

sygn. akt: **KIO 922/18**
KIO 928/18

WYROK

z dnia 11 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach: 25 maja oraz 6 czerwca 2018 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Engave S.A., Engave Services Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32; 02-220 Warszawa (sygn. akt KIO 922/18),**
- B) w dniu 7 maja 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MAXTO Sp. z o.o. Sp. K. A., INFINITE Sp. z o.o., ul. Willowa 87; 32-085 Modlniczka (sygn. akt KIO 928/18),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, Al. Niepodległości 188/192; 00-950 Warszawa,**

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MAXTO Sp. z o.o. Sp. K. A., INFINITE Sp. z o.o., ul. Willowa 87; 32-085 Modlniczka,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (**KIO 922/18**),
- 2) wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o. ul, Postępu 21 D, 02-676 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (**KIO 922/18 i KIO 928/18**),
- 3) wykonawcy **Decsoft S.A., Al. Jerozolimskie 179, Budynek Blue Office I; 02-222 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (**KIO 928/18**),

orzeka:

1. **Oddala odwołania.**
2. Kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Engave S.A., Engave Services Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32; 02-220 Warszawa** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MAXTO Sp. z o.o. Sp. K. A., INFINITE Sp. z o.o., ul. Willowa 87; 32-085 Modlniczka** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Engave S.A., Engave Services Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32; 02-220 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania (KIO 922/18),
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MAXTO Sp. z o.o. Sp. K. A., INFINITE Sp. z o.o., ul. Willowa 87; 32-085 Modlniczka**, tytułem wpisu od odwołania (KIO 928/18),
 - 2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Engave S.A., Engave Services Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32; 02-220 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, Al. Niepodległości 188/192; 00-950 Warszawa** kwotę 2 927 zł 40 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia siedem złotych, czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.4. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MAXTO Sp. z o.o. Sp. K. A., INFINITE Sp. z o.o., ul. Willowa 87; 32-085 Modlniczka** na rzecz zamawiającego **Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, Al. Niepodległości 188/192; 00-950 Warszawa** kwotę 2 927 zł 40 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia siedem złotych, czterdzieści 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 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

sygn. akt: **KIO 922/18**
KIO 928/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Patentowy RP, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa i wdrożenie Platformy Usług Elektronicznych Urzędu Patentowego (PUEUP)*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2017 roku, pod numerem 2017/S 229-477290.

Dnia 27 kwietnia 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

KIO 922/18

Dnia 7 maja 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Engave S.A., Engave Services Sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty i przyjęcie przez zamawiającego, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w treści oferty niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,
- 4) ewentualnie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ponowienia wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny oferty,
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie oferty, która w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez S&T Services Polska sp. z o.o., wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz ewentualnie na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyjaśnień odwołującego, ewentualnie

poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę, która zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby nie naruszenia wskazane oraz opisane w odwołaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum Maxto oraz wykonawca S&T.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, iż art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pozwala na wzywanie do wyjaśnień, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego odnośnie istotnych części składowych ceny lub kosztu. Należy jednak

zauważyć, że odrzucenie oferty nie jest możliwe w oparciu o niedoszacowanie jednej tylko części składowej oferty. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wymaga wykazania wystąpienia rażąco niskiej ceny w zakresie całości oferty, a nie jej jednego elementu. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca dokonując kalkulacji ceny oferty większość zysków alokował w innych częściach oferty. W takim przypadku nawet niedoszacowanie jednej części składowej ceny oferty nie może automatycznie prowadzić do odrzucenia oferty jako całości. Tymczasem zamawiający zaniechał zbadania oferty odwołującego, jako całości pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że cena Dokumentacji Projektowej nie stanowi istotnego składnika ceny oferty. Świadczy o tym wymaganie zamieszczone w sekcji A formularza ofertowego „Łączna cena za wykonanie Dokumentacji Projektowej, o której mowa w Załączniku nr 1 do SIWZ nie może stanowić więcej niż 3% łącznej ceny Oferty”. Element ceny oferty, który nie przekracza 3% ceny nie może zostać uznany za istotny. Co zatem idzie, nawet gdyby uznać, że postawą odrzucenia może być stwierdzenie niedoszacowania części składowej ceny oferty, to nie dotyczy to elementu nieistotnego. Warto zauważyć, że przy cenie zaoferowanej przez odwołującego maksymalna wartość za Dokumentację Projektową mogła wynosić 300 000 zł (w zaokrągleniu). Odwołujący zaoferował kwotę 100 000 zł. Nawet gdyby przyjąć, że jest to kwota zaniżona o połowę, to wartość zniżenia stanowiłaby zaledwie 1% wartości całej oferty (w zaokrągleniu). Biorąc pod uwagę realia rynkowe, oczywistym jest, że takie, a nawet większe, zniżenie nie mogłoby zaważyć na rentowności realizacji zamówienia.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, iż w obszarze kosztów wytworzenia Dokumentacji Projektowej należy zwrócić uwagę na fakt podania przez zamawiającego bardzo szczegółowego i precyzyjnego opisu wymagań, co w połączeniu z doświadczeniem personelu odwołującego w zakresie realizacji analogicznych projektów, pozwoliło odwołującemu na wykonanie wstępnej wersji Dokumentacji Projektowej już na etapie przygotowania oferty. Pozwoliło to zasadniczo zredukować czas potrzebny na przygotowanie dokumentacji. Przykładowo, jeśli chodzi o makietę, to tego typu makietę powinna zostać wykonana przez wykonawcę na etapie Analizy wymagań. Kosztowałaby to pracę co najmniej 2 developerów przez 10 dni roboczych. Analityk, aby uzgodnić z klientem ostateczny wygląd interfejsu musiałby poświęcić na pracę z klientem co najmniej 4 dni intensywnej pracy. Ten etap dzięki dołączeniu makiety do wymagań w dokumentach przetargowych został skrócony o wskazany powyżej czas. W zakresie kalkulacji ceny oferty pozwoliło to zmniejszyć czas niezbędny do przygotowania dokumentacji i jej koszt. Dzięki tak precyzyjnie zdefiniowanym wymaganiom, odwołujący już na etapie przygotowywania oferty przygotował znaczącą część Dokumentacji Projektowej. Ponadto w ramach wypracowanych w u odwołującego standardów, już na etapie przygotowywania oferty, stosowana jest metodyka projektowa.

Standardy te precyzyjnie definiują jaki komplet dokumentów, później stanowiących wstępne wersje dokumentacji projektowej musi powstać przy kalkulacji oferty. To istotnie usprawnia późniejsze procesy dostarczenia wymaganej dokumentacji. Na koszty dokumentacji, w przypadku projektów realizowanych przez odwołującego, wpływają wykorzystywane w procesie realizacji projektu narzędzia. Bazując na standardach dokumentacji, dzięki doświadczeniom w realizacji innych projektów odwołujący ocenił, że standardowa dokumentacja będzie mogła być wykorzystana jako 50% dokumentacji docelowej wymaganej na potrzeby tego projektu. W obszarze testów integracyjnych, akceptacyjnych, testów funkcjonalnych i GUI praca będzie wykonywana prawie w 100% indywidualnie na potrzeby tego projektu. Ilość godzin niezbędnych do przygotowania dokumentacji Planu testów akceptacyjnych i testów integracyjnych została szczegółowo wyliczona i uwzględniona w podanej kalkulacji godzin. Biorąc pod uwagę, stosowaną już wielokrotnie w innych projektach, standaryzację procesu wytworzenia dokumentacji projektowej, w tym szczególnie standaryzację i automatyzację procesu odwołujący potwierdził podaną kalkulację kosztów wytworzenia Dokumentacji Projektowej oraz Dokumentacji Powykonawczej. Odnośnie wymaganej procedury odbiorczej Dokumentacji Projektowej w naszej wycenie uwzględniamy tylko i wyłącznie czasy wymagane do faktycznej pracy wynikającej z poszczególnych iteracji odbiorowych uwag. Kalkulacja obejmuje tylko ten czas, kiedy dokumentacja jest modyfikowana i przygotowywana do kolejnej iteracji. Czas oczekiwania na uwagi kolejnej iteracji nie jest w wycenie odwołującego kalkulowany jako koszt obciążający zamawiającego. Kalkulacja odwołującego, w każdym z obszarów oferty, w tym w obszarze przygotowania dokumentacji, dotyczy tylko i wyłącznie realnie wykonywanej pracy. Nasi specjaliści, w ramach prowadzonych przez nas prac projektowych są rozliczani w reżimie godzinowym. To oznacza, że w czas realizacji projektu wliczane są tylko te godziny, które specjalista rzeczywiście spędził na realizacji projektu. Biorąc to pod uwagę, odwołujący ocenił, że wymagana przez zamawiającego szczegółowa procedura odbiorowa Dokumentacji projektowej została należycie wyceniona i czas na realizację odbiorów w naszej ofercie został zamawiającemu zagwarantowany. W ocenie odwołującego zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, jeżeli miał wątpliwości, to mógł i powinien zwrócić się o wyjaśnienia uzupełniające, co jest jak najbardziej dopuszczalne w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W takim przypadku odwołujący udzieliłby odpowiedzi na wszystkie kwestie wywołujące wątpliwości zamawiającego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, zatem odwołujący w ramach składanych wyjaśnień winien był przedłożyć dowody, które w jego ocenie uzasadniają

przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i zasadność przedłożonych wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić - dla skutecznego wykazania nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Odwołujący był zobowiązany nie tylko wyliczyć, ale także udowodnić, czy choćby przekonująco uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Stopień ogólności podanych informacji przez odwołującego i ich niekompletność powoduje, iż nie mogą one stanowić wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 3 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2391/16; KIO 2392/16) „*okoliczność, że ceny jednostkowe w postępowaniu mają charakter wynagrodzenia ryczałtowego, nie zwalnia wezwanego wykonawcy od przedstawienia kalkulacji ceny oferty, przynajmniej w zakresie głównych czynników cenotwórczych oraz przedstawienia bezpośrednich dowodów ich ponoszenia na wskazanym poziomie*”. W przedmiotowej sprawie, nie sposób uznać, że ceny jednostkowe nie mają wpływu na cenę całkowitą oferty odwołującego. W innym wyroku (z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 61/14) KIO podkreśliła, iż „*zamawiający uprawniony jest do sformułowania zapytań w konkretnym zakresie (przedmiocie), rolą zaś wykonawcy jest wykazanie, również w żądanym aspekcie, że pomimo budzących wątpliwości zamawiającego np. cen jednostkowych jest w stanie wykonać zamówienie z odpowiednim zyskiem*”.

Zdaniem Izby, bezsporne jest, iż Dokumentacja Projektowa (niezależnie od procentowego udziału w cenie oferty) jest istotnym elementem zamówienia. Istotności nie należy interpretować wyłącznie w odniesieniu do ceny całej oferty, lecz do istotności elementu podlegającego wycenie. Również orzecznictwo KIO wskazuje w wyroku z dnia 19 października 2017 roku, KIO 2088/17, iż: „*Działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązane do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Uczciwe konkurowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej. Wykonawca składając wyjaśnienia zgodnie z żądaniami zamawiającego jest zobowiązany przedstawić wyliczenie istotnych części składowych ceny oferty, a zatem kalkulację kosztów, składających się na zaoferowane ceny. Wykonawca zobowiązany jest wykazać realnie ponoszone koszty oraz zysk. Dane takie pozwalałby na zestawienie kosztów z przychodami i umożliwiłyby pozytywną weryfikację ceny oferty odwołującego*”.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone przez odwołującego w zakresie Dokumentacji Projektowej nie odpowiadają warunkom udziału w postępowaniu, z których wynika, że zamawiający oczekiwał, iż wykonawca będzie dysponował co najmniej 16 osobami spełniającymi wymagania zawarte w 11 rolach. Posługując się tylko wymaganiami dla osób

należy zauważyć, iż odwołujący do pracy przy Dokumentacji Projektowej nie uwzględnił następujących ról:

- Zespół Analityków Biznesowych i UX - co najmniej 2 osoby,
- Zespół Architektów Systemu - co najmniej 3 osoby,
- Zespół do spraw bezpieczeństwa IT - co najmniej 1 osoba,
- Zespół do spraw integracji systemów - co najmniej 1 osoba,
- Zespół do spraw sieci LAN/WAN/SAN - co najmniej 1 osoba,
- Zespół do spraw wirtualizacji i systemów operacyjnych - co najmniej 2 osoby,
- Zespół ds. pamięci masowych - co najmniej 1 osoba,
- Zespół do spraw backup'u i archiwizacji - co najmniej 1 osoba,
- Zespół do spraw baz danych - co najmniej 1 osoba,

Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w zakresie: ról jakie dedykuje do przygotowania przedmiotowego zakresu - podał wyłącznie 4 osoby do przygotowania przedmiotowego zakresu Dokumentacji Projektowej.

Ponadto, zamawiający nie wyraził zgody na to, aby jedna osoba pełniła więcej niż jedną rolę. Powyższe jednoznacznie świadczy o niedoszacowaniu oferty i niezrozumieniu przedmiotu oferty przez odwołującego. Z załączonego przez odwołującego raportu „*Moja płaca*” ze stawkami wynagrodzeń - zaprezentował raport dotyczący wynagrodzeń dla stanowiska Archiwista, które to w żaden sposób nie odnosi się do procesu przygotowania Dokumentacji Projektowej nie było również wymagane przez zamawiającego.

Nadto, należy zwrócić uwagę, iż w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny odwołujący przedstawił stawki dla osób jako wynagrodzenie brutto dla pracownika, natomiast w treści odwołania posłużył się stwierdzeniem, iż: „*Nasi specjaliści, w ramach prowadzonych przez nas prac projektowych są rozliczani w reżimie godzinowym.*”. Z powyższego wynika, iż odwołujący planował posłużyć się pracownikami kontraktowi, rozliczanymi per godzina, a nie zaś w oparciu o umowę o pracę. Oznacza to również, iż wyjaśnienia odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny, posiadały błędne założenia jak i kalkulację.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez odwołującego, były na tak wysokim poziomie ogólności, iż nie sposób było przyjąć, że były wyczerpujące i poparte stosownymi dowodami. Izba stwierdziła, że odwołujący nie podołał ciężarowi wykazania, że cena przedstawiona w ofercie, w szczególności dotycząca dokumentacji projektowej nie jest ceną rażąco niską.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą podstawy do zastosowania wyjątku od zasady jednokrotnego wzywiania wykonawcy do wyjaśnienia RNC, albowiem odwołujący posiadał komplet informacji w jakim zakresie zamawiający miał wątpliwości. Nadto podnieść należy, iż odwołujący na rozprawie oświadczył, że większość prac dotyczących dokumentacji projektowej wykonał przed sporządzeniem oferty, a wartości tych prac (godzin pracy zespołu) nie wliczył do ceny

ofertowej, przyjmując, iż są to koszty ogólne funkcjonowania firmy. Jednakże działanie takie powoduje *de facto* niedoszacowanie ceny ofertowej, a w konsekwencji uznanie, że cena jest ceną rażąco niską.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z opisem do sekcji B.2. należało tam wymienić „oprogramowanie systemowe serwerów i oprogramowanie przeznaczone do zarządzania infrastrukturą dla serwerów (w tym również kasetowych), jeżeli jest oddzielone od sprzętu lub występuje w ofercie producenta jako zestaw opcjonalny dla zarządzania wybranymi, wbudowanymi cechami konstrukcji elementów serwerowych (również kaset serwerowych). W tabeli należy wymienić również oprogramowanie standardowe przewidziane do realizacji przedmiotu umowy.” Zdaniem odwołującego, SIEM przewidywany do wdrożenia nie mieści się w żadnej z wyżej wymienionych kategorii oprogramowania, w szczególności nie jest oprogramowaniem systemowym serwerów, oprogramowaniem do zarządzania infrastrukturą serwerów ani innym oprogramowaniem standardowym. Z tego też względu nie został on wskazany w formularzu ofertowym. Z samej treści cytowanego wyżej opisu do sekcji B.2 wynika, że nie każdy element przewidziany do realizacji zamówienia musiał być wyodrębniony w formularzu ofertowym. Zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienia w zakresie SIEM podejmując przedwczesną decyzję o odrzuceniu oferty. Zwrócenie się o wyjaśnienia w tym zakresie, z pewnością pozwoliłoby na wyjaśnienie kwestii wywołujących niepokój zamawiającego i umożliwiłoby wybór oferty najkorzystniejszej cenowo. W przypadku jeżeli powyższe rozumienie s.i.w.z. jest błędne, to należałoby uznać - przynajmniej z uwagi na brzmienie opisu do sekcji B.2 - że odwołujący omyłkowo nie wymienił SIEM w formularzu ofertowym. W takim przypadku zamawiający powinien był zwrócić się o wyjaśnienia do wykonawcy oraz dokonać poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy przy tym zauważyć, że wartość systemu SIEM na tle całej oferty jest znikoma i stanowi ułamek %.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.

