykonawcę w ramach wykonywania Umowy celem prawidłowego działania Systemu, zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego".*

*Sugerowana zmiana wprowadzi jednolitość definicji Oprogramowania Standardowego z pkt. 4.6 SIWZ z definicją Oprogramowania Standardowego z § 1 ust 3 wzoru umowy, co pozwoli uniknąć wszelkich wątpliwości w przyszłości.*

**Odpowiedź:**

*Zamawiający dokonuje zmiany definicji Oprogramowania Standardowego nadając mu treść: "Wszelkie oprogramowanie stworzone przez podmioty inne niż Wykonawca, będące oprogramowaniem systemowym, w tym oprogramowaniem serwerów aplikacyjnych oraz baz danych, niezbędne do zbudowania, uruchomienia i przetestowania Wdrożenia oraz zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania środowiska Systemu, które musi być zapewnione przez Wykonawcę w ramach wykonywania Umowy celem prawidłowego działania Systemu, zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego. **Za Oprogramowanie Standardowe uznaje się również oprogramowanie systemowe, w tym oprogramowanie serwerów aplikacyjnych oraz baz danych wytworzone przez Wykonawcę, posiadające oznaczenia: nazwę producenta, numer wersji, nazwę handlowa lub znak towarowy, które było oprogramowaniem wdrożonym i szczegółowo opisanym w dokumentacji technicznej, w tym dokumentacji użytkownika i administratora, jak też będącym w obrocie w wersji pierwotnej przed wszczęciem postępowania PZ-2790, tj. bez modyfikacji i zmian, o których mowa w definicji Oprogramowania Dedykowanego. System jako całość nie jest Oprogramowaniem Standardowym."***

W ofercie Asseco Poland SA Zamawiający stwierdził określone nieprawidłowości przywołane szczegółowo w informacji o odrzuceniu oraz odwołaniu. Następnie, wezwał Asseco Poland SA do wyjaśnień pismem z 19.04.2018 r. w zakresie odnoszącym się do wszystkich późniejszych dziesięciu podstaw odrzucenia dotyczących zał. nr 10 do SIWZ. Odwołujący udzielił w odpowiedzi wyjaśnień – pismem z 25.04.2018 r. zastrzegając ich tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie uznał tych wyjaśnień i w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego, który wniósł odwołanie i w ramach załącznika nr 1 (tajemnica przedsiębiorstwa) na 26 stronach przedstawił szczegółową argumentację powołując się też na udzielone wcześniej wyjaśnienia.

Szczegółowe strony i fragmenty oferty Asseco Poland SA zostały przywołane zarówno w wezwaniu Zamawiającego, jak i wyjaśnieniach Odwołującego z 25.04.2018 r., dodatkowo w ramach załącznika nr 1 do odwołania (tajemnica przedsiębiorstwa). Jednocześnie, zostały one również wskazane w opinii biegłego z 31.07.2018 r. Izba przywołuje niniejsze fragmenty oferty ASSECO Poland S.A. za wskazanymi wyżej dokumentami, a zwłaszcza za pisemną opinią biegłego z 31.07.2018 r.

Podczas posiedzenia 21.05.2018 r. Zamawiający oświadczył, że odwołanie ASSECO Poland S.A. zostało przekazane wraz z załącznikiem stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnił, że ten załącznik został przez niego w pewnym zakresie „zaczerniony”, w tych miejscach, w których uznał, że wykracza on ponad treść oferty, stąd wiedza Przystępującego NMG SA. o jego treści.

Zamawiający wyjaśnił także podczas posiedzenia 21.05.2018 r., iż wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostały uznane za jawne. W dwóch wypadkach znajdowało się zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże bez stosownego wykazania. W zakresie wyjaśnień, które składało obu wykonawców, którzy złożyli odwołania (czyli obaj Odwołujący – tak NMG SA, jak i ASSECO Poland S.A.) były dostępne tylko te fragmenty wyjaśnień, które nie wykraczały ponad treść oferty. W pozostałym zakresie dokonał stosownego „zaczernienia”. Potwierdził także, iż przekazał ASSECO Poland S.A. - treść oferty NMG SA oraz konsorcjum w zakresie odtajnionym.

