

**Sygn. akt KIO 876/22**  
**KIO 888/22**

**WYROK**  
**z dnia 20 kwietnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez:

1. wykonawcę **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (sygn. akt KIO 876/22),**
2. wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa (sygn. akt KIO 888/22),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy (NASK), ul. Kolska 12, 01-045 Warszawa**

przy udziale:

1. wykonawcy **Linux Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 100, 00-807 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 876/22 i KIO 888/22 po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o: sygn. akt KIO 876/22 po stronie odwołującego i sygn. akt KIO 888/22 po stronie zamawiającego,
3. wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 876/22 po stronie odwołującego,
4. wykonawcy **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/22 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 1.2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 876/22, tj. zarzutu dotyczącego niezaoferowania przez wykonawcę Linux Polska licencji koniecznych do spełnienia wymogu uruchomienia klastrów Kubernetes w dwóch ośrodkach jednocześnie (Active/Active).
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2.5 i 2.6 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 888/22, tj.:
  - a) zarzutu dotyczącego naruszenia art. 72 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia pełnej dokumentacji ofertowej wykonawcy WASKO, tj. złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ewentualnie - uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy złożonych wyjaśnień r.n.c. (jeśli wykonawca zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia r.n.c. tajemnicą przedsiębiorstwa),
  - b) zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia przedstawionych przez wykonawcę COMP niżej wskazanych dokumentów (części dokumentów), zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w postaci:
    - 1) załącznika nr 3 do SWZ - tj. formularza cenowego w części dotyczącej informacji o oferowanym oprogramowaniu (nazwa oferowanego oprogramowania) - tabela: wiersz drugi, kolumna druga formularza cenowego,
    - 2) dokumentów pozwalających na identyfikację podmiotu trzeciego udostępniającego Wykonawcy COMP swoje zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia, w szczególności:
      - zobowiązania podmiotu do udostępnienia zasobów,
      - JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby,
      - pełnomocnictwa do reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby,
      - formularza ofertowego - pkt. 9 dotyczący nazw i adresów podwykonawców oraz części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy.
3. Oddala odwołania w pozostałym zakresie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (sygn. akt KIO 876/22)** i wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa (sygn. akt KIO 888/22)** i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (sygn. akt KIO 876/22)** i kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa (sygn. akt KIO 888/22)** tytułem wpisu od odwołań.

4.2. zasądza od wykonawcy **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (sygn. akt KIO 876/22)** na rzecz zamawiającego **Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego (NASK), ul. Kolska 12, 01-045 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i od wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa (sygn. akt KIO 888/22)** na rzecz zamawiającego **Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego (NASK), ul. Kolska 12, 01-045 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 876/22**

**KIO 888/22**

### **Uzasadnienie**

Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy (NASK) w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 27 września 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę i wdrożenie platformy kontenerowej na potrzeby usługi SaaS EZD RP”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 lutego 2022 r., nr 2022/S 030074462.

#### **KIO 876/21**

W dniu 28 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, zwany dalej „Odwołującym WASKO”, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Wykonawcą Linux Polska”, pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co stanowi naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący WASKO wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Linux Polska,
2. odrzucenia oferty Wykonawcy Linux Polska,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego WASKO.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący WASKO wskazał m.in., że treść oferty złożonej przez Wykonawcę Linux Polska jest niezgodna z warunkami zamówienia, wobec czego oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, podnosząc trzy zarzut.

Odnosnie pierwszego z nich (1.1.), tj. niezaoferowania systemu operacyjnego Odwołujący WASKO podniósł m.in., że zgodnie z ustalonym przez Zamawiającego wzorem

formularza cenowego, wykonawcy zobowiązani byli podać w tym formularzu nazwę oferowanego oprogramowania. Zgodnie z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu formularz cenowy jest dokumentem stanowiącym ofertę, a więc określającym treść oferty w znaczeniu ścisłym. Ze złożonego przez danego wykonawcę formularza cenowego wynika przedmiot oferty - tzn. jakie konkretnie oprogramowanie zostało Zamawiającemu zaoferowane. Wykonawca Linux Polska wypełnił formularz cenowy i zaoferował Zamawiającemu następujące oprogramowanie: „Rancher Management Server, per Instance, Standard Subscription, 5 year. Rancher, 10 Nodes, 5 year”. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę, instalację i konfigurację przez wykonawcę oprogramowania służącego do budowy całości systemu, wdrożenie oraz uruchomienie Systemu. Powyższego zakresu nie da się zrealizować bez systemu operacyjnego. Tymczasem żadna ze wymienionych pozycji nie jest systemem operacyjnym. Oznacza to, że system operacyjny nie został zaoferowany i nie jest objęty ofertą Wykonawcy Linux Polska. Czyni to ofertę tego Wykonawcy niekompletną. Dlatego też z uwagi na brak zaoferowania Zamawiającemu systemu operacyjnego oferta ta powinna podlegać odrzuceniu. Każdy wykonawca zobligowany był do zaoferowania systemu operacyjnego. System operacyjny jest oprogramowaniem, więc nazwa oferowanego systemu operacyjnego (jako oprogramowania) powinna zostać podana w formularzu cenowym. Jest to informacja stanowiąca treść oferty i określająca przedmiot przyszłego świadczenia wykonawcy. Brak podania przez Wykonawcę Linux Polska nazwy systemu operacyjnego nie może być interpretowana inaczej, jak tylko jako brak jego zaoferowania. Nie jest bowiem możliwe przyjęcie, że system operacyjny jest częścią lub jest wbudowany w zaoferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie Rancher. Gdyby (jakiś) system operacyjny został zaoferowany to stanowiłby dodatkową pozycję w formularzu cenowym wykonawcy Linux Polska, czyli byłaby to pozycja nr 3 w formularzu cenowym tego Wykonawcy. Z treści SWZ, w tym OPZ wynika, że do realizacji zamówienia musi być wykorzystany system operacyjny, a dodatkowo zaoferowane oprogramowanie musi obejmować na ten wykorzystany system operacyjny wsparcie. A ponadto Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 36 (wyjaśnienia z dnia 23.02.2022r) wskazał, że odsyła do dokonanej Zmiany nr 3 opublikowanej 21.02.2022 r., podając przykładowe rozwiązania spełniające wymagania. Zamawiający wskazał w szczególności na oprogramowanie Rancher (zaoferowane przez Linux Polska) oraz stwierdził, że oprogramowanie Rancher wspiera 3 systemy operacyjne: Ubuntu, RH7, SUSE. Oznacza to, że Wykonawca Linux Polska oferujący oprogramowanie Rancher mógł i powinien wpisać w formularzu cenowym jako oferowany system operacyjny jeden z trzech wyżej wymienionych systemów. Wykonawca Linux Polska nie wpisał żadnego, co oznacza, że żadnego nie zaoferował. Powyższego braku nie da się w żaden sposób uzupełnić. Ewentualna próba uzupełnienia oferty o system operacyjny byłaby zakazanym rozszerzeniem przedmiotu oferty po jej złożeniu. System operacyjny powinien być odrębną

pozycją wskazaną w formularzu cenowym w kolumnie „Oferowany przedmiot (nazwa oferowanego oprogramowania)”. System operacyjny to odrębna pozycja kosztowa, którą należało uwzględnić.

Odnosnie drugiego zarzutu (1.2.), tj. niezaoferowania przez Wykonawcę Linux Polska licencji koniecznych do spełnienia wymogu uruchomienia klastrów Kubernetes w dwóch ośrodkach jednocześnie (Active/Active) Odwołujący WASKO podniósł m.in., iż zaoferowane przez tego Wykonawcę oprogramowanie nie pozwala na spełnienie w/w wymagania. Formularz cenowy Wykonawcy Linux Polska zawiera pozycję Rancher Management Server dla pierwszego (z dwóch) ośrodków, lecz nie zawiera pozycji Rancher Management Server Additional dla drugiego ośrodka. W związku z powyższym złożona oferta jest niekompletna i powinna zostać odrzucona.

Odnosnie trzeciego zarzutu (1.3.), tj. braku wsparcia dla systemu operacyjnego Odwołujący WASKO podniósł m.in., że zgodnie z powszechnie dostępną dokumentacją oprogramowania Rancher, dostępną na stronach internetowych producenta tego oprogramowania, oprogramowanie Rancher nie obejmuje wsparcia dla jakiegokolwiek systemu operacyjnego.

W dniu 29 marca 2022 r. Zamawiający, za pośrednictwem Platformy zakupowej Zamawiającego, przesłał wykonawcom zawiadomienia o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

W dniu 31 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Linux Polska zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 31 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Wykonawcą S&T”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 1 kwietnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Wykonawcą COMP”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 11 kwietnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący WASKO na posiedzeniu w dniu 13 kwietnia 2022 r, oświadczył, iż cofa zarzut drugi odwołania (1.2.), tj. zarzut niezaoferowania przez Wykonawcę Linux Polska

licencji koniecznych do spełnienia wymogu uruchomienia klastrów Kubernetes w dwóch ośrodkach jednocześnie (Active/Active).

## **KIO 888/22**

W dniu 28 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym S&T”, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp zaniechań/czynności Zamawiającego polegających na:

### **w zakresie oferty Wykonawcy Linux Polska:**

1.1. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Linux Polska ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie związanym z:

- 1.1.1. zaoferowaniem oprogramowania nie zawierającego systemu operacyjnego, który to system operacyjny jest niezbędny do prawidłowego działania zaoferowanego produktu i wymagany postanowieniami Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej „OPZ”,
- 1.1.2. brakiem zaoferowania wsparcia producenta na system operacyjny wbrew postanowieniom OPZ,

### ***ewentualnie względem 1.1:***

1.2. zaniechaniu wezwania Wykonawcy Linux Polska do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu, związanego z zaoferowaniem produktu, zawierającego system operacyjny oraz w zakresie związanym ze spełnieniem wymogu, związanego z zapewnieniem wymaganego wsparcia producenta na system operacyjny;

### **w zakresie oferty Wykonawcy WASKO:**

1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę WASKO ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie związanym z:

- 1.3.1. zaoferowaniem rozwiązania (VMware Tanzu Standard Term Subscription wraz z 6 produktami opensource: Istio, HaProxy, ArgoCD, HashiCorp Vault, Kubeapps, Octant), nie spełniającego wymogu dotyczącego uwzględnienia w obszarach Leaders i Strong Performers ewaluacji The Forrester Wave™: Multicloud Container Developmnet Platforms, Q3 2020: <https://reDrints2.forrester.com/#!/assets/2/1681/RES157266/report>

1.3.2. zaoferowania oprogramowania ISTIO (produkt open source) bez wymaganego

wsparcia producenta rozwiązania,

*ewentualnie względem 1.3:*

- 1.4. zaniechaniu wezwania Wykonawcy WASKO do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu związanego z zaoferowaniem rozwiązania do zarządzania środowiskiem Kubernetes, uwzględnionego w obszarach Leaders i Strong Performers ewaluacji The Forrester Wave™: Multicloud Container Developmnet Platforms, Q3 2020:  
[httpDs://reDrints2.forrester.com/#/assets/2/1681/RES157266/reDort](http://reDrints2.forrester.com/#/assets/2/1681/RES157266/reDort) oraz w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu związanego ze wsparciem producenta rozwiązania (oprogramowanie ISTIO),
- 1.5. zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu S & T pełnej dokumentacji ofertowej Wykonawcy WASKO, tj. złożonych przez tego Wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ewentualnie - uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy złożonych wyjaśnień r.n.c. (jeśli wykonawca zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia r.n.c. tajemnicą przedsiębiorstwa),

w zakresie oferty Wykonawcy COMP:

- 1.6. zaniechaniu odtajnienia przedstawionych przez Wykonawcę COMP niżej wskazanych dokumentów (części dokumentów), zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w postaci:
- 1.6.1. załącznika nr 3 do SWZ - tj. formularza cenowego w części dotyczącej informacji o oferowanym oprogramowaniu (nazwa oferowanego oprogramowania) - tabela: wiersz drugi, kolumna druga formularza cenowego,
- 1.6.2. dokumentów pozwalających na identyfikację podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy swoje zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia, tj. w szczególności:
- zobowiązania podmiotu do udostępnienia zasobów,
  - JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby,
  - pełnomocnictwa do reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby,
  - formularza ofertowego - pkt. 9, dotyczący nazw i adresów podwykonawców oraz części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy,

*w konsekwencji:*

- 1.7. dokonaniu wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Wykonawcę Linux Polska,

Odwołujący S&T zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

w zakresie oferty Wykonawcy Linux Polska:

- 2.1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez



Wykonawcę Linux Polska ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie związanym z:

- 2.1.1. zaoferowaniem oprogramowania nie zawierającego systemu operacyjnego, który to system operacyjny jest niezbędny do prawidłowego działania zaoferowanego produktu i wymagany postanowieniami OPZ,
  - 2.1.2. brakiem zaoferowania wsparcia producenta na system operacyjny wbrew postanowieniom OPZ,
- 2.2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Linux Polska do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu, związanego z zaoferowaniem produktu, zawierającego system operacyjny oraz w zakresie związanym ze spełnieniem wymogu, związanego z zapewnieniem wymaganego wsparcia producenta na system operacyjny;

w zakresie oferty Wykonawcy WASKO:

- 2.3. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę WASKO jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie:

- 2.3.1. zaoferowaniem rozwiązania (VMware Tanzu Standard Term Subscription wraz z 6 produktami opensource: Istio, HaProxy, ArgoCD, HashiCorp Vault, Kubeapps, Octant), nie spełniającego wymogu dotyczącego uwzględnienia w obszarach Leaders i Strong Performers ewaluacji The Forrester Wave™: Multicloud Container Developmnet Platforms, Q3 2020:

<https://reDrints2.forrester.eom/#/assets/2/1681/RES157266/report>

- 2.3.2. zaoferowaniem oprogramowania ISTIO (produkt open source) bez wymaganego wsparcia producenta rozwiązania,

*ewentualnie względem 2.3.*

2.4. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy WASKO do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu związanego z zaoferowaniem rozwiązania do zarządzania środowiskiem Kubernetes, uwzględnionego w obszarach Leaders i Strong Performers ewaluacji The Forrester Wave™: Multicloud Container Developmnet Platforms, Q3 2020: oraz w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu związanego ze wsparciem producenta rozwiązania (oprogramowanie ISTIO);

- 2.5. art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu S& pełnej dokumentacji ofertowej Wykonawcy WASKO, tj. złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ewentualnie - uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy złożonych wyjaśnień r.n.c. (jeśli wykonawca zastrzegł złożone

przez siebie wyjaśnienia r.n.c. tajemnicą przedsiębiorstwa), czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania;

w zakresie oferty Wykonawcy COMP:

2.6. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwana dalej „znku”, poprzez zaniechanie odtajnienia przedstawionych przez wykonawcę COMP niżej wskazanych dokumentów (części dokumentów), zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w postaci:

2.6.1. załącznika nr 3 do SWZ - tj. formularza cenowego w części dotyczącej informacji o oferowanym oprogramowaniu (nazwa oferowanego oprogramowania) - tabela: wiersz drugi, kolumna druga formularza cenowego,

2.6.2. dokumentów pozwalających na identyfikację podmiotu trzeciego udostępniającego Wykonawcy COMP swoje zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia, w szczególności:

- zobowiązania podmiotu do udostępnienia zasobów,
- JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby,
- pełnomocnictwa do reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby,
- formularza ofertowego - pkt. 9 dotyczący nazw i adresów podwykonawców oraz części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy,

Odwołujący S & T wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

3.1. nakazanie Zamawiającemu:

3.1.1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych w postępowaniu ofert zgodnie z przepisami Pzp, w tym:

w zakresie oferty Wykonawcy Linux Polska:

3.1.2. odrzucenia oferty Wykonawcy Linux Polska ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie związanym z:

3.1.2.1 zaoferowaniem oprogramowania nie zawierającego systemu operacyjnego, który to system operacyjny jest niezbędny do prawidłowego działania zaoferowanego produktu i wymagany postanowieniami OPZ,

3.1.2.2 brakiem zaoferowania wsparcia producenta na system operacyjny wbrew postanowieniom OPZ,

*ewentualnie względem 3.1.2*

- 3.1.3. wezwania wykonawcy Linux Polsk do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu, związanego z zaoferowaniem produktu, zawierającego system operacyjny oraz w zakresie związanym ze spełnieniem wymogu, związanego z zapewnieniem wymaganego wsparcia producenta na system operacyjny;

w zakresie oferty Wykonawcy WASKO:

- 3.1.4. odrzucenia oferty Wykonawcy WASKO ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie związanym z zaoferowaniem rozwiązania (VMware Tanzu Standard Term Subscription wraz z 6 produktami opensource: Istio, HaProxy, ArgoCD, HashiCorp Vault, Kubeapps, Octant), nie spełniającego wymogu dotyczącego uwzględnienia w obszarach Leaders i Strong Performers ewaluacji The Forrester Wave™: Multicloud Container DevelopmnetPlatfor Q3 2020: <https://reprints2.forrester.com/#/assets/2/1681/RES157266/report> oraz zaoferowaniem oprogramowania ISTIO (produkt open source) bez wymaganego wsparcia producenta rozwiązania,

*ewentualnie względem 3.1.4:*

- 3.1.5. wezwania Wykonawcy WASKO do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu związanego z zaoferowaniem rozwiązania do zarządzania środowiskiem Kubernetes, uwzględnionego w obszarach Leaders i Strong Performers ewaluacji The Forrester Wave™: Multicloud Container Developmnet Platforms, Q3 2020: <https://reprints2.forrester.com/#/assets/2/1681/RES157266/report> oraz w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu związanego ze wsparciem producenta rozwiązania (oprogramowanie ISTIO),
- 3.1.6. udostępnienia Odwołującemu S&T pełnej dokumentacji ofertowej Wykonawcy WASKO, tj. złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ewentualnie - uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy złożonych wyjaśnień r.n.c. (jeśli wykonawca zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia r.n.c. tajemnicą przedsiębiorstwa);

w zakresie oferty Wykonawcy COMP:

- 3.1.7. odtajnienia w całości przedstawionych przez Wykonawcę COMP niżej wskazanych dokumentów (części dokumentów), zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w postaci:
- 3.1.7.1. załącznika nr 3 do SWZ - tj. formularza cenowego w części dotyczącej informacji o oferowanym oprogramowaniu (nazwa oferowanego oprogramowania) - tabela: wiersz drugi, kolumna druga formularza

cenowego,

3.1.7.2. dokumentów pozwalających na identyfikację podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy swoje zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia, tj. w szczególności: zobowiązania podmiotu do udostępnienia zasobów, JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, pełnomocnictwa do reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby oraz formularza oferty - pkt. 9 dotyczący nazw i adresów podwykonawców oraz części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy

3.2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego S&T zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odnosnie zarzutu zaoferowana przez Wykonawcę Linux Polska rozwiązania bez wymaganego systemu operacyjnego Odwołujący S&T podniósł, że wykonawca ten zaoferował rozwiązania złożone z Rancher Management Server, per Instance, Standard Subscription, 5 year oraz Rancher, 10 Nodes, 5 year, a zaoferowane subskrypcje Rancher Node nie zawierają systemu operacyjnego, który jest konieczny do działania Rancher. Potwierdzają to informacje podane przez SUSE na stronie internetowej. Powyższe wskazuje jednoznacznie na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku zaoferowania wsparcia producenta na system operacyjny Odwołujący S&T podniósł, że z informacji producenta wynika również, że w ramach licencji zaoferowanych przez Linux Polska, nie ma wymaganego przez Zamawiającego wsparcia producenta na jakikolwiek system operacyjny (w konsekwencji braku zaoferowania systemu operacyjnego nie sposób uwzględnić w ofercie wsparcie producenta na zaoferowany system operacyjny). Wykonawca Linux Polska nie zaoferował wsparcia producenta ani w ramach zaoferowanego oprogramowania, ani też jako produktu dodatkowego - na co wskazuje treść złożonego formularza cenowego, gdzie szczegółowo opisywano przedmiot oferty. Na marginesie Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie dodatkowego produktu na potrzeby spełnienia ww. wymogu, dotyczącego wsparcia producenta, co wynika z ust. 4.2 pkt 12 OPZ. Wykonawca Linux Polska nie zaoferował wymaganego wsparcia w żadnej z dostępnych konfiguracji.

Wobec powyższego Zamawiający powinien był wystąpić do Wykonawcy Linux Polska z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu, związanego z zaoferowaniem produktu, zawierającego system operacyjny oraz w zakresie związanym ze spełnieniem wymogu, związanego z zapewnieniem wymaganego wsparcia producenta na system operacyjny. Oczywiście z zastrzeżeniem braku możliwości

prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą (w zakresie wdrożonej procedury wyjaśniania treści oferty) negocjacji, dotyczących złożonej oferty i dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy WASKO wskazał, że wykonawca ten zaoferował w formularzu cenowym 1 produkt komercyjny VMware oraz 6 produktów opensource. Istotne pozostaje, że poszczególne komponenty zaoferowanego rozwiązania samodzielnie nie spełniają wszystkich wymagań, wynikających z OPZ. Jeśli chodzi o zaoferowany produkt VMware, to zgodnie z informacją producenta VMware (dostępną na stronie internetowej <https://tanzu.vmware.com/tanzu/compare>) wersja Standard TANZU nie zawiera wymaganych funkcji Service Mesh, Developer Frameworks, Data Service, Curated App Catalog, Container Build. Dlatego też wykonawca Wasko niejako „uzupełnił” produkt VMware o dodatkowe oprogramowania open source, spełniające funkcjonalności nie dostępne dla produktu VMware. Zaoferowane produkty w wersji open source (ze wsparciem community, a nie produkty komercyjne) odpowiadają za realizację określonych wymagań OPZ.

Niezależnie od tego, czy wykonawca oferuje w niniejszym postępowaniu jednolite rozwiązanie, czy też składające się z określonych komponentów, to konieczne jest bezwzględne spełnienie wymogów zawartych w OPZ zał. nr 1 do SWZ, rozdział 3, pkt 4 i rozdz. 4, pkt 4.2., ppkt 11. Z zdefiniowanego wymagania, określonego w rozdz. 3 pkt. 4 OPZ, wynika jednoznacznie, że rozwiązanie do zarządzania środowiskiem Kubernetes musi pochodzić od producenta, którego rozwiązania zostały uwzględnione w raporcie Foreстера. To samo niewątpliwie dotyczy komponentów oferowanego oprogramowania, które tworzą dane rozwiązanie (Zamawiający w przytoczonym ust. 4.1. ust. 1 lit. a) - j) jednoznacznie wskazał, jakich komponentów rozwiązania oczekuje). Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający oczekiwał rozwiązania homogenicznego. Homogeniczność w tym przypadku oznacza, że spełnienie tego wymogu narzuca na wykonawcę dobór składników oprogramowania, spełniających wymogi Zamawiającego ale z listy rozwiązań producentów uwzględnionych w przedmiotowym raporcie Foreстера. Tymczasem wykonawca WASKO dobrał do produktu VMware, który jest uwzględniony w raporcie Foreстера, inne składniki oprogramowania firm trzecich, które nie są uwzględnione w tym raporcie. Taki dobór powoduje, że powstałe w ten sposób funkcjonalności nie są zgodne z cytowanym wymogiem Zamawiającego, zawartym w rozdz.3 pkt 4 OPZ. Wymóg ten był jednoznaczny i wymagał, aby całe rozwiązanie było uwzględnione w raporcie Foreстера, a nie jakiś jego fragment czy też część.

Odnośnie zarzutu braku wsparcia producenta dla oprogramowania ISTIO Odwołujący S&T podniósł, że zgodnie z OPZ (rozdz. 4 ust. 4.1 pkt 1 zdanie ostatnie) w przypadku zaoferowania komponentów na bazie licencji bądź subskrypcji komercyjnych wymagane jest

zapewnienie wsparcia producenta rozwiązania. Tymczasem zaoferowany przez wykonawcę WASKO produkt ISTIO do spełnienia funkcji Service Mesh, nie posiada wsparcia producenta.

Wobec powyższego Zamawiający powinien był przynajmniej wystąpić do wykonawcy WASKO z wezwaniem do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie tego, w jaki sposób zaoferowane rozwiązanie zapewnia spełnienie wymogów dotyczących środowiska uruchomieniowego, a zwłaszcza wymogu wynikającego z rozdziału 3 pkt 4 OPZ. Wyjaśnienia wymagała również kwestia zapewnienia wsparcia producenta dla zaoferowanego oprogramowania ISTIO (produkt open source). Oczywiście procedura składania wyjaśnień może być wdrożona z zastrzeżeniem braku możliwości prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odnosnie zarzutu braku udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie przedmiotowych wyjaśnień Odwołujący S&T podniósł, że wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie pełnej dokumentacji ofertowej Wykonawcy WASKO wraz ze wszelką prowadzoną korespondencją między Zamawiającym a tym Wykonawcą. Z odpowiedzi Zamawiającego oraz z przekazanych dokumentów wynika, że Wykonawca WASKO był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z terminem do 10.03.2022 r. Jednak Zamawiający, wbrew cytowanemu wyżej przepisowi, nie udostępnił Odwołującemu złożonych przez Wykonawcę WASKO wyjaśnień ani też nie przekazał ewentualnego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień. Za takie uzasadnienie nie sposób uznać przekazanego Odwołującemu S&T dokumentu pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów”. Dokument ten ma bowiem charakter wstępu do samego zastrzeżenia, nie wynika z niego, jakie dokładnie dokumenty są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa ani też jakie jest uzasadnienie objęcia tajemnicą zastrzeganych dokumentów. Zresztą data złożenia podpisu na tym dokumencie (7.03.2022 r., dzień otwarcia ofert) wskazuje, że dotyczy on wyłącznie dokumentów składanych wraz z ofertą, nie zaś składanych później wyjaśnień. W związku z powyższym niniejszy zarzut, wobec braku udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień (ewentualnie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa tychże wyjaśnień) uznać należy za w pełni zasadny.

Odnosnie oferty Wykonawcy COMP Odwołujący S&T podniósł, że Wykonawca COMP nie podołał obowiązkowi wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, tym samym stwierdzić należy nieskuteczność jej zastrzeżenia. Wykonawca COMP zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkie informacje, pozwalające na identyfikację zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania (w tym oprogramowanie, licencje i

urządzenia, przede wszystkim: producenta, typ/model, part/product number) - tj. informacje zawarte w formularzu cenowym (załącznik nr 3 do SWZ - tabela: wiersz drugi, kolumna druga). W uzasadnieniu zastrzeżenia Wykonawca COMP nie wykazał ani jednej przesłanki istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji utajnionych w formularzu cenowym. Co więcej - uzasadnienie to odnosi się do „dopasowań urządzeń i ich konfiguracji” do wymagań określonych w zapytaniu ofertowym, podczas gdy niniejsze postępowanie procedowane było w trybie przetargu nieograniczonego. Wykonawca COMP powielił zatem bezrefleksyjnie uzasadnienie z innego postępowania, bez względu na specyfikę niniejszego zamówienia.

Odnosnie zaniechania odtajnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów i dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby oraz informacji w zakresie podwykonawstwa Odwołujący S&T podniósł m.in., że Wykonawca COMP zastrzegł również tajemnicą przedsiębiorstwa wszelkie informacje dotyczące lub pozwalające na identyfikację podmiotu trzeciego, udostępniającego Wykonawcy swoje zasoby w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia (w tym m.in. zobowiązanie podmiotu trzeciego, formularza JEDZ, informacji zawartych w pkt. 9 formularza oferty, dotyczących nazw podwykonawców i części zamówienia, przeznaczonych do wykonania podwykonawcy). Wykonawca COMP tylko z faktu podjęcia współpracy z podmiotem, nie będącym podmiotem publicznym, wywodzi prawo do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zarówno informacji o poleganiu w niniejszym postępowaniu na zasobach podmiotu trzeciego oraz wszelkich innych informacji dot. rodzaju przekazywanych zasobów oraz dot. samego podmiotu udostępniającego, jak również części zamówienia powierzonego temu podmiotowi do realizacji. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Sam fakt polegania za zasobach podmiotu trzeciego podlega bezwzględnemu ujawnieniu w postępowaniu, natomiast szczegółowe informacje dot. podmiotu trzeciego, przekazywanego zasobu oraz części zamówienia, jaka zostanie powierzona temu podmiotowi do wykonania w ramach podwykonawstwa - podlegają zastrzeżeniu jako tajemnica - o ile wykonawca wykaże istnienie przesłanek tej tajemnicy. Sam fakt podjęcia współpracy z podmiotem niepublicznym nie skutkuje automatycznym objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów. Tymczasem na gruncie niniejszego postępowania Wykonawca COMP nie sprostał obowiązkowi wykazania tej tajemnicy. Jeżeli chodzi o zastrzeżenie zakresu czynności, które zostaną powierzone do wykonania podwykonawcy, należy wskazać co następuje. Biorąc pod uwagę, że przedmiot umowy, która ma zostać zawarta z Zamawiającym, jest jawny i każdy z wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia wie, co wchodzi w jego zakres, trudno uznać te czynności za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można bowiem uznać, że zakres przedmiotu zamówienia nie jest powszechnie znany albo nie jest łatwo dostępny dla

innych wykonawców, a w konsekwencji za nieznaną czy niełatwo dostępną nie można uznać jakiegoś wycinka powszechnie znanego zakresu czynności. Brak jest ponadto podstaw, dla których należałoby uznać za zasadne objęcie tajemnicą informacji, wskazujących na to, które ze znanych wykonawcom czynności samodzielnie Wykonawca COMP, a które jego podwykonawca. Informacja taka z pewnością nie ma charakteru wrażliwego, choćby ze względu na swoją ogólność. Nie wiadomo też, jaką to wartość organizacyjną, gospodarczą czy techniczną ma mieć tego rodzaju informacja. Informacje te zatem w żaden sposób nie wypełniają przesłanek określonych dla tajemnicy przedsiębiorstwa w art. 11 ZNKU. Brak ujawnienia chociażby procentowej części zamówienia, przekazanej do realizacji podwykonawcom, uniemożliwia chociażby ocenę tego, czy czasami wykonawca nie będzie realizował zamówienia w całości z zaangażowaniem podwykonawstwa. Równie niezasadne jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa nazwy (firmy) podwykonawcy, z którym zamierza współpracować Wykonawca COMP w przypadku pozyskania Zamówienia i który udostępni swe zasoby temu wykonawcy. Nie sposób uznać takich informacji, jak sama nazwa podmiotu trzeciego (podwykonawcy), rodzaj przekazywanego zasobu oraz zaangażowania tego podmiotu w realizację zamówienia - za informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są dostępne dla takich osób. W konsekwencji uznania, że powyższe informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy COMP zasadnym jest wniosek Odwołującego S&T o odtajnienie i udostępnienie takich dokumentów jak: zobowiązanie podmiotu trzeciego, formularz ofertowy (w całości), złożony przez podwykonawcę formularz JEDZ, i wszelkie inne złożone przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu dokumenty, dotyczące tego podmiotu.

W dniu 30 marca 2022 r. Zamawiający, za pośrednictwem Platformy zakupowej Zamawiającego, przesłał wykonawcom zawiadomienia o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

W dniu 31 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) Wykonawca Linux Polska zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 1 kwietnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) Wykonawca COMP zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.



W dniu 1 kwietnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) Wykonawca WASKO zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 11 kwietnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 2.5 oraz 2.6, jednakże z uwagi na brak ich wpływu na wynik postępowania nie dokonuje unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego WASKO i Odwołującego S&T w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców: Linux Polska do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 876/22 i KIO 888/22 po stronie Zamawiającego; COMP do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 876/22 po stronie Odwołującego i KIO 888/22 po stronie Zamawiającego; S&T do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 876/22 po stronie Odwołującego i WASKO do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 888/22 po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7

ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy. Izba dopuściła także zawnioskowane i załączone do ww. pism dowody, w tym dowody złożone przez uczestnika postępowania, tj. załączone do pisma procesowego Wykonawcy Linux Polska oświadczenie SUSE Polska Sp. z o.o. z dnia 6 kwietnia 2022 r. z dwoma załącznikami (załącznik nr 1 – Informacja ze strony SUSE wraz z tłumaczeniem) (dowód nr 6).

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Strony i uczestników postępowania odwoławczego dowody, tj.:

- Oświadczenie vmware Vmware Poland Sp. z o.o. z dnia 12 kwietnia 2022 r. z kopią pełnomocnictwa oraz pełnego odpisu z KRS(dowód nr 1);
- Zrzut ze strony Vmware Tanzu – 4 strony (dowód nr 4);
- Oświadczenie vmware Vmware Poland Sp. z o.o. z dnia 12 kwietnia 2022 r. (dowód nr 5).

Izba nie dopuściła zawnioskowanych i złożonych w trakcie rozprawy przez Odwołującego WASKO (dowód nr 2) i Odwołującego S&T (dowód nr 3) dowodów, tj.:

- dokumentu w języku angielskim zatytułowanego „Terms and Conditions” z przetłumaczonym cytatem (str. 7 ) (dowód nr 2),
- dokumentu w języku angielskim zatytułowanego „The Forrester Wave” z przetłumaczonymi czterema nazwami (str. 2 ) (dowód nr 3).

Izba nie może się bowiem oprzeć na dowodzie z dokumentu sporządzonym w języku obcym. Zgodnie z art. 506 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim i wszystkie dokumenty w tym języku powinny być przedstawione. Jeżeli natomiast zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik, który się na nie powołuje przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Przedstawione dokumenty zostały wybiórczo ( w bardzo ograniczonym zakresie) przetłumaczone i w toku rozprawy do ich tłumaczenia zgłaszano już zastrzeżenia. Wobec powyższego dokumenty te nie będą brane przez Izbę pod uwagę przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy.

Izba oddaliła wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, uznając iż kwestie, które mają być przedmiotem opinii biegłego nie wymagają wiadomości specjalnych, ale

interpretacji treści dokumentów. Tak więc dopuszczenie tego dowodu prowadzioby jedynie do przewlekłości postępowania.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2.5 i 2.6 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 888/22, tj.:

1. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 72 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia pełnej dokumentacji ofertowej wykonawcy WASKO, tj. złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ewentualnie - uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy złożonych wyjaśnień r.n.c. (jeśli wykonawca zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia r.n.c. tajemnicą przedsiębiorstwa),
2. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia przedstawionych przez wykonawcę COMP niżej wskazanych dokumentów (części dokumentów), zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w postaci:
  - a) załącznika nr 3 do SWZ - tj. formularza cenowego w części dotyczącej informacji o oferowanym oprogramowaniu (nazwa oferowanego oprogramowania) - tabela: wiersz drugi, kolumna druga formularza cenowego,
  - b) dokumentów pozwalających na identyfikację podmiotu trzeciego udostępniającego Wykonawcy COMP swoje zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia, w szczególności: zobowiązania podmiotu do udostępnienia zasobów, JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, pełnomocnictwa do reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby oraz formularza ofertowego - pkt. 9 dotyczący nazw i adresów podwykonawców oraz części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy,

wobec uwzględnienia odwołania w ww. zakresie przez Zamawiającego i braku sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów przez wykonawców, którzy przystąpili do postępowania po stronie zamawiającego, zostało umorzone na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący WASKO cofnął na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w sprawie o sygn. akt KIO 876/22 zarzut drugi odwołania (1.2.), tj. zarzut niezaoferowania przez Wykonawcę Linux Polska licencji koniecznych do spełnienia wymogu uruchomienia klastrów Kubernetes w dwóch ośrodkach jednocześnie (Active/Active). Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie zostało umorzone.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

**Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Linux Polska ze względu na zaoferowanie programu niezawierającego systemu operacyjnego ( zarzut 1.1. odwołania w sprawie KIO 876/22 i zarzut 2.1., ppkt 2.1.1. odwołania KIO 888/22) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem XI „Opis sposobu przygotowania oferty”, pkt 6 „Ofertę stanowi:

1. Formularz Ofertowy (Załącznik nr 2 do SWZ),
2. Formularz Cenowy (Załącznik nr 3 do SWZ),”

Zamawiający w rozdziale XIV „Opis sposobu obliczenia ceny” podał:

1. Wykonawca podaje cenę oferty zgodnie z wymaganiami wynikającymi z Formularza ofertowego.
2. Cena oferty musi być wyliczona w oparciu o „Formularz cenowy”, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ.

Zamawiający w załączniku nr 3 do SWZ „Formularz cenowy” wymagał m.in. podania „Oferowanego przedmiotu (nazwy oferowanego oprogramowania)” dla 4 wyspecyfikowanych pozycji przedmiotu zamówienia, gdzie w pozycji 1 wskazano „Oprogramowanie (zgodnie z treścią SOPZ i Wzoru umowy)” oraz „Wartości netto – zł”, „Wartości podatku VAT – zł” oraz „Wartości brutto – zł [3 + 4]”.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, podał w punktach: 4.2.11 i 4.2.12:

„4.2.11. Zaoferowane oprogramowanie musi obejmować wsparcie na system operacyjny wykorzystany na potrzeby powoływania klastrów Kubernetes.

4.2.12. Zaoferowanie rozwiązanie musi posiadać funkcjonalność wyboru innego systemu operacyjnego na potrzeby środowiska uruchomieniowego, wspierany musi być zestaw co najmniej 2 dystrybucji z wymienionych poniżej: Ubuntu,RH7,Photon,Suse,RHEL CoreOS.”

Wykonawca Linux Polska w złożonym „Formularzu cenowym”, poz. 1 wpisał:

- „1. Rancher Management Server, per Instance, Standard Subscription, 5 year
2. Rancher, 10 Nodes, 5 year”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W „Formularzu oferty” wykonawcy oświadczali, że „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego” oferują, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ i na warunkach określonych we Wzorze umowy, (...) w ramach realizacji Etapu 1 „Dostawę Oprogramowania”. Przedmiot zamówienia obejmował bowiem dostawę oprogramowania, jego wdrożenie i uruchomienie.

Wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą także wypełniony „Formularz cenowy”, w którym należało podać cenę „oferowanego przedmiotu (nazwę oferowanego oprogramowania)” (kolumna 2), w tym dla wskazanego w pozycji 1 przedmiotu zamówienia, tj. „Oprogramowanie (zgodnie z treścią SOPZ i Wzoru umowy).” Formularz stanowił więc część oferty. W formularzu tym należało wpisać nazwę zaoferowanego oprogramowania i jego cenę. I temu tylko służył „Formularz cenowy”. Taki też sposób wypełnienia formularza wykonawcy uznali za właściwy. W tym zakresie na wcześniejszym etapie postępowania nie składali bowiem żadnych pytań. A ponadto Zamawiający ani w OPZ, ani też w SWZ nie zamieścił żadnych informacji dotyczących sposobu wypełnienia formularza. Sposób wypełnienia był więc jasny i oczywisty. Należało podać nazwę oferowanego przedmiotu (nazwę oferowanego oprogramowania) i jego cenę. Tak też postąpił Wykonawca Linux Polska. Podał nazwę oprogramowania i jego cenę. Formularz nie precyzował bowiem w jaki sposób należy go wypełnić. Z jego treści nie wynikał także wymóg wyspecyfikowania wszystkich komponentów oprogramowania, w tym także będącego przedmiotem sporu systemu operacyjnego i bezpłatnych komponentów oprogramowania a jedynie podania nazwy oferowanego oprogramowania i ceny. Wymóg, na który obecnie wskazują obydwaj Odwołujący się wykonawcy, nie wynikał z SWZ, ani też z OPZ. Wykonawca Linux Polska, zgodnie z wymogiem formularza, wskazał zaoferowane oprogramowanie i jego cenę. Nie wskazał natomiast – wobec braku takiego wymogu – systemu operacyjnego będącego komponentem bezpłatnym, mimo że zaoferowane przez niego rozwiązanie takie komponenty także zawiera. Jak bowiem podkreślił Wykonawca Linux Polska przedmiot zamówienia czyli oprogramowanie do zarządzania klastrami Kubernetes miał być uwzględniony w obszarach Leaders i Strong Performers ewaluacji The Forrester Wave™: Multicloud Container Development Platforms, Q3 2020: <https://reprints2.forrester.com/#/assets/2/1681/RES157266/report>, uwzględnionej w raporcie Forrestera, co oznacza, że wykonawca powinien wskazać takie oprogramowanie, które spełnia wymagania zamieszczone w raporcie Forrestera i takie oprogramowanie, oprogramowanie umieszczone w podanym raporcie, Wykonawca Linux Polska wskazał. W raporcie Forrestera, jak dalej podał, nie są uwzględniane żadne systemy operacyjne.

Podkreślić przy tym należy, że „Formularz cenowy” pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie był identycznie wypełniony. Jedni wykonawcy wpisali nazwę oprogramowania i jego poszczególne komponenty, w tym i te bezpłatne, inni tylko nazwy oprogramowania. Odwołujący WASKO podał w toku rozprawy, że w skład wskazanego przez niego w „Formularzu cenowym” oprogramowania wchodzi system operacyjny, na dowód czego złożył oświadczenie producenta tego oprogramowania. Oznacza to, że komponent ten (system operacyjny) także w formularzu tego wykonawcy (Odwołującego WASKO) nie był jednoznacznie wskazany, a więc i w tym przypadku nie jest

oczywiste jego zaoferowanie. Odwołujący S&T oświadczył także, że system operacyjny jest komponentem zaoferowanego i przez niego oprogramowania. Na niekonsekwencję Odwołujących w tym zakresie wskazał Zamawiający na rozprawie, podnosząc że obydwaj Odwołujący się wykonawcy również jednoznacznie nie wyspecyfikowali w złożonych „Formularzach cenowych” systemu operacyjnego, co faktycznie ma miejsce.

W kontekście powyższego brak jest jakichkolwiek podstaw do kwestionowania prawidłowości wypełnienia „Formularza cenowego” Wykonawcy Linux Polska i twierdzenia, że nie wskazał w nim wymaganego systemu operacyjnego. Brak jest bowiem postanowień SWZ, z których taki wymóg jednoznacznie by wynikał. Powołane postanowienia pkt 4.2.11 i 4.2.12 OPZ nie wskazują na obowiązek podania w „Formularzu cenowym” systemu operacyjnego, jego zaoferowania, a wynika z nich jedynie to, że zaoferowane rozwiązanie ma wspierać system operacyjny, jak i posiadać funkcjonalność wyboru innego systemu operacyjnego. A tym samym powołane definicje określonych pojęć i postawienia OPZ nie stanowią podstawy do innego rozumienia „Formularza cenowego” i tego co powinno być w nim wskazane. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Linux Polska ze względu na brak zaoferowania wsparcia producenta na system operacyjny (zarzut 1.3. odwołania w sprawie KIO 876/22 i zarzut 2.1., ppkt 2.1.2. odwołania w sprawie KIO 888/22) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem XI „Opis sposobu przygotowania oferty” wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą „Formularz Cenowy” (Załącznik nr 3 do SWZ).

Zamawiający w załączniku nr 3 do SWZ „Formularz cenowy” wymagał m.in. podania „Oferowanego przedmiotu (nazwy oferowanego oprogramowania)” dla 4 wyspecyfikowanych pozycji przedmiotu zamówienia gdzie w pozycji 1 wskazano „Oprogramowanie (zgodnie z treścią SOPZ i Wzoru umowy)” oraz „Wartości netto – zł”, „Wartości podatku VAT – zł” oraz „Wartości brutto – zł [3 + 4]”.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, podał w punktach 4.2.11 oraz 4.2.12:

„4.2.11. Zaoferowane oprogramowanie musi obejmować wsparcie na system operacyjny wykorzystany na potrzeby powoływania klastrów Kubernetes.

4.2.12. Zaoferowane rozwiązanie musi posiadać funkcjonalność wyboru innego systemu operacyjnego na potrzeby środowiska uruchomieniowego, wspierany musi być zestaw co najmniej 2 dystrybucji z wymienionych poniżej: Ubuntu,RH7,Photon,Suse,RHEL CoreOS.”

Wykonawca Linux Polska w złożonym „Formularzu cenowym” , poz. 1 wpisał:

„1. Rancher Management Server, per Instance, Standard Subscription, 5 year

2. Rancher, 10 Nodes, 5 year”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Tak jak już wyżej wskazano w „Formularzu cenowym” poza nawą oprogramowania i jego ceny nie było obowiązku wskazania komponentów oferowanego oprogramowania. Zaoferowane przez Wykonawcę Linux Polska oprogramowanie Rancher wspiera 3 systemy operacyjne, które zostały przykładowo wskazane przez Zamawiającego, który odpowiadając na pytanie nr 36 jako spełniające wymagania podał m.in.: „Firma SUSE właściciel rozwiązania Rancher wspiera 3 systemy: Ubuntu, RH7, SUSE <https://www.suse.com/suserancher/support-matrix/all-supported-versions/rancher-v2-6-3/> .” (punkt 2 odpowiedzi) Dowodem na to, że zaoferowane oprogramowanie wspiera wskazane przez Zamawiającego systemy operacyjne jest także oświadczenie producenta z dnia 6 kwietnia 2022 r. złożone przez SUSE Polska Sp. Z o.o. (oświadczenie to zaliczono w poczet materiału dowodowego). A ponadto uwzględnienie wsparcia dla zaoferowanego oprogramowania potwierdzają także złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (załącznik nr 2 do złożonych wyjaśnień objęty tajemnicą przedsiębiorstwa). Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy Linux Polska do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie odnoszącym się do spełnienia wymogu, związanego z zaoferowaniem produktu, zawierającego system operacyjny oraz w zakresie związanym ze spełnieniem wymogu, związanego z zapewnieniem wymaganego wsparcia producenta na system operacyjny (zarzut 2.2. odwołania w sprawie KIO 888/22) nie potwierdził się.**

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywane jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”

Przepis ten daje Zamawiającemu prawo do żądania od wykonawcy wyjaśnień w sytuacji gdy powźmie wątpliwości co do treści złożonej oferty. Skoro więc zarzuty odwołania (KIO 888/22) okazały się bezzasadne brak jest podstaw prawnych do wyjaśniania treści oferty, która jest zgodna z treścią SWZ. Tym samym stwierdzić należy, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy WASKO jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie wymogu z ust. 3 pkt 4 OPZ (zarzut 2.3., ppkt 2.3.1.**

**odwołania KIO 888/22) oraz zaniechania wezwania Wykonawcy WASKO do złożenia wyjaśnień treści oferty (zarzut 2.4 odwołania KIO 888/22) nie potwierdziły się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w ust. 3 pkt 4 OPZ podał „Rozwiązanie do zarządzania klastrami Kubernetes miał być uwzględniony w obszarach Leaders i Strong Performers ewaluacji The Forrester Wave™: Multicloud Container Development Platforms, Q3 2020: <https://reprints2.forrester.com/#/assets/2/1681/RES157266/report>

Zamawiający w z ust. 4, pkt 4.1.1., ppkt 1 OPZ podał „Oczekiwane rozwiązanie do tworzenia i zarządzania klastrami Kubernetes musi składać się z następujących komponentów usług, które należy dostarczyć w ramach postępowania wraz z zapewnieniem gwarancji działania funkcjonalności zgodnie z przeznaczeniem i dokumentacją oraz dostępem do aktualizacji i poprawek w zakresie bezpieczeństwa oraz wykrytych błędów na okres 5 lat:

- a) Środowiska uruchamiania kontenerów (Container Runtime Environment),
- b) Warstwy wykrywania usług (Service Discovery),
- c) Repozytorium obrazów kontenerów,
- d) Menedżera pakietów,
- e) Katalogu usług,
- f) Kontenera ruchu przychodzącego (Ingress Controller),
- g) Siatki serwisów (Service Mesh),
- h) Systemu zarządzania bezpieczeństwem opartego o RBAC,
- i) Systemu monitorowania i nadzorowania środowiska pracy systemu,
- j) Systemu zarządzania i budowania aplikacji.

Wykonawca WASKO wpisał w „Formularzu cenowym”:

„VMware Tanzu Standard Term

Subscription + Production Support for 1  
year (per CPU)

Part Number: TNZ-STD-CPU-TLSS-1Y-C

Ilość: 160 szt. licencji

Istio - oprogramowanie open source

HAProxy - oprogramowanie open source

ArgoCD - oprogramowanie open source

HashiCorp Vault - oprogramowanie open  
source

Kubeapps - oprogramowanie open source

Octant - oprogramowanie open source”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:



Zamawiający w ustępie 3 OPZ „Wymagania ogólne dla platformy kontenerowej jako systemu dostarczania aplikacji”, pkt 4 podał „Rozwiązanie do zarządzania środowiskiem Kubernetes, musi być uwzględnione w obszarach Leaders i Strong Performers ewaluacji The Forrester Wave™: Multicloud Container Development Platforms, Q3 2020: <https://reprints2.forrester.com/#/assets/2/1681/RES157266/report>.”, co oznacza, że wykonawca powinien wskazać takie oprogramowanie, które uwzględnione jest w raporcie Forrestera. Wymóg dotyczący znajdowania się w raporcie Forrestera dotyczył rozwiązania a nie poszczególnych elementów, gdyż dopuszczone były także rozwiązania oparte na open source, dla których – jak wskazał Zamawiający – wsparcie producenta nie jest wymagane. Podkreślić przy tym należy, że wymóg ten dotyczył wyłącznie „rozwiązania do zarządzania środowiskiem Kubernetes”, tj. środowiska uruchamiania kontenerów czyli pozycji ust. 4 pkt 4.1. lit. a) OPZ. Pozostałe, tj. ust. 4 ppkt 4.1. lit. b) do j) OPZ – jak także wskazał Zamawiający – nie są rozwiązaniem do zarządzania środowiskiem Kubernetes. Wobec czego postawiony wymóg ich nie dotyczył, gdyż nie był skierowany do poszczególnych komponentów, ale rozwiązania jako całości. Rozwiązanie zaoferowane przez Wykonawcę WASKO (produkt o nazwie VMware Tanzu Standard) uwzględnione jest w raporcie Forrestera i „zawiera system operacyjny Photon wraz ze wsparciem serwisowym Producenta” oraz „jest rozwiązaniem do zarządzania środowiskiem Kubernetes, które umożliwia spełnienie wymagania dla środowiska uruchamiania kontenerów (wymienionego w rozdziale 4 pkt 4.1. ppkt 1 lit. a) OPZ), określonego w Rozdziale 4 pkt 4.2. ppkt 1-15 OPZ (dowód: oświadczenia VMware Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2022 r.). Dokument złożony przez WASKO potwierdza bowiem, że rozwiązanie VMware spełnia funkcjonalność z punktu 4.1.1. lit. a) OPZ i jest to okoliczność bezsporna. Natomiast w stosunku do pozostałych funkcjonalności zostało zaoferowane oprogramowanie open source i na to oprogramowanie wymóg ten nie mógł być rozszerzony. Izba dała wiarę oświadczeniom producenta, który jednoznacznie stwierdził, że rozwiązanie to „spełnia wymagania dla środowiska uruchamiania kontenerów”. Wobec czego brak jest podstaw do jego kwestionowania.

Nie było więc podstaw do wzywania tego wykonawcy do składania wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Dlatego też stwierdzić należy, że zarzuty Odwołującego S&T nie potwierdziły się.

**Zarzut braku wsparcia producenta dla oprogramowania ISTIO (zarzut 2.3., ppkt 2.3.2. odwołania KIO 888/22) oraz zaniechania wezwania Wykonawcy WASKO do złożenia wyjaśnień treści oferty (zarzut 2.4 odwołania KIO 888/22) nie potwierdziły się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w ust. 4 pkt 4.1 OPZ zamieścił następującą treść „W przypadku zaoferowania komponentów na bazie licencji lub subskrypcji komercyjnych wymagane jest zapewnienie wsparcia producenta rozwiązania”.

Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 24, tj. „Dotyczy SOPZ pkt. 4.4.2. Repozytorium obrazów Czy Zamawiający potwierdza, że funkcjonalności dotyczące repozytorium obrazów muszą być objęte 60 miesięczną gwarancją oraz przez ten okres należy zapewnić dostęp do aktualizacji oraz najnowszych wersji oprogramowania, dostęp do bazy wiedzy oraz serwis producenta gwarantujący naprawę zgłoszonych błędów? Komponent repozytorium wymaga skanowania obrazów, a więc w opinii oferenta powinien być objęty wsparciem z uwagi na kluczową rolę systemu oraz wykrywania podatności w produkowanym oprogramowaniu przez zamawiającego” odpowiedział „Zamawiający nie wymaga wsparcia producenta dla repozytorium obrazów.”

Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 25, tj. Dotyczy SOPZ pkt. 4.4.4. Ingress Controler Czy Zamawiający potwierdza, że funkcjonalności Ingress controlera muszą być objęte 60 miesięczną gwarancją oraz przez ten okres należy zapewnić dostęp do aktualizacji oraz najnowszych wersji oprogramowania, dostęp do bazy wiedzy oraz serwis producenta gwarantujący naprawę zgłoszonych błędów? Komponent Ingress Controlera jest kluczowym elementem komunikowania się aplikacji ze światem zewnętrznym w tym z użytkownikami systemu, a więc w opinii oferenta powinien być objęty wsparciem z uwagi na kluczową rolę systemu w niezawodnym i bezpiecznym oferowaniu usługi EZD” odpowiedział „Zamawiający nie wymaga wsparcia producenta dla Ingress Controlera.”

Wykonawca WASKO wpisał m.in. w „Formularzu cenowym” „Istio - oprogramowanie open source”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że oprogramowanie ISTIO jest oprogramowaniem open source. Oprogramowanie typu open source to oprogramowanie komputerowe udostępniane na podstawie licencji, w której właściciel praw autorskich przyznaje użytkownikowi prawa do używania, studiowania, zmieniania i rozpowszechniania oprogramowania i jego kodu źródłowego każdemu i w dowolnym celu. Oznacza to, że oprogramowanie open source nie jest oprogramowaniem komercyjnym. Potwierdzają to także informacje, na jakie wskazał Wykonawca WASKO, a które znajdują się na stronie internetowej projektu ISTIO: <https://istio.io/>. Skoro więc wsparcie, jak wynika z treści OPZ, było wymagane wyłącznie do oprogramowania komercyjnego brak jest podstaw do uznania, że oferta Wykonawcy WASKO podlega odrzuceniu, gdyż zaoferowane przez niego oprogramowanie jest oprogramowaniem open source a co za tym idzie nie posiada wsparcia producenta. Dlatego też zarzut ten nie potwierdził się.

Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do wzywania tego wykonawcy do składania wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jego oferta w tym zakresie jest zgodna z SWZ. Wymogi na niespełnienie, których wskazuje Odwołujący S&T, nie były zawarte w SWZ. Dlatego też stwierdzić należy, że zarzuty Odwołującego S&T nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez obydwu Odwołujących w treści wniesionych odwołań.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego do wysokości 3 600,00 zł w odniesieniu do każdej ze spraw.

**Przewodniczący:** .....