W Załączniku D do SOPZ Zestawienie Minimalnych Ilości Komponentów Infrastruktury i Oprogramowania Dostarczanego w Ramach Realizacji Umowy oraz Wymagane Parametry Techniczne, Rozdział III, zamawiający zdefiniował oprogramowanie standardowe jakie jest zobowiązany dostarczyć wykonawca, a w wierszu 5 tabeli wymieniony jest System klasy SIEM. W sekcji B.2 oferty, ani w żadnej innej sekcji, odwołujący nie zamieścił wymaganych przez zamawiającego informacji nt. systemu klasy SIEM. System SIEM należy do kategorii

oprogramowania standardowego, gdyż nie jest oprogramowaniem wytwarzanym przez odwołującego (oprogramowanie gotowe „z półki” firm trzecich) i powinien być wskazany w ofercie zgodnie z treścią sekcji B.2 Infrastruktura serwerowa - oprogramowanie i oprogramowanie standardowe oraz treścią objaśnienia dla tej sekcji. Ponadto, zamawiający w czwartej kolumnie sekcji B.2 formularza ofertowego wskazał rodzaje oprogramowania, które należało wskazać w tej sekcji „Rodzaj komponentu* [O / Z / N / W / I / B / S]”, jednocześnie zamieścił wyjaśnienie pod tą tabelą i instrukcję do rozbudowy użytego słownika „*) - Należy podać rodzaj oprogramowania: - system operacyjny O - system wirtualizacji W - system backupu B, system SIEM S, oprogramowanie do zarządzania infrastrukturą serwerów kasetowych Z, oprogramowanie narzędziowe N, - inne I (należy rozszerzyć słownik i opisać to oprogramowanie, w tabeli użyć odpowiadającego mu indeksu)”.

Zadaniem odwołującego było przedstawienie w ofercie rodzaju i ilości oprogramowania potrzebnego przez niego do realizacji zamówienia, czego - jeśli przyjąć, że brak oprogramowania SIEM w ofercie jest omyłkowy - nie uczynił. W treści oferty nie ma żadnych przesłanek dla ustalenia rodzaju i liczby licencji oprogramowania SIEM. Tym samym zamawiający nie mógł zastąpić odwołującego w określeniu rodzaju i liczby licencji oprogramowania dla zrealizowania zamówienia, którą należało uwzględnić w ofercie i wykazać w zestawieniu szczegółowym do formularza ofertowego. Zdaniem Izby, nie znajduje tutaj również możliwość zastosowania art. 87 ust. 1 czy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem z żadnej części treści oferty nie wynika fakt zaoferowania rzeczzonego oprogramowania, a przyjmując, że wartość rynkowa systemu SIEM, w tym również wartość systemu SIEM ujęta w innych ofertach, jest jednym z istotniejszych elementów generujących koszt w dostarczanej infrastrukturze (wartość systemu SIEM w pozostałych ofertach wynosiła od 425.394,27 zł do 1.251.282,69 zł), zamawiający nie miał możliwości samodzielnie ustalić i poprawić elementu, którego *de facto* oferta nie zawierała.

Odwołujący, jako dowód złożył ofertę cenową od firmy współpracującej, która ofertę tą przygotowała dla odwołującego (dowód ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, dlatego też pełnej wersji został przekazany dla Izby i zamawiającego, natomiast w formie zanonimizowanej został przekazany przystępującym). Jednakże z dowodu tego wynika jedynie, że określona firma, w nawiązaniu do zapytania technicznego (odwołujący nie przedstawił dokumentu zawierającego zapytanie) przesyła ofertę na (...), a wycena wskazana w ofercie stanowi cenę całkowitą za wszystkie komponenty. Z dowodu nie wynika zatem, że odwołujący zaoferował w swojej ofercie oprogramowanie SIEM.

Dowodu nr 2, złożonego przez odwołującego na rozprawie Izba nie uwzględniła, albowiem dokument został złożony jedynie w języku angielski, bez tłumaczenia.

Ponadto odwołujący podniósł, iż w sekcji B.2 formularza ofertowego zaoferował serwery o liczbie rdzeni 192, zaś z wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wynika, że przewidziano 144 licencji. Odnosząc się do tych zarzutów, odwołujący zauważył, że zamawiający zarzucił niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. Jednakże zamawiający nie wykazał takiej niezgodności. Przeciwnie, swoje twierdzenia zamawiający opiera na treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, które nie stanowią przecież treści oferty. Już tylko z tej przyczyny zarzuty zamawiającego należy uznać za chybione.

Odwołujący wskazał, iż infrastruktura sprzętowa dostarczana na potrzeby zaprojektowanego rozwiązania składa się z 6 serwerów kasetowych Lenovo SN550. Zgodnie z przyjętą architekturą bazującą na wymaganiach zamawiającego opisanych w s.i.w.z., rozkład licencji Microsoft będzie następujący: Klaster A: w układzie Active-Active (4*16 - Klaster A) Maszyna nr 1 (32 core) + Maszyna nr 2 (32 core) Klaster B: w układzie Active-Active (4*16 Klaster B) Maszyna nr 3 (32 core) + Maszyna nr 4 (32 core) Serwer pod system klasy SIEM: (1*16 SIEM) Maszyna nr. 5 (16 core+16 core) - SIEM (16 core aktywne, zaś 16 core wygaszone jako zabezpieczenie w razie awarii) Klaster A/C w układzie Active - Pasive (4*16 z klastra A) Klaster A (32+32 core) + Maszyna nr 6 (32 core) nieaktywne - jako pasive Co łącznie daje 144 core MS Windows Server na 192 rdzeni fizycznych maszyn. „Nadmiarowe” 48 rdzeni będzie rdzeniami nieaktywnymi („zapasowymi”) - 32 rdzenie Maszyny nr 6 i 16 rdzeni Maszyny nr 5. Rdzenie nieaktywne zgodnie z zasadami licencjonowania nie muszą mieć przypisanych licencji. Klaster A/C będą realizowane w oparciu o wirtualizację z wykorzystaniem VMware. Architektura poszczególnych klastrów zakłada dwa węzły pracujące w trybie Aktywnym i jeden węzeł pracujący w trybie Pasywnym. Na potrzeby każdego z węzłów wykorzystane zostaną 2 maszyny fizyczne. W obszarze węzłów Aktywnych na potrzeby wirtualnych maszyn z systemem operacyjnym MS Windows 2016 std. dostarczamy licencje na 128 fizycznych rdzeni (cztery maszyny po 32 rdzenie każda). Trzeci węzeł pracujący jako pasywny w normalnym trybie pracy nie przejmuje obciążenia, jest wykorzystywany w sytuacji awarii maszyny fizycznej czyli tylko i wyłącznie w sytuacji przeniesienia obciążenia z jednego z węzłów aktywnych. Identyczne przeniesienie obciążenia i przełączenie z trybu pasywnego w aktywny przewidujemy w sytuacji standardowej procedury serwisowej, która również zakłada wyłączenie na ten czas jednej z maszyn fizycznych z klastrów aktywnych. W takiej sytuacji również mamy do czynienia z przeniesieniem obciążenia i wyłączeniem części zasobów z klastra aktywnego. Zgodnie z zasadami licencjonowania Microsoft dla środowisk wirtualnych licencja jest wymagana, gdy następuje załadowanie aktywnego wątku do pamięci komputera. Projektowane rozwiązanie spełnia wymogi licencjonowania Microsoft zapewniając każdorazowo pełne pokrycie licencjami na poziomie rdzeni maszyn fizycznych. Kolejnych 16 licencji na oprogramowanie serwerów Microsoft będzie wykorzystywane pod system SIEM. Jedna z pozostałych maszyn

fizycznych będzie wykorzystana pod środowisko systemu SIEM. Na potrzeby tego środowiska będzie wykorzystana pozostała licencja MS Windows 2016 Server. Reasumując ilość wymaganych licencji Microsoft dla tak zaprojektowanego środowiska wymaga pokrycia licencjami na system operacyjny Microsoft 144 rdzeni środowiska fizycznego: 128 licencji dla czterech Maszyn Klastra A oraz B i dodatkowo 16 licencji dla rdzeni dla środowiska systemu SIEM. Pozostałe 48 rdzeni nie podlega licencjonowaniu, gdyż są to rdzenie pasywne. Proponowana architektura oferowanego rozwiązania została opracowana należycie z wymaganą starannością, a przede wszystkim z gwarancją spełnienia wszystkich wymagań zamawiającego stawianych w s.i.w.z., zarówno w zakresie dostępności, wydajności, bezpieczeństwa jak i szybkości działania środowiska produkcyjnego.

Dowodu nr 3, złożonego przez odwołującego na rozprawie Izba również nie uwzględniła, albowiem w dokumencie tym zostały opisane warunki licencjonowania dotyczące prawa do odzyskiwania na wypadek awarii, tym samym dowód ten nie dotyczy przedmiotu sporu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.