Zamawiający w toku rozprawy w dniu 21.05.2018 r. - przekazał Odwołującemu ASSECO Poland S.A., na jego żądanie, odwołanie wraz z „zaczernionym” załącznikiem nr 1, który przekazał pozostałym uczestnikom postępowania. Wyjaśnił również, że po zweryfikowaniu i sprawdzeniu dokumentacji okazało się, że nie przekazywał jeszcze żadnemu z wykonawców wyjaśnień, jakie udzieliło ASSECO Poland S.A. – 25.04.2018 r., przekazał jedynie informacje odnośnie umocowania osób, które podpisały ofertę ASSECO Poland S.A. w zakresie, w którym wnosił o uzupełnienie.

Zamawiający w toku rozprawy w dniu 21.05.2018 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie drugiej oraz trzeciej (z 10) podstawy odrzucenia oferty ASSECO Poland S.A.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba w/w zarzut oddaliła. W tym zakresie, Zamawiający podczas posiedzenia 21.05.2018 r., stwierdził, że odtajnił zastrzeżona część ofert NMG SA i Konsorcjum Evercode. Potwierdziła to także, korespondencja przekazana wraz

z dokumentacją postępowania w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Miało to bowiem miejsce 15.05.2018 r., w tym dniu przekazano ją Odwołującemu. Z kolei część jawną ofert przekazano 05.04.2018 r. Pierwotny wniosek o udostępnienie zastrzeżonych części ofert był z 11.04.2018 r. Izba w tym zakresie podkreśla, iż mimo zasadności zarzutu, to wobec przekazania stosownych części ofert (Zamawiający uznała, że obaj Wykonawcy nie wykazali zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), zarzut jako taki podlega oddaleniu, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba w/w zarzut oddaliła. W tym zakresie, Odwołujący na posiedzeniu w dniu 21.05.2018 r. potwierdził, że protokół postępowania został mu przekazany przez Zamawiającego. Potwierdziła to także, korespondencja przekazana wraz z dokumentacją postępowania w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Miało to bowiem miejsce 15.05.2018 r., w tym dniu przekazano ją Odwołującemu. W konsekwencji, Izba podobnie, jak przy rozpatrywaniu wcześniejszego zarzutu, mimo jego zasadności, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, oddaliła zarzut.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu piątego, Izba w/w zarzut oddaliła. W ocenie Izby, 26 stronicowy załącznik nr 1 do odwołania (stanowiący tajemnice przedsiębiorstwa /częściowo odtajniony przez Zamawiającego/) całkowicie przeczy temu zarzutowi. Przekaz płynący z informacji z 27.04.2018 r. o odrzuceniu oferty Asseco Poland SA były jednoznaczny i czytelny dla Odwołującego, tym bardziej, że wiązał się z wcześniejszym postępowaniem wyjaśniającym poprzedzającym czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego (wezwanie z 19.04.2018 r., wyjaśnienia Odwołującego z 25.04.2018 r.). Odrzucenie nie miało formalnego charakteru, ale merytoryczny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu siódmego, Izba w/w zarzut oddaliła. W tym wypadku, należy zauważyć, że Zamawiający przeprowadził już postępowanie wyjaśniające w zakresie spornych podstaw odrzucenia i uzyskane wyjaśnienia z 25.04.2018 r wzięły pod uwagę przy czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Ewentualne dodatkowe wyjaśnienia, jak potwierdziła rozprawa, w żaden sposób nie zmieniłyby zaistniałego status quo, brak było także jakichkolwiek podstaw do takiego działania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu szóstego, Izba w/w zarzut oddaliła. Po pierwsze, w ocenie Izby brak jest podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, chociażby w zakresie ósmej

podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Uzyskane bowiem w tym wypadku wyjaśnienia wiązały się de facto ze zmianą treści oferty o charakterze merytorycznym, tj. ze wskazaniem wersji oprogramowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego w jego ramach Odwołujący odniósł się do dziesięciu podstaw faktycznych odrzucenia wskazanych przez Zamawiającego w informacji z 27.04.2018 r. Izba generalnie oddalił niniejszy zarzut. Przy czym, w zależności od danej podstawy odrzucenia miały miejsce różne okoliczności, które ostatecznie spowodowały niniejsze oddalenie.

W zakresie dotyczącym pierwszej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA – tzn. braku specyfikacji warstwy danych (macierz dyskowa). W tym wypadku Izba wskazuje na stanowisko biegłego wynikające z jego opinii z 31.07.2018 r., a podtrzymanej w ramach ustnej opinii uzupełniającej na rozprawie 21.08.2018 r. Biegły jednoznacznie stwierdził, że sama informacja o wykorzystaniu dedykowanych przez Zamawiającego serwerów dla rozwiązania jest wystarczająca. Zamawiający bowiem sam w ten sposób narzucił wykorzystanie przestrzeni dyskowej na macierzy dla potencjalnych oferentów. Z uwagi na to, jak i wobec braku ze strony Zamawiającego wniosku o powołanie innego biegłego, Izba uznała, że zarzut w zakresie pierwszej podstawy odrzucenia jest zasadny. W sytuacji bowiem, gdy Wykonawca nie oferuje własnego rozwiązania, ale bazuje na rozwiązaniu Zamawiającego, jak w tym wypadku nie ma konieczności przepisywania do oferty postanowień SIWZ. Biegły, zaś stwierdził, że to co jest w ofercie jednoznacznie wskazuje na zaoferowanie rozwiązania Zamawiającego. Jednakże mimo zasadności zarzutu w niniejszym zakresie i zgodności z SIWZ, w zakresie pierwszej podstawy odrzucenia, z uwagi na potwierdzenie się szóstej, ósmej i dziewiątej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA, z uwagi na art. 192 ust.2 Pzp, zarzut, jak i odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie dotyczącym drugiej i trzeciej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA – tzn. braku specyfikacji warstwy wykonywania testów wydajnościowych w specyfikacji infrastruktury oraz braku informacji o warstwach wykonywania automatycznych testów regresji w opisie infrastruktury. Zamawiający niniejszy zarzut w zakresie dotyczącym drugiej i trzeciej podstawy odrzucenia uwzględnił na posiedzeniu 21.05.2018 r., a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie złożyli sprzeciwu. Niniejsze, jednakże pozostaje bez wpływu na wynik (art. 192 ust. 2 Pzp), gdyż potwierdziła się szósta, ósma i dziewiąta podstawa odrzucenia, o czym w dalszej części uzasadnienia.

W zakresie dotyczącym czwartej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA – tzn. brak opisu wszystkich interfejsów wewnętrznych Systemu wykorzystujących

komunikację międzyprocesową lub sieciową. W tym wypadku, Izba wskazuje na stanowisko biegłego wynikające z jego opinii z 31.07.2018 r. (ze str. 10), a podtrzymanej w ramach ustnej opinii uzupełniającej na rozprawie 21.08.2018 r. (protokół /część rozprawy z wyłączoną jawnością/ str. 13 – odpowiedź dotyczącą diagramu „pierwszy akapit od góry” oraz str. 19 – odpowiedź na pytanie nr 5 Zamawiającego). Z uwagi na to, jak i wobec braku ze strony Zamawiającego wniosku o powołanie innego biegłego, Izba uznała, że zarzut w zakresie czwartej podstawy odrzucenia jest zasadny. Stanowisko biegłego miało charakter jednoznaczny, było spójne i wyczerpujące. Jednakże mimo zasadności zarzutu w niniejszym zakresie i zgodności z postanowieniami SIWZ, w zakresie czwartej podstawy odrzucenia, z uwagi na potwierdzenie się szóstej, ósmej i dziewiątej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, zarzut, jak i odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie dotyczącym piątej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA – tzn. architektura integracji systemu nie uwzględnia technologii wymiany informacji przez każdy interfejs (np. WebServices server; WebServices client, tabela bazodanowa w bazie danych Systemu, itp.). Zadeklarowane rozwiązania ogranicza możliwość ustalania rozwiązań technicznych w zakresie technologii wymiany informacji na etapie projektowania. W tym wypadku, Izba wskazuje na stanowisko biegłego wynikające z jego opinii z 31.07.2018 r. (ze str. 14), wynika z niej bowiem zagadnienie interfejsów, które będą wdrażane pod koniec projektu, uruchomienie fazy trzeciej jest planowane po 20 miesiącach od podpisania umowy. Biegły podczas rozprawy zaistniały stan rzeczy ocenił pozytywnie (in plus) (protokół /część rozprawy z wyłączoną jawnością/ str. 19 – odpowiedź na pytanie przewodniczącego), nie wyciągał z treści oferty Odwołującego tak daleko idących jednoznacznie negatywnych skutków jak Zamawiający. Izba wzięła pod uwagę, że treść oferty de facto nie ma charakteru definitywnego, w tym wypadku kierując się stanowiskiem biegłego i jego wiedzą specjalną, dla której został powołany, zgodnie z którą ewentualna modyfikacja 4 interfejsów jest prawdopodobna (protokół /część rozprawy z wyłączoną jawnością/ str. 13 – odpowiedź na pytanie dotyczące piątej podstawy odrzucenia). Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę, że nie można uznać, że treść oferty jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ, skoro w SIWZ nie ma narzuconej technologii, a ewentualna modyfikacja 4 interfejsów po 20 miesiącach jest prawdopodobna, jak stwierdził biegły, czemu de facto nikt nie zaprzeczył. Inne podejście byłoby niezgodne ze stanowiskiem orzecznictwa, ze podstawą odrzucenia jest niezgodność merytoryczna, a nie formalna. Jednakże, mimo zasadności zarzutu w niniejszym zakresie, z uwagi na potwierdzenie się szóstej, ósmej i dziewiątej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, zarzut, jak i odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie dotyczącym szóstej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA – tzn. braku opisu mechanizmów zapewniających oczekiwaną dostępność dla Systemu dla