W Załączniku D do SOPZ Zestawienie Minimalnych Ilości Komponentów Infrastruktury i Oprogramowania Dostarczanego w Ramach Realizacji Umowy oraz Wymagane Parametry Techniczne, Rozdział IV, punkt 13, wiersz 2 i 3 tabeli zostały zawarte wymagania dotyczące Serwerowych systemów operacyjnych. Zamawiający określił wymagania *„Oprogramowanie wraz z niezbędnymi licencjami (jeżeli dostarczane oprogramowanie ich wymaga) musi być przypisane do każdego rdzenia wszystkich procesorów fizycznych w serwerze kasetowym lub do każdego procesora fizycznego w serwerze kasetowym (zgodnie z modelem licencjonowania producenta), w ramach wszystkich serwerów lub klastra serwerów tego samego typu zainstalowanych w obudowie”* i *„Oprogramowanie wraz z niezbędnymi licencjami (jeżeli dostarczane oprogramowanie ich wymaga) musi uprawniać do użytkowania serwerowego systemu operacyjnego na każdym fizycznym serwerze kasetowym, w ramach wszystkich serwerów lub klastra serwerów tego samego typu zainstalowanych w obudowie”*.

W Sekcji B.2 pkt. 2 Infrastruktura serwerowa - oprogramowanie i oprogramowanie standardowe odwołujący zaoferował 9 licencji MS Windows Server 2016 std.

Odwołujący przekazał informację o trybie licencjonowania przesyłając wyjaśnienia w odpowiedzi na pismo zamawiającego. Odwołujący w wyjaśnieniach w formie dowodu zawarł informację o trybie licencjonowania oprogramowania jako MS Windows Server 2016 std (16 Core) - 9 lic. Zaoferowana liczba licencji, biorąc pod uwagę określony przez wykonawcę tryb licencjonowania, zapewnia licencjonowanie tylko 144 rdzeni procesorów (16 Core *9 lic). Odwołujący w Sekcji B.1 Infrastruktura serwerowa - sprzęt zaoferował serwery kasetowe o łącznej liczbie 192 rdzeni procesorów. Niezgodność polega na tym, że odwołujący zaoferował zbyt małą liczbę licencji do pełnego pokrycia licencyjnego

wszystkich procesorów fizycznych w serwerach kasetowych zgodnie z ww. wymaganiami zamawiającego.

Zdanie Izby deklaracja odwołującego o „*nadmiarowych*”, nieaktywnych 48 rdzeniach nie jest zgodna z zasadami licencjonowania producenta serwerowego systemu operacyjnego MS Windows Server 2016 std. Producent serwerowego systemu operacyjnego MS Windows Server 2016 std, w modelu licencjonowania bazującym na rdzeniach procesorów, zaoferowanym przez odwołującego wymaga licencjonowania wszystkich rdzeni procesorów w fizycznym serwerze, w którym będzie użytkowany serwerowy system operacyjny, niezależnie od scenariusza jego użycia (dowód złożony przez przystępującego S&T na rozprawie - sposób licencjonowania Windows Server 2016, wg. stanu na dzień 1 maja 2018 roku, obowiązujący również na dzień składania ofert). Tym samym stwierdzić należało, że odwołujący składając swoją ofertę, złożył ją w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego też zasadnie zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut nr 5 – naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie oferty, która w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W konsekwencji niepotwierdzenia się zasadności wyżej omawianych zarzutów, Izba stwierdziła o bezzasadności stawianego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego, związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

KIO 928/18

Dnia 7 maja 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MAXTO sp. z o.o. S.K.A., INFINITE sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*” lub „*konsorcjum Maxto*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty konsorcjum Maxto pomimo, że treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia ofert: S&T oraz Decsoft pomimo, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Maxto do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty i złożonych dokumentów;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert: konsorcjum Maxto, S&T oraz Decsoft,
- 4) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty konsorcjum Maxto;
- 5) nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert: S&T oraz Decsoft,
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz pozostałych dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę oraz w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty konsorcjum Maxto, oferta konsorcjum Maxto zajęła by pierwsze miejsce w rankingu ofert. Uwzględnienie odwołania spowoduje ponadto odrzucenie ofert S&T oraz Decsoft, które obarczone są nieusuwalnymi wadami i oferty te nie powinny konkurować z ofertą odwołującego. Uwzględnienie odwołania spowoduje zatem wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (po wezwaniu do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp). Kwestionowanie ofert znajdujących się na dalszych pozycjach zwiększa szanse odwołującego się na pozyskanie zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez konsorcjum Maxto. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy: S&T Services Polska sp. z o.o. oraz Decsoft S.A.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 – konsorcjum Maxto – oprogramowanie bazodanowe.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty konsorcjum Maxto wskazał, że w Załączniku D do SOPZ *„Zestawienie minimalnych ilości komponentów infrastruktury i oprogramowania dostarczanego w ramach realizacji umowy oraz wymagane parametry techniczne”, rozdział IV, punkt 16 zostały zawarte wymagania dotyczące oprogramowania bazodanowego. W formularzu cenowym złożonym przez Wykonawcę, w Sekcji B.2 Infrastruktura serwerowa oprogramowanie i oprogramowanie standardowe (ani w żadnym innym miejscu w ofercie) Wykonawca nie zaoferował oprogramowania bazodanowego.”*

Zdaniem odwołującego, decyzja zamawiającego jest wadliwa. Zamawiający pozostaje w błędzie twierdząc, że odwołujący nie zaoferował oprogramowania bazodanowego. Odwołujący wymagane zaoferowanie systemu bazodanowego - rozdział IV pkt 16 załącznika D do SOPZ spełnił, poprzez zaoferowanie w formularzu oferty, w tabeli B.2 wiersz 3 systemu operacyjnego SUSE Linux Enterprise w wersji 12. Oprogramowanie to zawiera

system bazodanowy MariaDB, który spełnia wszystkie wymagania zamawiającego. Informację o zawartości pakietu systemu operacyjnego można znaleźć na stronie producenta: https://www.suse.com/LinuxPackages/packageRouter.jsp?product=server&version=12&service_pack=&architecture=x86_64&package_name=index_group

Odwołujący, na rozprawie złożył szereg dowodów na okoliczności podnoszone w odwołaniu, tj.: w ramach dowodu nr 1 odwołujący złożył opis tego oprogramowania, oraz oświadczenie producenta oprogramowania Maria DB, oraz informację, ze strony internetowej w zakresie strategicznych partnerów technologii SLE. Jednakże z dowodów tych wynika jedynie, że oprogramowanie bazodanowe MariaDB jest wspierane przez SLE i jako jeden z dostępnych opcjonalnych wersji dostępne jest w ramach pakietu/zestawu SLE. Dowody te nie potwierdzają okoliczności podnoszonych w odwołaniu.

Ponadto odwołujący złożył następujące dowody (przy piśmie z dnia 30 maja 2018 roku):

- 1) Wyciąg z dokumentu Release Notes Suse Linux Enterprise Server 12 SP3 (najnowsza wersja zaoferowana przez konsorcjum Maxto) wraz z tłumaczeniem na okoliczność, że zaoferowane przez konsorcjum MAXTO oprogramowanie SUSE Linux Enterprise zawiera w sobie domyślną bazę danych Maria DB, dla której SUSE Linux zapewnia wsparcie - dowód nr 1;
- 2) Zrzuty ekranu z procesu instalacji oprogramowania SUSE Linux Enterprise wersja 12 na okoliczność, że oprogramowanie to zawiera w sobie domyślną bazę danych Maria DB - dowód nr 2;
- 3) Prezentacja procesu instalacji oprogramowania SUSE Linux Enterprise wersja 12 na okoliczność, że oprogramowanie to zawiera w sobie domyślną bazę danych Maria DB dowód nr 3 (przeprowadzony na rozprawie w dniu 6.6.2018 r.).

Dowody powyższe 1 i 2 nie potwierdzają okoliczności podnoszonych w odwołaniu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w załączniku D do SOPZ Zestawienie Minimalnych Ilości Komponentów Infrastruktury i Oprogramowania Dostarczanego w Ramach Realizacji Umowy oraz Wymagane Parametry Techniczne, rozdział III, zdefiniował Oprogramowanie Standardowe jakie jest zobowiązany dostarczyć wykonawca, a w wierszu 4 tabeli wymienione jest Oprogramowanie bazodanowe.