poszczególnych usług. W tym wypadku, Izba uznała za stanowiskiem biegłego z rozprawy – w ramach ustnej opinii uzupełniającej na rozprawie 21.08.2018 r. (protokół /część rozprawy z wyłączoną jawnością/ str. 20 – odpowiedź na ostatnie pytanie), z którego wynika, iż brak jest opisów zawierających oczekiwaną dostępność dla systemu. Samo użycie mechanizmu oraz klastera przywołanych przez biegłego w jego pisemnej opinii – na str. 17 „trzeci wers od góry” jest niewystarczające, gdyż jest to tylko oprogramowanie wspierające. Jednocześnie, podczas rozprawy biegły w zakresie kwestii wysokiej dostępności potwierdził swoje negatywne stanowisko, co do braków w ofercie Odwołującego (protokół /część rozprawy z wyłączoną jawnością/ str. 15 – odpowiedź na pytanie przewodniczącego – odpowiedź biegłego dotyczyły de facto tak szóstej, jak i dziewiątej podstawy odrzucenia). Odwołujący podkreślał w części jawnej rozprawy, że działał w zaufaniu do postanowień SIWZ, stwierdzając niejednoznaczność postanowień standardów technologicznych Innogy BS (załącznik nr 2 do OPZ) względem pkt 7.2 OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ). Jednakże, przywołana „UWAGA”, ze str. 22 jest jednoznaczna i rozstrzyga tego rodzaju konflikt na korzyść SIWZ (ma charakter nadrzędny), w tym wypadku tabeli nr 14, co biegły także potwierdził (protokół /część rozprawy z wyłączoną jawnością/ str. 18 – odpowiedź na pierwsze pytanie Odwołującego), choć w tym zakresie Izba kierowała się nie stanowiskiem biegłego, ale własną oceną treści tej „UWAGI” („UWAGA - System zaoferowany i wykonany przez Wykonawcę musi być zgodny z wymaganiami zdefiniowanymi w SIWZ, w tym w szczególności Wykonawca powinien uwzględnić Standardy Zamawiającego, przy czym jeżeli pomiędzy wymaganiem wynikającym ze Standardów Zamawiającego, a innym wymaganiem zdefiniowanym w pozostałej części SIWZ zachodzić będzie sprzeczność, dane wymaganie wynikające ze Standardów Zamawiającego nie jest wiążące (przeważające znaczenie mają wymagania zdefiniowane poza Standardami Zamawiającego). Zasada ta dotyczy zarówno treści oferty, jak i realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności dany produkt może nie być zgodny z wymaganiami wynikającymi ze Standardów Zamawiającego wówczas, gdy inne wymaganie wyraźnie zdefiniowane w SIWZ jest sprzeczne z wymaganiem wynikającym ze Standardów Zamawiającego.” Konieczne jest także podkreślenie, iż w pkt 8 formularza ofertowego (str. 29 oferty) Odwołujący oświadczył, że: „(...) zapoznałem się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i nie wnoszę do niej zastrzeżeń oraz że uzyskałem konieczne informacje, potrzebne do właściwego wykonania zadania”, czyli także w zakresie załącznika nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia – str. 22 fragmentu „UWAGA”. W konsekwencji, Izba uznała trafność odrzucenia oferty Odwołującego Asseco Poland SA przez Zamawiającego, z tej podstawy, a w tym samym oddaliła zarzut jako taki oraz całe odwołanie.

W zakresie dotyczącym siódmej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA – tzn.

braku opisu protokołów połączeń między komponentami. W tym wypadku, Izba wskazuje na stanowisko biegłego wynikające z jego opinii z 31.07.2018 r. (ze str. od 19 do 20 – dotyczy diagramu). Istotne jest także, że powyższa kwestia stanowi kontynuację czwartej podstawy odrzucenia. Podczas rozprawy, sensu stricto nie padło żadne pytanie odnośnie siódmej podstawy odrzucenia, zadawano jedynie pytania odnośnie czwartej podstawy odrzucenia. Biegły, zaś podtrzymał w całości na rozprawie swoją pisemną opinię z 31.07.2018 r. Nie było też wniosku ze strony Zamawiającego o powołanie innego biegłego. Jednakże, mimo zasadności zarzutu w niniejszym zakresie, z uwagi na potwierdzenie się szóstej, ósmej i dziewiątej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, zarzut, jak i odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie dotyczącym ósmej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA – tzn. braku określenia wersji oprogramowania Selenium. Należy podkreślić, w tej podstawie odrzucenia, że wymóg szósty pkt 2 tabeli jest jednoznaczny, tak względem Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18, jak i Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18. Obaj Wykonawcy uczynili ten sam błąd, choć różne były powody jego popełnienia. W tym wypadku, zaoferowano najnowszą wersję oprogramowania, ale nie wskazano konkretnie wersji, czyniąc to dopiero przy okazji wyjaśnień z 25.04.2018 r. Odwołujący podczas rozprawy w dniu 21.08.2018 r. – w jej części jawnej, stwierdził, że wynika to z jego charakteru, który jest oprogramowaniem „open source”. W ocenie Izby, z uwagi na jednoznaczny charakter wymogu, obaj Wykonawcy winni zostać potraktowani jednakowo, gdyż obaj uzupełnili treść swojej oferty poprzez złożone wyjaśnienia. Ich treść potwierdza także, brak jakichkolwiek przeszkód, co do podania aktualnej wersji. W tym wypadku, nie było także przeszkód z podaniem aktualnej wersji, zastrzegając, że na etapie realizacji z uwagi na charakter zadania, będzie to wersja aktualna. Dodatkowo, Izba wskazuje na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 69 w ramach wyjaśnień z 22.03.2018 r., na ich podstawie można uznać, że wymóg podania numeru wersji oprogramowania był uzasadniony merytorycznie i nie miał tylko formalnego, czy też czysto informacyjnego charakteru, miał służyć ustaleniu czy zostało zaoferowane oprogramowanie własne wytworzone przez Wykonawcę, a zarazem czy jest to oprogramowanie które zostało wcześniej wdrożone. Z tych względów, Izba uznała, że potwierdziła się zasadność odrzucenia oferty Odwołującego z tej podstawy faktycznej (nie była ona przedmiotem opinii biegłego), a w tym samym Izba oddaliła zarzut jako taki oraz całe odwołanie.

W zakresie dotyczącym dziewiątej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA – tzn. Wykonawca przewiduje użycie w ramach realizacji zamówienia licencji bazodanowych Oracle RAC, a więc innych niż przeznaczone do wykorzystania w projekcie przez Zamawiającego. Lista licencji przeznaczonych dla system została podana w tabeli w pkt

7.2.3 OPZ. Zgodnie z pkt 7.2 SIWZ: "Na potrzeby wdrażanego Systemu (wszystkie środowiska tego Systemu) Zamawiający posiada sprzęt i oprogramowanie wymienione w tabelach nr 12, 13 i 14. W przypadku gdy System oferowany przez Wykonawcę wymaga sprzętu lub oprogramowania ponad posiadane przez Zamawiającego zasoby wskazane w ww. tabelach, Wykonawca obowiązany jest do wskazania dodatkowego sprzętu i oprogramowania niezbędnego do używania sprzętu dodatkowego, w ramach funkcjonowania Systemu zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SIWZ oraz jego wyceny w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 2 do SIWZ).".