Odwołujący, był zobowiązany do wskazania w formularzu ofertowym, w Sekcji B.2. Infrastruktura serwerowa oprogramowanie i oprogramowanie standardowe oprogramowania standardowego przewidzianego do realizacji przedmiotu umowy. Ani w sekcji B.2 oferty odwołującego, ani w żadnej innej sekcji, odwołujący nie zamieścił wymaganych przez zamawiającego informacji nt. oprogramowania bazodanowego. Odwołujący w sekcji B.2 oferty wskazał wyłącznie serwerowy system operacyjny w postaci SUSE Linux Enterprise Server 12, który w żaden sposób nie wskazuje na konkretne oprogramowanie bazodanowe.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu próbuje dowieść, iż w związku z tym, iż zaoferował serwerowy system operacyjny w postaci SUSE Linux Enterprise Server 12 (SLE), to niejako automatycznie zaoferował również wymagane przez zamawiającego oprogramowanie bazodanowe. Zdaniem Izby okolicznością bezsporną jest fakt, że SLE jest rozbudowanym systemem operacyjnym, który w swoich zasobach (pakiecie/zestawie) zawiera różnego rodzaju dodatkowe oprogramowania. Jednakże, jak to zostało wykazane przez zamawiającego i przystępującego, każdorazowo przy instalacji tego systemu konieczne jest aby operator zaznaczył, że chce zainstalować oprogramowanie bazodanowe, jedno z dwóch dostępnych opcjonalnie. Dopiero po zaznaczeniu żądanej opcji dane oprogramowanie bazodanowe zostanie zainstalowane w raz z SLE. Skoro zatem coś, w tym przypadku oprogramowanie MariaDB, jest opcją w systemie to oznacza, że aby móc uznać, że zostało zaoferowane w ramach danego pakietu/zestawu należało taką opcję wyraźnie i jednoznacznie opisać w treści oferty, co zresztą zostało wyraźnie nakazane przez zamawiającego w s.i.w.z. Odwołujący takiego nakazu nie wykonał, dlatego też trudno byłoby uznać i przyjąć za wiarygodne twierdzenia odwołującego o zaoferowaniu oprogramowania MariaDB.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy to rozumieć w ten sposób, iż „niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego), a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.” (wyrok KIO z 28 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1189/17).

Zdaniem Izby, wada oferty przejawiająca się jej niezgodnością treściową z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter nieusuwalny i zasadniczy, której to wady nie da się sanować przy pomocy przepisu art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zastosowanie ww. przepisów prowadziłoby bowiem *de facto* do niedopuszczalnej negocjacji treści oferty odwołującego, po jej złożeniu. Z oferty odwołującego nie wynika bowiem jakakolwiek nieścisłość czy wątpliwość, która dawałaby podstawę do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Z oferty wprost wynika, że odwołujący nie zaoferował wymaganego przez zamawiającego oprogramowania bazodanowego, dlatego też słuszną i zasadną była decyzja zamawiającego o odrzuceniu tejże oferty. W ocenie Izby,

argumentacja odwołującego zmierzająca również do wykazania, że MariaDB jest wspierana przez SLE pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem ta okoliczność nie była powodem odrzucenia oferty odwołującego.

Izba odstąpiła od przeprowadzenia dowodu z wnioskowanej przez odwołującego prezentacji instalacji systemu SLE uznając, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na prawidłową ocenę okoliczności sprawy.

Zarzut nr 2 – konsorcjum Maxto - system SIEM.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty konsorcjum Maxto wskazał, że *„W Rozdziale II SOPZ Wymagania do architektury rozwiązania w domenie infrastrukturalnej w punkcie 6 Zamawiający określił wymagania wskazujące na konieczność stosowania wyłącznie serwerów kasetowych do realizacji przedmiotu zamówienia, z wyłączeniem serwerów stelażowych do obsługi komponentów podpisu elektronicznego i systemu backupu. W formularzu cenowym złożonym przez Wykonawcę w Sekcji B.2 Infrastruktura serwerowa - sprzęt - Wykonawca zaoferował 10 serwerów stelażowych Dell PowerEdge R440 do obsługi systemu klasy SIEM, co wskazuje na nie spełnienie wymogu określonego w powyższym wymaganiu.”*

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w załączniku D do SOPZ zawarł zestawienie minimalnych ilości infrastruktury i oprogramowania dostarczanego w ramach realizacji umowy oraz wymagane parametry techniczne. W tabeli (str. 4) tego dokumentu zostały zawarte ilości elementów infrastruktury sprzętowej, w której wskazano m.in.:

Obudowa aktywna serwerów kasetowych	1 szt.
Serwer kasetowy	6 szt.
Serwer stelażowy do obsługi biblioteki taśmowej	2 szt.

Zdaniem odwołującego, oferta konsorcjum Maxto spełnia te wymagania. Zaoferowano serwery wymagane przez zamawiającego w liczbie wskazanej przez zamawiającego. Serwery kasetowe, które wyspecyfikował zamawiający, i które zaoferował odwołujący, będą użyte do obsługi systemu SIEM. Dodatkowo na potrzeby instalacji tego systemu konsorcjum Maxto zaoferowało serwery stelażowe, co wynika z treści formularza ofertowego, sekcja B. 1, w której wpisano 10 dodatkowych serwerów stelażowych Dell PowerEdge R440. Takie rozwiązanie należy uznać za dopuszczalne, bowiem zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) w rozdz. II pkt 6 wskazał: *„Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby realizując przedmiot zamówienia stosował serwery kasetowe, tak by osiągnąć wysoki współczynnik konsolidacji i optymalizacji wykorzystania zasobów IT. Zamawiający dopuszcza stosowanie serwerów stelażowych wyłącznie w przypadku, gdy nie jest możliwe użycie serwerów kasetowych, ograniczając równocześnie zakres powyższego wyjątku do obsługi komponentów podpisu elektronicznego i systemu backupu”*. Odwołujący

skorzystał z tej możliwości i zaoferował serwery stelażowe dla celów instalacji systemu SIEM, które zamierza wykorzystać w zakresie obsługi komponentów podpisu elektronicznego i systemu backupu. W pozostałym zakresie do realizacji przedmiotu zamówienia wykorzystane zostaną zaoferowane serwery kasetowe. Tym samym nie zachodzi jakakolwiek sprzeczność treści oferty z wymaganiami zamawiającego. Oferta odwołującego opiewa na dwa rodzaje serwerów - kasetowe oraz stelażowe i urządzenia te zostaną rozdysponowane zgodnie z treścią s.i.w.z. Nie ma żadnych podstaw, aby twierdzić, że będzie inaczej. Podejście zamawiającego jest wadliwe bowiem jako właściwy punkt wyjścia należy przyjąć założenie, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze z zamiarem ukształtowania jej treści w sposób odpowiadający treści s.i.w.z., zmuszając w ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2013, sygn. akt KIO 665/13). Tymczasem w niniejszej sprawie zamawiający, w sposób niekorzystny dla wykonawcy przyjął, że wyłącznie dodatkowo zaoferowane serwery stelażowe zostaną użyte dla realizacji systemu SIEM, podczas gdy odwołujący zaoferował jednocześnie wymaganą liczbę serwerów kasetowych. Kwestia ta powinna co najwyżej być przedmiotem wyjaśnień. Z decyzją zamawiającego nie sposób się zgodzić, ponieważ dodatkowe serwery są rozwiązaniem korzystnym dla zamawiającego, zwiększają wydolność całego systemu. Odwołujący mógł poprzestać na zaoferowaniu wyłącznie minimalnej liczby serwerów - tak jak uczynił to wykonawca S&T oraz Decsoft. Tymczasem oferując dodatkowe serwery dla celów obsługi systemu SIEM w zakresie komponentów podpisu elektronicznego i systemu backupu (co wiąże się z dodatkowymi kosztami), jego oferta została bezpodstawnie odrzucona.

Odwołujący na rozprawie złożył na dowód, iż przyjęta koncepcja realizacji tego wymagania jest prawidłowa - koncepcję instalacji systemu, która została zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa. Złożył również oświadczenie dyrektora handlowego firmy McAfee, na okoliczność konieczności zaoferowania dodatkowych serwerów stelażowych w celu spełnienia w wymagań zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a następnie w piśmie procesowym z 30 maja 2018 roku wskazał, iż argumentacja przywoływana przez odwołującego w odwołaniu w tym zakresie jednoznacznie wskazuje, że odwołujący obecnie próbuje wskazać inne zastosowanie ww. serwerów niż pierwotnie zaplanował. Odwołujący nigdzie w ofercie nie wskazał innego zastosowania serwerów, w szczególności, że będzie je wykorzystywał do obsługi komponentów podpisu elektronicznego i systemu backupu, a wręcz odwrotnie wykazał wyłącznie zastosowanie dla systemu SIEM, co niestety stanowi o sprzeczności z treścią s.i.w.z.

Ponadto zamawiający podniósł, że odwołujący przedłożył na rozprawie w dniu 25 maja 2018 r. pismo Dyrektora Handlowego McAfee Security Poland sp. z o.o. stwierdzające,

że „dedykowane serwery stelażowe wraz z oprogramowaniem SIEM są typowymi appliance, a ich konfiguracja została dostosowana do wymagań technicznych danego projektu.”

Mając na uwadze wiedzę techniczną oraz doświadczenie zamawiającego, nie sposób zgodzić się z powyższym stwierdzeniem. Zgodnie ze specyfikacją produktu system McAfee SIEM Enterprise Security Manager, dostępną na stronie internetowej producenta tego systemu, w katalogu produktów systemu SIEM wskazane są dwie możliwości instalacji systemu McAfee SIEM Enterprise Security Manager:

- jeden typ to tzw. maszyna wirtualna (przeznaczona do instalacji na dowolnych serwerach),
- drugi to fizyczne urządzenie z oprogramowaniem (tzw. appliance) w różnych konfiguracjach, gdzie każda z pozycji posiada dedykowany numer katalogowy („Wymagania systemowe” - dowód nr 1).

Zgodnie z dokumentem „Przegląd sprzętu” (dowód nr 2), dedykowane urządzenia z oprogramowaniem do obsługi systemu McAfee SIEM Enterprise Security Manager (appliance) są dostarczane i firmowane (oznaczone) przez producenta. Wyraźne rozróżnienie dedykowanych przez producenta McAfee urządzeń wraz z oprogramowaniem do obsługi systemu SIEM (appliance), jak i oprogramowania do instalacji maszyn wirtualnych na innych serwerach jednoznacznie potwierdza również „Instrukcja instalacji” (dowód nr 3, tłumaczenie na str. 13 i 27).

Jak pokazują powyższe dowody, dostarczenie przez odwołującego serwerów Dell PowerEdge R440, które są urządzeniami dostępnymi w różnych konfiguracjach i na których można zainstalować różne systemy operacyjne („Dane techniczne” - dowód nr 4) nie są dedykowanymi przez producenta McAfee urządzeniami wraz z oprogramowaniem (appliance) służącymi do obsługi systemu SIEM.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut, Izba w szczególności zobowiązana była do oceny zarzutu odwołania (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), który bezpośrednio skorelowany jest z podstawą odrzucenia oferty odwołującego, podaną przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty. Odwołujący stawiając zarzut względem czynności zamawiającego wskazał, że zaoferował serwery stelażowe dla celów instalacji systemu SIEM, które zamierza wykorzystać w zakresie obsługi komponentów podpisu elektronicznego i systemu backupu, a w pozostałym zakresie do realizacji przedmiotu zamówienia wykorzystane zostaną zaoferowane serwery kasetowe.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego wskazał, iż odwołujący zaoferował 10 serwerów stelażowych Dell PowerEdge R440 do obsługi systemu klasy SIEM, co wskazuje na nie spełnienie wymogu określonego w powyższym wymaganiu.

W ocenie Izby, skoro zamawiający dopuścił możliwość zastosowania serwerów stelażowych wyłącznie w sytuacji, gdy nie jest możliwe użycie serwerów kasetowych i to wyłącznie do obsługi komponentów podpisu elektronicznego i systemu backupu, a treść oferty odwołującego zawierała określone rozwiązania, być może nieznanne zamawiającemu, to zamawiający w pierwszej kolejności winien zwrócić się do odwołującego w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie niezrozumiałej dla siebie treści oferty. Skoro bowiem oferta odwołującego zawiera pełne pokrycie sprzętowe dla realizacji przedmiotowego zamówienia, to sposób realizacji jego wytycznych mógł się różnić co do rozwiązań szczególnych, dedykowanych dla danego wykonawcy. Powyższe okoliczności potwierdzają dowody złożone przez odwołującego, tj. dowód nr 2 - koncepcja instalacji systemu, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i dowód nr 3 - oświadczenie dyrektora handlowego firmy McAfee. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, albowiem dokonał tej czynności przedwcześnie. Zdaniem Izby zamawiający, w przedmiotowej sprawie winien zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, a dopiero w konsekwencji uzyskanych wyjaśnień, mógłby podjąć decyzję w sprawie czynności odrzucenia tej oferty bądź utrzymania jej w postępowaniu.

Z uwagi na okoliczność, iż potwierdził się zarzut nr 2, jednocześnie nie potwierdził się zarzut nr 1 – oferta odwołującego nadal pozostaje ofertą odrzuconą. Izba nie nakazywała zamawiającemu unieważniania dokonanych czynności i wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień albowiem *de facto* nie zmieniły się okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy.

Zarzut nr 3 i 4 – wykonawca S&T – zasilacze awaryjne UPS oraz wsparcie producenta.

Odwołujący oświadczył, iż wycofuje przedmiotowe zarzuty, dlatego też Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Zarzut nr 5 – wykonawca S&T – zapory sieciowe klasy NGFW – konfiguracja Proxy (II.3.1.) oraz zarzut nr 7 – wykonawca S&T – zapory sieciowe klasy NGFW – Firewall (II.3.3.).

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z rozdziałem IV pkt 3 „Zapory sieciowe klasy NGFW” załącznika D do SOPZ zamawiający opisał wymagania w stosunku do tych urządzeń. Wykonawca S&T zaoferował w sekcji B.3 formularza ofertowego w pkt 3 zaporę sieciową FortiGate-1500D, która nie spełnia szeregu wymagań zamawiającego, tj. wiersz 17, 23, 31 tabeli w rozdz. IV pkt 3 „Zapory sieciowe klasy NGFW” załącznika D do SOPZ (str. 23 i nast.). Zaoferowane przez wykonawcę S&T urządzenie FortiGate-1500D umożliwia pracę jako proxy, ale bez modyfikacji parametrów poszczególnych protokołów, tym samym nie spełnia wymagania: *„Zapora sieciowa musi umożliwiać kontrolę i modyfikację wybranych*

parametrów poszczególnych protokołów (np. zablokowanie komendy POST dla http, zablokowanie możliwości transferu plików dla SSH itp.).” Jako dowód w sprawie, odwołujący na rozprawie złożył kartę katalogową systemu operacyjnego urządzenia oferowanego przez S&T Services, na okoliczność, iż urządzenie zaoferowane przez przystępującego S&T Services umożliwia kontrolę wybranych parametrów, natomiast nie umożliwia ich modyfikacji.

Odwołujący złożył również, jako dowód: zrzut ekranu urządzenia oferowanego przez przystępującego S&T Services (tzw. dashboard) na okoliczność, iż w urządzeniu tym brak jest możliwości (brak widżetów) wykonywanych ataków, print screen ze strony urządzenia oferowanego przez przystępującego S&T Services, z którego wynika, iż urządzenie to bez dodatkowego produktu, którym jest FortiAnalyzer nie spełnia wymagania zamawiającego dotyczącego możliwości sprawdzania sytuacji ruchu w sieci, co najmniej do 30 dni wcześniej, na te samą okoliczność - korespondencję e-mail prowadzoną z oficjalnym dystrybutorem urządzenia oferowanego przez S&T Services

Ponadto odwołujący wskazał, iż zaoferowane przez S&T urządzenie FortiGate-1500D nie realizuje funkcjonalności - Zapora sieciowa musi obrazować rodzaj wykrywanych aplikacji oraz wykrywane ataki - oraz - Zapora sieciowa musi umożliwiać porównanie aktualnego stanu ruchu w sieci z sytuacją w przeszłości (co najmniej do 30 dni wcześniej).

Zdaniem odwołującego, aby zapewnić obsługę wymienionych funkcjonalności w przypadku zastosowania rozwiązania typu FortiGate dodatkowo należałoby dostarczyć dodatkowy produkt tego samego producenta - FortiAnalyzer w postaci fizycznego *appliance* lub maszyny wirtualnej, które w obydwu przypadkach posiadają swój numer produktowy (part number) oraz do działania wymagają stosownej licencji (dodatkowy part number), natomiast żaden z tych elementów nie został wymieniony w formularzu ofertowym S&T, pomimo, że zamawiający zgodnie z opisem sekcji B.3 formularza ofertowego wymienienie takich elementów było konieczne. Dodatkowo zamawiający nie określił, że dopuszcza realizację ww. funkcjonalności na innym niż sama zapora sieciowa, dodatkowym zewnętrznym rozwiązaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż w jego ocenie, co znajduje potwierdzenie w oficjalnej dokumentacji producenta zapory sieciowej FortiGate 1500D, zapora sieciowa posiada wszystkie funkcjonalności wymagane w s.i.w.z. Zaoferowana zapora sieciowa pozwala zarówno na modyfikację wybranych parametrów poszczególnych protokołów sieciowych (zablokowanie komendy POST, jak i zablokowanie możliwości transferu plików dla SSH jest możliwe do zrealizowania za pomocą odpowiednich opcji w oprogramowaniu sterującym zapory sieciowej (dowód - fragment z dokumentacji producenta przetłumaczony na język polski).