W tym zakresie, w ocenie Izby zostało bezspornie potwierdzone, że w ofercie brak jest wskazania, iż konieczne będzie dodatkowe oprogramowanie (licencje) i nie uwzględniono kosztu tej licencji. W tym zakresie, biorąc pod uwagę stanowisko biegłego w zakresie tak szóstej, jak i dziewiątej podstawy odrzucenia, które de facto się łączą, uwzględniać stanowisko biegłego w ramach ustnej opinii uzupełniającej na rozprawie 21.08.2018 r. (protokół /część rozprawy z wyłączoną jawnością/ str. 10 – odpowiedź na pytanie nr 7, ze str. 15 – odpowiedź na pytanie przewodniczącego – odpowiedź biegłego dotyczyły de facto tak szóstej, jak i dziewiątej podstawy odrzucenia, ze str. 19 – odpowiedź na pytanie nr 1 Zamawiającego) należy uznać zasadność odrzucenia z tej podstawy faktycznej oferty Odwołującego. Kwestia licencji ma charakter kluczowy – co wprost potwierdza stanowisko biegłego wynikające z jego opinii z 31.07.2018 r. (str. 30), a rozstrzygający (nadrzędny) charakter ma „UWAGA” na str. 22, która jest jednoznaczna i rozstrzyga wszystkie niejednoznaczności na korzyść SIWZ, w tym wypadku tabeli nr 14, a nie pkt 4.1.5 standardów technologiczne Innogy BS (załącznik nr 2 do OPZ). W tej tabeli nie było określonej licencji, w konsekwencji należało, ją zaoferować i wycenić. jednocześnie, Izba uzupełniająco przywołuje także argumentację przedstawioną w zakresie szóstej podstawy odrzucenia. W rezultacie, Izba uznała trafność odrzucenia oferty Odwołującego Asseco Poland SA przez Zamawiającego, z tej podstawy, a w tym samym oddaliła zarzut jako taki oraz całe odwołanie.

W zakresie dotyczącym dziesiątej podstawy odrzucenia oferty Asseco Poland SA – tzn. Wykonawca ma zamiar zrealizować zamówienie w oparciu o infrastrukturę bazodanową obejmującą łącznie 24 rdzenie, podczas gdy Zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania zaangażowanie 22 rdzeni.

W tym wypadku, Izba wskazuje na stanowisko biegłego wynikające z jego opinii z 31.07.2018 r. (ze str. od 26 do 28), a podtrzymanej w ramach ustnej opinii uzupełniającej na rozprawie 21.08.2018 r. W ocenie Izby, z uwagi na wiadomości specjalne biegłego miał on wiedzę niezbędną do oceny, że we wskazaniu serwera deweloperskiego w pkt 1.1.3 (w ramach pkt 1.1) nastąpiła omyłka, w kontekście pkt 1.2.3 (w ramach 1.2.3). Należy



podkreślić, że stanowisko biegłego, jego opinia stanowi dowód w sprawie i jego podważanie nie może mieć miejsca jedynie poprzez przedstawianie wątpliwości, w tym zakresie, przy braku wniosku o przeprowadzenie dowód z opinii innego biegłego. Biegły miał wiedzę specjalną w zakresie przedmiotu sporu, a jego specjalność nie była w ogóle podważana. Izba w zakresie przedmiotu sporu oparła się także na odpowiedziach biegłego na pytania w ramach ustnej opinii uzupełniającej na rozprawie 21.08.2018 r. (protokół /część rozprawy z wyłączoną jawnością/ str. 15 do 16 – odpowiedzi biegłego na pisemne pytania Zamawiającego dotyczące dziesiątej podstawy odrzucenia). Biegły w tych odpowiedziach jednoznacznie wskazywał czym się kierował, przy ocenie w taki, a nie inny sposób treści oferty Odwołującego. W kontekście bowiem tych odpowiedzi, jak i dalszych wynika, że biegły kierował się nie tyle ściśle wątpliwościami Zamawiającego, co do treści oferty Odwołującego, a oceniał ją w kontekście swojej wiedzy z dziedziny informatyki w ramach swojej specjalności w wytwarzaniu i wdrażaniu systemów informatycznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia wszystkich przedstawionych powyżej zarzutów, oddaleniu podlega także zarzut pierwszy o charakterze generalnym naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 96 ust. 1 i 3 Pzp

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 911/18 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 904/18, sygn. akt: KIO 911/18 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a, b i pkt 2 lit. b oraz § 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 904/18 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 911/18 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oddzielnie dla każdej sprawy - w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Jednocześnie zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego

(w ramach wpisu - § 3 pkt 1 lit. b w/w rozporządzenia) kwotę 5.495,00 zł (z tytułu sporządzenia pisemnej opinii biegłego i udziału w rozprawie, czyli ustnej uzupełniającej opinii biegłego w zakresie wskazanym w przesłanych i zadanych na rozprawie pytaniach) tytułem wynagrodzenia biegłego na podstawie złożonego rachunku, zgodnie z przepisami o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym.

**Przewodniczący:**

.....