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, iż oferowane przez przystępującego urządzenie wraz z odpowiednim oprogramowaniem nie umożliwia kontroli i modyfikacji wybranych

parametrów poszczególnych protokołów oraz nie jest dostępna funkcja obrazowania rodzaju wykrywanych ataków i porównania aktualnego ruchu w sieci z sytuacją, co najmniej 30 dni wcześniej. Zdaniem Izby, w ramach urządzenia dostępna jest funkcjonalność umożliwiająca dodawanie jak i usuwanie nagłówków HTTP konfigurowalne przez web-proxy profile, a zablokowanie komendy http post jest dostępne w profilu web filter. Ponadto zablokowanie transferu plików przez SSH jest możliwe przez kontrolę aplikacji wykrywającą SCP. Bezsporne jest, że oferowane urządzenie posiada funkcjonalność kontroli. Natomiast przez wyżej wskazane profile możliwe jest dokonywanie modyfikacji wybranych parametrów. Dowód złożony przez odwołującego, stanowiący standardową kartę katalogową systemu operacyjnego nie musi zawierać wszystkich opcji dostępnych dla tego oprogramowania.

Nadto wskazać należy, iż w postępowaniu odwoławczym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Skoro zatem odwołujący twierdzi, że oferta przystępującego jest sprzeczna z s.i.w.z. i na tej podstawie wnosi o odrzucenie oferty S&T, to powinien na tę okoliczność przedstawić dowody. Za dowód świadczący o braku spełnienia przez FortiGate 1500D wymagań s.i.w.z. nie można uznać złożonego printscreena zawierającego wersję demo innego niż zaoferowane przez odwołującego urządzenia - tj. FortiGate 2000E, podczas gdy przystępujący zaoferował FortiGate 1500D. Faktem powszechnie znanym jest to, że wersje demo posiadają okrojone funkcjonalności względem pełnych wersji systemów. Ponadto dowodem nie może być dokument, który dotyczy zupełnie innego urządzenia. Dowodem na poparcie podniesionych twierdzeń nie może być także wydruk z opisu systemu operacyjnego FortiOS 6.0, który dotyczy FortiAnalityzera, a nie FortiGate 1500D, który może być konfigurowalny w sposób zgodny z wymaganiami s.i.w.z. Zarzuty odwołującego uznać również należało za bezzasadne albowiem przystępujący na rozprawie wyraźnie oświadczył, iż przedmiotem jego oferty nie jest FortiAnalityzer, dlatego też w ofercie nie został on wymieniony, co w konsekwencji również powodował brak podania w ofercie part number'a.

Krajowa Izba Odwoławcza za wiarygodne uznała złożone przez przystępującego, jako dowód w sprawie na okoliczność wykazania, że zaoferowane urządzenie spełnia wymagania zamawiającego, oświadczenie dystrybutora FortiGate firmy Veracomp, od którego przystępujący otrzymał ofertę dedykowaną do przedmiotowego postępowania oraz oświadczenie producenta urządzenia FortiGate 1500 D – firmy Fortinet.

Przedmiotowe zarzuty, Izba uznała zatem za bezzasadne.

Zarzut nr 6 – wykonawca S&T – zapory sieciowe klasy NGFW – obsługa usługi katalogowej OpenLDAP (II.3.2.).

Odwołujący oświadczył, iż wycofuje przedmiotowy zarzut, dlatego też Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

Zarzut nr 8 – wykonawca S&T – sprzętowy moduł bezpieczeństwa HSM (II.4.).

Odwołujący oświadczył, iż wycofuje przedmiotowy zarzut, dlatego też Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

Zarzut nr 9 – wykonawca S&T – przełączniki aktywne 10GB Ethernet, moduły optyczne (II.5.).

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w rozdz. IV pkt 1 Przełączniki aktywne 10Gb Ethernet lit. D załącznika D do SOPZ (str. 5) opisał wymagania w stosunku do modułów optycznych, z podziałem na dwa typy, z podaniem ich liczby. Wykonawca S&T nie zaoferował żadnego z 2 typów wymaganych modułów optycznych - brak wskazania w sekcji B.3 formularza oferty. Nadto zgodnie z rozdz. IV pkt 1 Przełączniki aktywne 10Gb Ethernet lit. A wiersz 3 tabeli załącznika D do SOPZ (str. 5, 6) zamawiający wymagał: „Przełącznik musi być wyposażony w minimum 4-portowy moduł 10Gigabit Ethernet SFP+ Porty SFP muszą umożliwiać ich obsadzenie modułami 1000Base-T, 1000Base-SX, 1000Base-LX/LH zależnie od potrzeb Zamawiającego. Porty SFP+ muszą umożliwiać ich obsadzenie modułami 10GBase-SR, 10GBase-LR, 10GBase-LRM oraz modułami optycznymi GE (1000Base-SX, 1000Base-LX/LH). Zdaniem odwołującego wykonawca S&T zaoferował jedynie przełącznik, bez modułu - podany jest jedynie kod przełącznika, moduł ma już osobny kod (C3850-NM-4-10G) i nie jest wyposażeniem standardowym przełącznika, a zgodnie z opisem sekcji B.3 formularza ofertowego: *„W poniższej tabeli należy podać całą infrastrukturę dla serwerów kasetowych, obudowy, listwy zasilające PDU, urządzenia sieciowe LAN, SAN, konsole zarządzające, zasilacze LIPS, macierze, biblioteki taśmowe, zapory sieciowe, HSM'y oraz inne potrzebne komponenty, a także wyposażenie potrzebne do montażu i instalacji wszystkich urządzeń. Cena jednostkowa komponentu musi być podana wraz z 5-letnią gwarancją (dla Sprzętu).”*. Wobec powyższego oferta wykonawcy S&T podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią s.i.w.z., ponieważ nie zawiera wymaganych komponentów rozwiązania.

Jako dowód w sprawie odwołujący złożył - na okoliczność, iż moduły są odrębnymi urządzeniami od przełączników - specyfikację przełączników i modułów, a także *print screen* konfiguratora zakupów, z którego wynika, że moduły stanowią oddzielną pozycję zakupu, posiadają swój odrębny nr katalogowy. Na tę samą okoliczność złożył oświadczenie firmy ABCData autoryzowanego przedstawiciela producenta tych urządzeń.

Zamawiający w zakresie omawianego zarzutu podniósł, iż w załączniku D do SOPZ Zestawienie Minimalnych Ilości Komponentów Infrastruktury i Oprogramowania Dostarczanego w Ramach Realizacji Umowy oraz Wymagane Parametry Techniczne, rozdział III, pkt 1 Przełączniki aktywne 10Gb Ethernet zawarł wymagania dotyczące przełącznika aktywnego wraz z kompletem pozostałych elementów składowych, w tym modułów optycznych, niezbędnych do uruchomienia przełącznika. Oznacza to, że podając nazwę i model przełącznika w Sekcji B.3 oferty - Infrastruktura sprzętowa dla serwerów i szaf serwerowych, wykonawca S&T potwierdził, że dostarczone urządzenia posiadają zarówno wymagane licencje, kable, jak i moduły optyczne. Wykonawca S&T w 1 wierszu tabeli w Sekcji B.3 oferty jednoznacznie wskazał nazwę urządzenia spełniającego wymagania określone w s.i.w.z., a także dodatkowo potwierdził jego zgodność z konfiguracją określoną w SOPZ cyt. „w konfiguracji zgodnej z SOPZ”.

W związku z powyższym zamawiający nie stwierdził, żadnych niezgodności w tym zakresie, a ofertę wykonawcy S&T uznał za spełniającą wymagania zamawiającego i zgodną z s.i.w.z.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny. Wskazać bowiem należy, iż okolicznością bezsporną jest fakt, że moduły optyczne stanowią odrębny element (odrębny przedmiot), który można nabyć niezależnie od oferowanego przełącznika. Jednakże, jak to wykazał przystępujący S&T, są również inne elementy, które można nabyć w drodze zakupu, jako oddzielny przedmiot, a które także nie trzeba było wymieniać w treści oferty. W ocenie Izby, sformułowanie, którym posłużył się wykonawca S&T w korelacji z podaniem modelu przełącznika i jego producenta, w stopniu wystarczającym potwierdza spełnienie wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zgodności przedmiotu zamówienia z oczekiwaniami zamawiającego. Izba nie kwestionuje dowodów złożonych przez odwołującego, ale uznała, że potwierdzają one jedynie okoliczność już wcześniej wskazywaną, to jest odmienność produktową modułów od przełączników. Z całą mocą podkreślić należy, że dowody nie potwierdzają okoliczności sprzeczności treści oferty S&T z treścią s.i.w.z.

Nadto wskazać należy, iż wymóg, na który powołuje się odwołujący stanowił jeden z 20 różnych wymagań dotyczących tylko i wyłącznie konfiguracji przedmiotowego urządzenia, a przyjmując argumentację odwołującego, w formularzu należało wymienić wszystkie elementy wymienione w rozdz. IV pkt 1) lit. A-E Załącznika D do SOPZ, a których sam odwołujący nie wyspecyfikował w ofercie (np. lit. B i C).

Zarzut nr 10 – wykonawca Decsoft – wsparcie producenta (III.1.1.).

Odwołujący oświadczył, iż wycofuje przedmiotowy zarzut, dlatego też Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

Zarzut nr 11 – wykonawca Decsoft – wsparcie producenta (III.1.2.).

Odwołujący wskazał, iż wykonawca Decsoft zaoferował w formularzu ofertowym w sekcji B.2 Infrastruktura serwerowa - oprogramowanie i oprogramowanie standardowe w poz. 4 - 11 szereg oprogramowań pochodzących od podmiotów trzecich:

1) poz. 4 - wskazano na oprogramowanie WS02 Enterprise Integrator, poz. 5 - wskazano na oprogramowanie WS02 Governance Registry - takie oprogramowanie nie jest bezpłatne, ponieważ możliwość wykorzystania tego oprogramowania na rzecz realizacji przedmiotu zamówienia wymaga wykupienia subskrypcji. Oferta w tym zakresie jest zatem wadliwa, bowiem nie podano ceny za to oprogramowanie i za 5-letnie wsparcie techniczne. Z ostrożności odwołujący wskazał, że nawet gdyby nie było dostępne wsparcie producenta, to Decsoft powinien zapewnić własne wsparcie i je wycenić (zgodnie ze wskazanymi powyżej postanowieniami dokumentacji przetargowej);

2) poz. 6 - 11 zaoferowano szereg oprogramowań, wskazując, że jest to oprogramowanie bezpłatne. Cena tego oprogramowania powinna zostać podana ze wsparciem technicznym. Nawet jeśli samo oprogramowanie można nabyć bezpłatnie, to wtedy powinna zostać podana cena za wsparcie techniczne. W przypadku niemożliwości zapewnienia wsparcia producenta, Decsoft powinien zapewnić własne wsparcie i je wycenić (zgodnie ze wskazanymi powyżej postanowieniami dokumentacji przetargowej). Oferta w tym zakresie jest zatem wadliwa, bowiem nie podano ceny za to oprogramowanie i za 5-letnie wsparcie techniczne.

Wobec powyższego oferta Decsoft podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią s.i.w.z.

W ocenie Izby, zarzut odwołującego jest bezzasadny. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający wymagał, w treści oferty w sekcji B.2 Infrastruktura serwerowa, oprogramowanie standardowe - podania ceny jednostkowej komponentu wraz z 5-letnim wsparciem technicznym (dla oprogramowania systemowego i do zarządzania infrastrukturą serwerów oraz oprogramowania standardowego). Zaoferowane przez wykonawcę Decsoft w formularzu ofertowym w poz. 6-11 w sekcji B.2 Infrastruktura serwerowa - oprogramowanie standardowe wraz z 5-letnim wsparciem technicznym, zostało wycenione jako oprogramowanie bezpłatne. Każdy z wykonawców biorących udziałów postępowaniu kształtował cenę swojej oferty i jej składników według własnego uznania. Mimo, że wykonawca nie wykazał kosztów w tych pozycjach, nie stanowi to o sprzeczności ze specyfikacją, ani też nie podważa zobowiązania wykonawcy do gotowości świadczenia tego wsparcia. Taka praktyka w sektorze IT jest powszechna. Nadto podnieść należy, iż odwołujący nie udowodnił, że wykonawca Decsoft nie wycenił tego oprogramowania (mimo, że jak twierdzi odwołujący jest bezpłatne) oraz że wykonawca ten nie objął

wsparciem technicznym tego oprogramowania na 5 lat. Dlatego też przedmiotowy zarzut Izba uznała za niezasadny.

Zarzut nr 12 – wykonawca Decsoft – bramka SMS (III.2.).

Odwołujący podniósł, iż zamawiający wymagał zaoferowania sprzętowej bramki SMS, co wynika m.in. z następujących postanowień:

1) rozdz. II pkt 16 SOPZ (str. 15) - w brzmieniu ustalonym odpowiednią na pytanie nr #73 z dn. 16.02.2018 r.: *„Zamawiający wymaga od Wykonawcy dostarczenia Bramki SMS, która umożliwi masowe wysyłanie krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w liczbie co najmniej 5 SMS'ów na sekundę. W ramach konfiguracji systemu PUEUP musi być możliwość skonfigurowania systemu do wysyłania SMS'ów z wykorzystaniem dostarczonej Bramki SMS lub z wykorzystaniem zewnętrznych usług tego typu oferowanych przez operatorów. Dostarczona Bramka SMS musi być pozbawiona pojedynczego punktu awarii. Musi posiadać co najmniej następujące funkcjonalności: [...]”*.

2) rozdz. II pkt 2.2 SOPZ (str. 23) - w brzmieniu ustalonym odpowiednią na pytanie nr #36 z dn. 16.02.2018 r.: *„Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby komponenty Podpis Elektroniczny, Serwis Numeracyjny, Moduł Rozliczeń, Bramka SMS, Bramka E-mail wchodzące w skład platformy PUEUP, zostały zrealizowane w postaci wydzielonych podsystemów. Architektura tych podsystemów oraz proces ich realizacji musi być zgodny z wymaganiami określonymi w SOPZ dla aplikacji dedykowanych. W szczególności oznacza to, że:*

- *Nie jest dopuszczalne współdzielenie zasobów (do poziomu maszyny wirtualnej włącznie) pomiędzy tymi podsystemami oraz innymi Modułami PUEUP, również tymi, w których skład wchodzi,*
- *Dokumentacja dla każdego z wymienionych powyżej podsystemów, musi zostać utworzona w postaci dokumentów możliwych do wyodrębnienia z dokumentacji systemu PUEUP”*.

3) Załącznik F do SOPZ, rozdz. II wymaganie WN_Glo_034 (str. 93) - w brzmieniu ustalonym odpowiednią na pytanie nr #72 z dn. 16.02.2018 r.: *„Nazwa: Integracja z bramką SMS Opis: System wymaga integracji z bramką sprzętową SMS dostarczoną przez Wykonawcę i zainstalowaną w infrastrukturze UPRP w ramach Projektu PUEUP.*

Dodatkowo, System musi umożliwiać integrację z bramką SMS (o wysokiej przepustowości) zewnętrznego operatora.

System musi umożliwiać (poprzez konfigurację) wybór pomiędzy bramką sprzętową a bramką zewnętrznego operatora, a także zmianę operatora.”

Zdaniem odwołującego, wykonawca Decsoft nie zaoferował w swojej ofercie bramki sprzętowej SMS, co powoduje, że jego oferta jest sprzeczna ze wskazanymi powyżej wymaganiami i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, zarzut odwołującego jest bezzasadny. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w rozdziale II, punkt 16 SOPZ zawarł wymagania dotyczące bramki SMS. Jednocześnie w załączniku D do SOPZ zamawiający określił Zestawienie Minimalnych Ilości Komponentów Infrastruktury i Oprogramowania Dostarczanego w Ramach Realizacji Umowy oraz Wymagane Parametry Techniczne, które należało wycenić i wykazać w Formularzu Ofertowym. W katalogu tym zamawiający nie wyspecyfikował bramki SMS, pozostawiając wykonawcom dowolność w zakresie sposobu spełnienia tego wymagania, nie wskazując konkretnej implementacji w postaci samodzielnego urządzenia czy też komponentu lub komponentów w innych urządzeniach, czy też kombinacji sprzętowo-programowej bazującej na różnych urządzeniach lub komponentach. Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Decsoft nie zaoferował wymaganej bramki SMS. Izba nie kwestionuje również faktu, że na rynku dostępne są różnego rodzaju i typu bramki sprzętowe SMS, co wprost wynika z dokumentu złożonego przez odwołującego, w trakcie rozprawy.

Zarzut nr 13 i 14 – wykonawca Decsoft – sprzętowy moduł bezpieczeństwa HSM oraz przełączniki aktywne 10 GB Ethernet, moduły optyczne (III.3. i III.4.)

Analogicznie jak przy zarzutach dotyczących wykonawcy S&T

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego, związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: