

Sygn. akt: KIO 1249/12

WYROK

z dnia 29 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **GISPartner Sp. z o.o., Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o., Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **GISPartner Sp. z o.o., Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GISPartner Sp. z o.o., Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Ministerstwo Spraw Wewnętrznych (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę i wdrożenie Krajowego Systemu Zarządzania Baza Danych Obiektów Topograficznych wraz z asystą powdrożeniową i wsparciem gwarancyjnym w ramach projektu „Georeferencyjna Baza Danych Obiektów Topograficznych (GBDOT) wraz z krajowym systemem zarządzania”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 października 2011 r. pod nr 2011/S 201-327557.

W postępowaniu tym wykonawca GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 15 czerwca 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. O wynikach tych czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu informację faksem w dniu 5 czerwca 2012 r.

Na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2012 r. w dniu 21 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu (dalej: „Przystępujący”). Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem – w jego ocenie - czynności Zamawiającego, to jest:

- 1) od odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);

- 2) od zaniechania wskazania w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) od wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty nr 4 złożonej przez Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie wyrażające się w uznaniu przez Zamawiającego, iż oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy odpowiada ona treści SIWZ w pełnym zakresie;
2. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niewskazanie w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego;
3. w konsekwencji powyższego zarzutu ad. 1 mające istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na udzieleniu zamówienia wykonawcy Przystępującego niezgodnie z przepisami ustawy, tj. przy nieuprawnionym odrzuceniu oferty Odwołującego się, która w braku jej odrzucenia winna być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stawiając powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazanie powtórzenia czynności oceny, w tym oferty Odwołującego, z uwzględnieniem danych uzyskanych przez Zamawiającego podczas prezentacji funkcjonalności Próbkę przedłożonej wraz z ofertą Odwołującego,

ewentualnie, w razie braku możliwości dokonania prawidłowej oceny prezentacji Próbkę Odwołującego na podstawie danych uzyskanych przez Zamawiającego podczas pierwszej prezentacji funkcjonalności Próbkę:

3. nakazanie powtórzenia prezentacji funkcjonalności Próbkę przedłożonej wraz z ofertą Odwołującego, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu oraz dokonania powtórnej oceny ofert, w tym oferty Odwołującego,

z uwzględnieniem danych uzyskanych przez Zamawiającego podczas powtórzonej prezentacji.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty nie miało podstaw. Podkreślił, że SIWZ przewidywała, że wraz z ofertą wykonawcy mają obowiązek przedłożenia próbki. Opis sposobu przygotowania próbki został zawarty w załączniku nr 4 do SIWZ. Zgodnie z tym opisem, próbka miała składać się z oprogramowania komputerowego zainstalowanego na dwóch komputerach, dołączonych do oferty. Oprogramowanie to miało realizować określone funkcjonalności, które miały podlegać testom według trzech scenariuszy testowych opisanych w SIWZ. Procedura testowania polegała na dokonywaniu kolejnych kroków opisanych w SIWZ, a następnie weryfikacji rezultatów ich przeprowadzenia w oparciu o kryteria opisane w punkcie 5 załącznika nr 4 do SIWZ. W ramach poszczególnych podkryteriów punkty mogły być przyznawane metodą „zero - jedyneką”, a więc za wykonanie danej czynności Zamawiający przyznawał albo 0 punktów albo maksymalną liczbę punktów w ramach danego podkryterium (1, 3, lub 5). Zamawiający zastrzegł w punkcie 3.2 załącznika nr 4 do SIWZ, że podczas prezentacji próbki nie jest dopuszczalne „*modyfikowanie kodu wykonywalnego lub kompilowanie kodu źródłowego zainstalowanego oprogramowania*”. Zamawiający dopuścił natomiast dokonanie w trakcie prezentacji prac naprawczych na wypadek awarii, przy czym prace te nie mogły polegać na modyfikacji kodu oprogramowania. Zgodnie z punktem 4.1 załącznika nr 4 do SIWZ: „*W przypadku wystąpienia awarii technicznej nośnika Próbkii w trakcie prezentacji, Wykonawca może, celem usunięcia awarii, dokonać niezbędnych z jego punktu widzenia prac, które realizowane będą w obecności co najmniej jednego członka Komisji Zamawiającego. Łączny czas usunięcia awarii nie może przekroczyć 1 godziny i czas ten nie będzie wliczany do czasu przeznaczanego na prezentację, przy czym w ramach usuwania awarii, ani żadnym innym przypadku, Wykonawca nie może wgrywać żadnego oprogramowania ani modyfikować kodu oprogramowania*”.

Odwołujący podkreślił, że w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził: „*Podczas prezentacji Próbkii firmy GISPartner Sp. z o.o., w trakcie przerwy technicznej Wykonawca modyfikował oprogramowanie Próbkii, co jest niezgodne z Załącznikiem nr 4 do SIWZ*”. Pozostałą część uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego – według niego - stanowią jedynie obszernie cytaty z treści załącznika nr 4 do SIWZ, w których poprzez podkreślenie Zamawiający wyróżnił dwie spośród niedozwolonych czynności: „*modyfikowanie kodu wykonywalnego lub kompilowanie kodu źródłowego zainstalowanego oprogramowania*”. Zamawiający nie wskazał, na czym w jego ocenie miało polegać rzekome modyfikowanie oprogramowania Próbkii. Według Odwołującego nie

sposób stwierdzić, czy Zamawiający zarzuca Odwołującemu wykonanie jednej z dwóch wyróżnionych w uzasadnieniu czynności tj. „*modyfikowania kodu wykonywalnego*”, czy „*kompilowania kodu źródłowego zainstalowanego oprogramowania*” (które różnią się od siebie z technicznego punktu widzenia), czy też dokonanie innej, niesprecyzowanej bliżej czynności. Tak lakoniczne i skrótowe odniesienie do faktycznej podstawy decyzji Zamawiającego w ocenie Odwołującego nie jest wystarczające, aby Odwołujący mógł ustosunkować się do niej bez konieczności domyślania się podstaw decyzji Zamawiającego, a zatem nie jest zgodne z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podkreślił, że z uwagi na wadliwe wskazanie faktycznej podstawy decyzji o odrzuceniu jego oferty, musi domniemywać, jakie nieprawidłowości zostały wykryte w jego ofercie. Informacji tych nie zawarto także w protokole z prezentacji, ani w pozostałej udostępnionej wykonawcy dokumentacji postępowania, która co do treści jest identyczna i równie zdawkowa, jak treść zawiadomienia. Z tej przyczyny, w dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał czynności Odwołującego wykonane w trakcie przerwy technicznej podczas prezentacji próbki, które nie stanowiły modyfikacji oprogramowania, ani żadnej innej czynności niedozwolonej zgodnie z treścią SIWZ, a które przypuszczalnie mogły być niesłusznie uznane przez Zamawiającego za podstawę do odrzucenia oferty.

Odwołujący podkreślił, że przeprowadzając prezentację Próbki, zrealizował w całości i bez żadnych zakłóceń dwa z trzech scenariuszy testowych (za które według kryteriów określonych w załączniku nr 4 do SIWZ możliwe było przyznanie 20 punktów). W jego ocenie tylko na podstawie tych dwóch scenariuszy powinien uzyskać wystarczającą liczbę punktów (tj. nie mniej niż 17 punktów), aby jego oferta (określająca najniższą cenę i najkorzystniejszy okres gwarancji) uzyskała najwięcej punktów spośród wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. W trakcie prezentacji trzeciego (ostatniego) scenariusza, w punkcie testowym 3, a polegającym na sprawdzeniu funkcjonalności importu, walidacji, kontroli topologicznych dla danych kontrolnych DK3.GML aplikacja wykonawcy wyświetliła komunikat o błędzie, co w przebiegu prezentacji stanowiło awarię. Przyczyna awarii, w ocenie Odwołującego się, tkwiła w pliku danych DK3.GML, który został niewłaściwie przygotowany przez Zamawiającego na podstawie pliku wzorcowego DK1.GML dla potrzeb weryfikacji próbki. Plik DK1.GML został przekazany przez Zamawiającego wcześniej (o czym mowa w punkcie 3.1 Załącznika nr 4 do SIWZ) i właśnie tym plikiem wykonawca mógł posługiwać się przygotowując próbkę. Usunięcie awarii – według Odwołującego - nie wymagało zmiany kodu oprogramowania tworzącego próbkę, ponieważ posiadało one funkcjonalności umożliwiające badanie nowego pliku o zmienionej formie. Wymagało jedynie odpowiedniego skonfigurowania (ustawienia) tego oprogramowania. Odwołujący podniósł, że przygotowując próbkę opierał się na uzyskanym od Zamawiającego

pliku wzorcowym, a tym samym skonfigurował próbkę tak, aby domyślnie badała dane przygotowane zgodnie z tym plikiem. Zmiana konfiguracji polegała na przekazaniu informacji do próbki, aby badała dane w sposób, który był dostosowany do zmienionej formy pliku, wykorzystywanego podczas prezentacji.

Odwołujący wskazał, że w celu usunięcia awarii nośnika próbki poprosił komisję o przerwę techniczną. Na początku przerwy Zamawiający poinformował wykonawcę, iż zgodnie z SIWZ niedopuszczalne jest modyfikowanie kodów oprogramowania, dlatego też wykonawca mając tego pełną świadomość nie uczynił żadnych działań polegających na takiej modyfikacji. Ograniczył się jedynie do prostej konfiguracji aplikacji. Ponieważ wadliwy plik miał wpływ na występowanie awarii nośnika próbki w kolejnym punkcie testowym musiał dokonać kolejnej, identycznej konfiguracji kolejnego komponentu aplikacji. Podniósł, że przedstawiciele Zamawiającego byli informowani o czynnościach wykonywanych podczas przerw technicznych, a dla uniknięcia wątpliwości, Odwołujący się po zakończeniu prezentacji złożył do protokołu oświadczenie opisujące przebieg przerw.

Odwołujący wskazał, na czym działania Odwołującego różniły się od niedopuszczalnej w świetle SIWZ modyfikacji kodu oprogramowania. Podkreślił, że program komputerowy to pewna sekwencja instrukcji dla komputera, których wykonanie ma na celu wypełnienie pewnej funkcji. Programy komputerowe zazwyczaj tworzone są z wykorzystaniem języka programowania, który określa zbiór zasad, na podstawie których możliwe jest zapisanie tych instrukcji w sposób zrozumiały dla człowieka znającego dany język oprogramowania. Taki ciąg instrukcji w formie zrozumiałej dla człowieka nazywany jest kodem źródłowym. Kod źródłowy nie jest jednak zrozumiały dla komputera. Aby program mógł zostać uruchomiony na komputerze, konieczne jest przetłumaczenie kodu źródłowego na tzw. kod wynikowy, (wykonywalny, maszynowy), który w uproszczeniu można określić jako ciąg zer i jedynek, opisujący te same instrukcje w postaci zrozumiałej dla komputera. Czynność tłumaczenia kodu źródłowego na wykonywalny to tzw. kompilowanie. Zmodyfikowanie programu komputerowego możliwe jest albo przez zmianę kodu źródłowego i jego późniejsze skompilowanie do postaci kodu wykonywalnego, albo przez ingerencję bezpośrednio w kod wykonywalny. Według Odwołującego czynności te są całkowicie różne od konfiguracji oprogramowania. Konfiguracja polega na zmianie pewnych ustawień, opisujących sposób realizowania instrukcji przez program. Przykładowo, formą konfiguracji programu komputerowego jest określenie, że po uruchomieniu przeglądarki internetowej pierwszą ładującą się stroną będzie strona Urzędu Zamówień Publicznych (<http://www.uzp.gov.pl>). Zmiana takich ustawień nie stanowi zmiany programu komputerowego - przeciwnie, program komputerowy musi być wcześniej napisany tak, aby

umożliwiać konfigurację. Konfiguracja może przebiegać albo przy wykorzystaniu interfejsu wbudowanego w program komputerowy (tak jak w przypadku powołanego wyżej przykładu zmiany strony startowej, które polega na wpisaniu adresu w odpowiednim oknie przeglądarki), albo przez edycję pliku konfiguracyjnego. Plik konfiguracyjny to taki plik (zbiór danych), który przechowuje ustawienia programu komputerowego i z którego program wykonując swoje funkcje odczytuje ustawienia. Nie jest on częścią programu komputerowego, a jego modyfikacja nie stanowi zmiany kodu źródłowego ani kodu wykonywalnego programu komputerowego.

Odwołujący podniósł, że opracował próbkę przy użyciu licencjonowanych komponentów firmy ESRI, które realizują poszczególne funkcje za pomocą skompilowanych kodów źródłowych, tj. kodów wykonywalnych, nieczytelnych dla człowieka a zrozumiałych dla komputera. Działanie oprogramowania stosuje kody wykonywalne i, w ramach funkcji realizowanych przez ten kod wykonywalny, umożliwia dostosowanie parametrów jego działania. Zmiana tych parametrów możliwa jest w interfejsie graficznym albo w plikach tekstowych (plikach konfiguracyjnych) i w żadnym wypadku nie stanowi modyfikacji kodu oprogramowania, czy to źródłowego, czy to wynikowego.

Odwołujący stwierdził zatem, że nie zaszły przesłanki dla odrzucenia jego oferty. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp możliwe jest tylko wtedy, kiedy treść oferty jest sprzeczna z treścią konkretnego postanowienia SIWZ. Zamawiający w żadnym miejscu nie stwierdził, że w trakcie prezentacji niedopuszczalna jest zmiana parametrów oprogramowania tworzącego próbkę bez zmiany jego kodu. Przeciwnie, w celu usunięcia awarii wykonawca mógł „*dokonać niezbędnych z jego punktu widzenia prac*”. Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika zatem albo z błędnej oceny przez Zamawiającego, na czym w istocie polegały czynności podjęte podczas przerw technicznych, albo na niedopuszczalnym odrzuceniu oferty w oparciu o przesłanki niewymienione w SIWZ, które Zamawiający próbuje aktualnie modyfikować na potrzeby zastosowania dla odrzucenia oferty. Żadne wymaganie SIWZ nie może być w ocenie Odwołującego interpretowane rozszerzająco. Odwołujący podkreślił, że przygotował próbkę w sposób opisany w rozdziale 2. „*Wymagania dotyczące Próbkii*” oraz w rozdziale 3. „*Procedura przygotowania i przekazania Próbkii*” Załącznika nr 4 do SIWZ, a następnie przeprowadził jej prezentację z zachowaniem wszystkich reguł wyznaczonych przez Zamawiającego. W konsekwencji, według niego, Zamawiający powinien był ocenić próbkę Odwołującego merytorycznie. Mając na uwadze, że dysponuje rezultatami działania próbki Odwołującego, może i powinien ocenić je zgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ, tak jak próbki pozostałych wykonawców.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że jeżeli dokonanie takiej oceny, nie jest możliwe z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców, Zamawiający powinien powtórzyć prezentację Próbką Odwołującego. W tym celu, konieczne będzie umożliwienie Odwołującemu wykonanie także niezbędnych czynności przygotowawczych, albowiem po przeprowadzeniu prezentacji Próbką zawiera już dane wgrane podczas pierwszej prezentacji, będące wynikiem operacji na danych testowych przekazanych przez Zamawiającego. Pozostawienie tych danych w próbce doprowadziłoby bowiem do niewiarygodnych wyników powtórnej prezentacji, a wyniki takiej prezentacji byłyby nieporównywalne z pozostałymi. Konieczne będzie zatem usunięcie ich z bazy danych i wgranie na ich miejsce od nowa danych testowych - takich samych, jak te wykorzystywane podczas pierwszej prezentacji. Ponadto, powtórna prezentacja także będzie wymagała przeprowadzenia działań konfiguracyjnych, takich samych jak opisane powyżej.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający swoje stanowisko wyraził w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy (pismo z dnia 27 czerwca 2012 r.) w toku rozprawy. Wniósł w niej o oddalenie odwołania i odniósł się do zarzutów odwołania. W toku rozprawy do protokołu Zamawiający złożył oświadczenie o tym, że odpowiedź na odwołanie zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Co do głównego zarzutu odwołania wskazał, że zgodnie z SIWZ w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była ocena prezentacji Próbką, której sposób przygotowania i przekazania oraz procedura przeprowadzenia testów określona została w Załączniku nr 4 do SIWZ. Zgodnie z tymi zapisami Próbką jest oprogramowanie komputerowe wraz z laptopami, na których został o zainstalowane. Próbką musi umożliwić przeprowadzenie prezentacji jej funkcjonalności, czyli trzech scenariuszy testowych. Wskazał, że na użytek prezentacji Próbką Zamawiający przygotował 3 pliki danych kontrolnych (DK1.gml, DK2.gml i DK3.gml oraz plik schematu aplikacyjnego DK.xsd, zgodnie z którym Zamawiający przygotował dane kontrolne. Wyjaśnił, że pliki DK.xsd oraz DK.gml zostały przekazane wykonawcom wraz z SIWZ, natomiast dane DK2.gml i DK3.gml zostały przekazane podczas prezentacji Próbką. Dane DK2.gml były wykorzystywane do realizacji drugiego scenariusza testowego, natomiast dane DK3.gml były wykorzystywane do realizacji trzeciego scenariusza testowego. Zgodnie zaś z załącznikiem nr 4 do SIWZ dane te stanowią będą modyfikację danych kontrolnych DK1 umożliwiającą zaprezentowanie

pełnej funkcjonalności Próbki. Pliki DK2.gml, DK3.gml, podobnie jak pliki DK1.gml, są zgodne ze schematem aplikacyjnym zapisanym w pliku DK.xsd.

Podkreślił, że najistotniejsze znaczenie dla decyzji podjętej przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego miały wydarzenia, do których doszło w trakcie prezentacji jego Próbki. Przyznał, że Odwołujący faktycznie zrealizował dwa pierwsze scenariusze testowe bez zakłóceń technicznych. Problemy rozpoczęły się w trakcie prezentacji trzeciego scenariusza. Wskazał, że w momencie próby importu i walidacji danych DK3.gml Odwołujący stwierdził w odwołaniu: *„przyczyna (...) tkwiła w pliku danych DK3.gml, który został niewłaściwie przygotowany przez Zabawiającego na podstawie pliku wzorcowego DK1.gml”* Podobnie Odwołujący oświadczył podczas prezentacji Próbki.

W informacjach zawartych w odpowiedzi na odwołanie, co do których zastrzeżona została tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający szczegółowo odniósł się do przeprowadzonej przez Odwołującego prezentacji trzeciego scenariusza, wskazując, że problem, który powstał w trakcie tej prezentacji nie wynikał z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, lecz z winy leżącej po stronie Odwołującego. Zamawiający zwrócił także uwagę na pytanie do SIWZ zadane w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dotyczące procedury przeprowadzania testów.

Zamawiający szczegółowo opisał czynności dokonywana przez Odwołującego w trakcie prezentacji trzeciego scenariusza i trzech poprosił Odwołujący w trakcie tej prezentacji. Według niego nastąpiło w tym przypadku wprowadzenie modyfikacji kodu źródłowego programu Próbki. Podkreślił, że konfiguracja aplikacji następuje jedynie przy niezmienionym kodzie oprogramowania tymczasem zamiana wprowadzona przez Odwołującego w określonych plikach modyfikowała kod oprogramowania zapisany w określonym języku. Powyższe prowadziło do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający podniósł również, czym jest modyfikacja (niedopuszczalna w świetle SIWZ), a czym konfiguracja oprogramowania. Powołał się na definicje opisane w Słowniku Języka Polskiego (www.sjp.pwn.pl). Według powyższego modyfikacja to: *„częściowa zmiana czegoś nienaruszająca istoty rzeczy; też rzecz zmieniona w taki sposób”* natomiast konfiguracja to *„układ elementów, który może ulec zmianie na inny pod wpływem jakiejś okoliczności”* lub *„ustawienie parametrów potrzebnych dl pracy programu komputerowego lub urządzenia połączanego z komputerem”*. Podkreślił, że definicje te wskazują na zasadniczą różnicę pomiędzy tymi dwoma pojęciami – w przypadku modyfikacji mamy do czynienia z pojawieniem się nowych elementów danej rzeczy (kod oprogramowania), natomiast w przypadku konfiguracji nowe elementy nie powstają, zmianie ulega tylko układ elementów już istniejących. Według niego nie ma wątpliwości, że w trakcie prezentacji Odwołujący dopisał

nowe elementy kodu źródłowego, bez których oprogramowanie nie funkcjonowałoby prawidłowo.

Co do zarzutu niewystarczającego uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdził, że informacja ta wysłana została do wszystkich wykonawców. W wiadomości tej znalazła się także informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego i informacja ta nie był nazbyt obszerna, co wynika z faktu, że próbka została przez Odwołującego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, toteż przedstawienie szczegółów uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty w tym przedmiocie nie było możliwe. Podkreślił, że mimo powyższego Odwołujący właściwie sformułował swoje odwołanie, co wskazuje, że miał wiedzę, co do okoliczności, które rzeczywiście stały się podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego.

Co do ostatniego z zarzutów podkreślił, że wybór oferty najkorzystniejszej był przez niego dokonany prawidłowo. Wskazał też, że przypuszczenia Odwołującego co do liczby punktów za prezentację pierwszych dwóch scenariuszy nie znajdują swojego potwierdzenia. Ocena dokonana przez komisję przetargową do czasu rozpoczęcia prezentacji trzeciego scenariusza wskazuje na to, że liczba punktów przyznana Odwołującemu i tak nie pozwoliłaby mu na otrzymanie najwyższej liczny punktów spośród wszystkich ocenianych ofert.

W toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał dotychczas prezentowane stanowisko w tej sprawie.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko i złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie (pismo procesowe z dnia 26 czerwca 2012 r.) Wskazał w nim, że jakiegokolwiek modyfikacje oprogramowania Próbkki, będącej częścią oferty, dokonane przez Odwołującego podczas prezentacji naruszają art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp, co stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że Zamawiający, formułując wymagania SIWZ dotyczące Próbkki ocenianej w ramach kryterium jakościowo – technicznego, ustalił równe warunki przeprowadzenia Próbkki dla wszystkich wykonawców. Z tych też względów modyfikacja oprogramowania Próbkki stanowiła rażące naruszenie zasady równości uczestników postępowania i była zagrożona

sankcją w postaci odrzucenia oferty jako sprzecznej z SIWZ. Przystępujący podkreślił również, że ocena punktowa Próbką w ramach wskazanego kryterium odnosiła się do stanu Próbką w momencie jej złożenia, a nie stanu osiągniętego po modyfikacji.

Przystępujący przywołał postanowienia pkt 3.2 Załącznika nr 4 do SIWZ, wskazując, że modyfikowanie Próbką podczas przerwy technicznej należało uznać za przesłankę skutkującą odrzuceniem oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Co do argumentacji Odwołującego odnoszącej się do przeprowadzonych prac naprawczych Przystępujący przywołał postanowienia pkt 4.1 Załącznika nr 4 do SIWZ. W tym aspekcie podkreślił, że naprawa awarii technicznej dopuszczona została w SIWZ jedynie w zakresie nośnika Próbką. Wskazał, że Próbką jest zainstalowane oprogramowanie, zaś nośnikiem Próbką komputery, na których owa Próbką została zainstalowana. Tym samym – według niego – jedyną naprawę, jaką Zamawiający dopuszczał w SIWZ była naprawa nośnika Próbką, a nie samej Próbką. Powołał się na stwierdzenie Odwołującego zawarte w na str. 4 odwołania akapit 1 zdanie 3 odwołania, gdzie wskazuje się na błąd w aplikacji. Tym samym – według niego - Przystępujący stwierdził, że oprogramowanie dostarczone przez Odwołującego nie posiadało określonej funkcjonalności umożliwiającej przeprowadzenie trzeciego scenariusza, co nie wskazuje na awarię nośnika, lecz samego oprogramowania. Niezależnie od powyższego podkreślił, że przez usuwanie awarii można jedynie rozumieć czynności przywracania przedmiotu do jego stanu pierwotnego, a nie jego modyfikacji.

Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego jakoby plik danych DK3.GML został przygotowany przez Zamawiającego w sposób niewłaściwy, podkreślając, że sam przeprowadził poprawnie scenariusz trzeciej prezentacji. Plik ten, jego zdaniem, był identyczny dla wszystkich wykonawców. Ponadto nie mógł on w żaden sposób spowodować awarii nośnika. Bezpodstawne – zdaniem Przystępującego – są twierdzenia Odwołującego co do przyznania mu punktów za wykonanie przez niego części prezentacji, gdyż część ta nie została oceniona i nie wiadomo czy została wykonana poprawnie, a ponadto prezentacje Próbką należało uznać za proces ciągły, w którym Próbką jest taka sama dla wszystkich scenariuszy i nie podlega w trakcie prezentacji modyfikacji. Powtórne przeprowadzenie prezentacji na Próbką Odwołującego prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Powołując się na przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (§ 4 ust. 1 pkt 8) Przystępujący wskazał na konieczność wskazania w odwołaniu dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, których Odwołujący nie przedstawił. Według niego Odwołujący także nie udowodnił jaką czynność wykonał on podczas prezentacji, której błędną interpretację zarzucił Zamawiającemu, czy też jakie błędy zawierały przekazane przez Zamawiającego dane testowe.

Przystępujący także z ostrożności procesowej wskazał, że nie ziściły się w jego ocenie okoliczności, o których stanowi art. 189 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż jego zdaniem podczas rozpoznawania odwołania nie ma niebezpieczeństwa ujawnienia informacji stanowiącej ustawowo chronioną tajemnicę.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie - w części jawnej, w części zaś wyłączonej z jawności - i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzuty odwołania wskazują na pozbawienie Odwołującego w sposób bezpośredni możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonanego przez wykonawcę Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu po stronie Zamawiającego. W tym zakresie zostały wypełnione wszystkie przesłanki opisane w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 19 października 2011 r. W postanowieniach SIWZ Zamawiający przewidział trzy kryteria oceny ofert, którymi Zamawiający miał się kierować przy wyborze oferty najkorzystniejszej (rozdział XIII SIWZ). Zamawiający wskazał, że będą to:

- 1) cena z wagą 40%,

- 2) kryteria jakościowo-techniczne Próbkę z wagą 50% i
- 3) kryterium okresu gwarancji z wagą 10%.

W zakresie oceny ofert w kryteriach jakościowo-technicznych Zamawiający szczegółowe wymagania opisał w Załączniku nr 4 do SIWZ. We wskazanym Załączniku do SIWZ Zamawiający opisał wymagania dotyczące próbki, procedurę przygotowania i przekazania próbki, a także procedurę przeprowadzania testów ze wskazaniem wymogów dotyczących przeprowadzenia trzech scenariuszy testowych oraz kryteria oceny przygotowania próbki, a także formularze oceny próbek.

Zamawiający ustalił na dzień 14 maja 2012 r. termin otwarcia ofert. W tym terminie do Zamawiającego wpłynęło sześć ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego. W dniach 17, 18, 21, 22, 23 i 24 maja 2012 r. odbyły się u Zamawiającego prezentacje próbek złożonych przez sześciu wykonawców. W toku prezentacji, przeprowadzonej w dniu 24 maja 2012 r. w odniesieniu do Próbkę Odwołującego, nastąpiły trzy przerwy techniczne zgłoszone przez tego wykonawcę jako awaria techniczna w trakcie prezentacji trzeciego scenariusza. W związku z powyższym Odwołujący złożył Zamawiającemu pisemne wyjaśnienia objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, opisujące podjęte przez niego działania mające na celu usunięcie przyczyn zgłoszonych awarii technicznych. Komisja przetargowa stwierdziła, że Odwołujący w trakcie usuwania przez Odwołującego awarii stwierdziła, że wykonawca ten dokonał modyfikacji oprogramowania wchodzącego w skład Próbkę, co skutkowało powinno odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z postanowieniami pkt 3.2 („Procedura i forma przekazania Próbkę”) i 4.1 („Reguły organizacyjne”) Załącznika nr 4 do SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2012 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (oferta Przystępującego) oraz m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, że w trakcie przerwy technicznej podczas prezentacji Próbkę Odwołującego wykonawca ten zmodyfikował oprogramowanie Próbkę, co jest niezgodne z Załącznikiem nr 4 do SIWZ, pkt 4.1. Przywołał zapisy tego punktu załącznika nr 4 do SIWZ, a także postanowienia punktu 3.2 tego Załącznika.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ była prawidłowa.

W pierwszej kolejności stwierdzić należało, że naprawa przez Odwołującego awarii technicznej podczas prezentacji Próbkę, która stała się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego – w ocenie Izby – w ogóle nie była dopuszczalna, w świetle postanowień

SIWZ, w tym zwłaszcza Załącznika nr 4 do SIWZ. Zgodnie z pkt 4.1 wskazanego Załącznika do SIWZ Zamawiający dopuszczał możliwość wystąpienia awarii technicznej, która mogła być usunięta przez wykonawcę w trakcie prezentacji, jeśli łączny czas usunięcia tej awarii nie przekroczy 1 godziny, a wykonawca w trakcie niezbędnych z jego punktu widzenia prac naprawczych w celu usunięcia awarii nie wgra żadnego oprogramowania ani nie zmodyfikuje kodu oprogramowania. Zamawiający jednak wyraźnie wskazał, że dopuszcza możliwość przeprowadzenia czynności naprawczych w przypadku wystąpienia awarii technicznej nośnika Próbki. Należy też wskazać, że Zamawiający w pkt 2 Załącznika nr 4 do SIWZ zdefiniował co rozumie pod pojęciem Próbki. Wskazał, że Próбка powinna zostać przygotowana w postaci oprogramowania zainstalowanego na 2 komputerach (np. laptopach) dołączonych do oferty. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że Zamawiający *de facto* dopuszczał możliwość naprawy awarii w sytuacji, gdy w trakcie prezentacji wystąpiłaby awaria techniczna nośnika Próbki, a nie samej Próbki, za którą należało uznać wymagane przez Zamawiającego oprogramowanie, co do którego określone zostały w postanowieniach Załącznika nr 4 do SIWZ konkretne wymogi. Nośnikiem Próbki – w świetle powyższego - były wymagane w SIWZ 2 komputery np. laptopy. Tym samym zatem czynności, które wykonywał Odwołujący w trakcie przerw technicznych podczas prezentacji Próbki nie były w ogóle dopuszczalne w świetle przywołanych powyżej postanowień SIWZ. Sam Odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania przyznał, że w trakcie usuwania awarii „*ograniczył się jedynie do prostej konfiguracji aplikacji*”. Wskazał też, że: „*zmiana konfiguracji polegała na przekazaniu informacji do próbki, aby badała dane w sposób, który był dostosowany do zmienionej formy pliku, wykorzystywanego podczas prezentacji*”. Odwołujący zatem przyznał, że powstała w trakcie prezentacji awaria nie dotyczyła nośnika próbki tylko samego oprogramowania (aplikacji). Tym samym też naprawa tej awarii nie była w ogóle dopuszczalna.

W związku z powyższym w świetle postanowień pkt 3.2 SIWZ przygotowanie Próbki w inny sposób niż określony w postanowieniach rozdziału 2 Załącznika nr 4 („*Wymagania dotyczące Próbki*”, gdzie Zamawiający m.in. określił wymagane efekty prezentacji Próbki) i rozdziału 3 Załącznika nr 4 do SIWZ („*Procedura przygotowania i przekazania Próbki*”) zasadnie zostało potraktowane przez Zamawiającego jako niezgodność oferty z SIWZ i słusznie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, w drugiej kolejności, stwierdzić należało, że Odwołujący ani w odwołaniu, ani też w toku rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że w trakcie czynności naprawczych co do jego Próbki nie doszło do modyfikacji kodu wykonywalnego lub kompilowania kodu źródłowego zainstalowanego oprogramowania, w sytuacji gdy to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodowy (wykazania,

że brak było podstaw do odrzucenia jego oferty). Zgodnie z przywołanym pkt 4.1 Załącznika nr 4 do SIWZ w trakcie prac naprawczych nośnika próbki niedopuszczalne było wgrywanie żadnego oprogramowania ani modyfikowanie kodu oprogramowania. Zgodnie zaś z pkt 3.2 Załącznika nr 4 do SIWZ podczas prezentacji Próbkę niedopuszczalne było:

- instalowanie oprogramowania
- wgrywania (przy pomocy nośników zewnętrznych lub innych środków komunikacji, np. sieci bezprzewodowej) nowych danych i programów, poza danymi testowymi przekazanymi przez Zamawiającego;
- korzystanie z sieci WiFi, GSM, UMTS, Bluetooth lub innej bezprzewodowej;
- modyfikowanie kodu wykonywalnego lub kompilowanie kodu źródłowego zainstalowanego oprogramowania.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał również, że usunięcie awarii nie wymagało co prawda zmiany kodu oprogramowania tworzącego Próbkę lecz: „wymagało jedynie odpowiedniego skonfigurowania (ustawienia) tego oprogramowania”.

Odwołujący w treści odwołania sam przyznał, że w przypadku jego Próbkę doszło do zmiany aplikacji, a więc doszło w tym przypadku w trakcie czynności naprawczych przeprowadzanych przez wykonawcę w toku prezentacji do modyfikacji oprogramowania, czego nie przewidywały postanowienia Załącznika nr 4 do SIWZ. Dopuszczenie takiej modyfikacji Próbkę, której ocena podlegała weryfikacji w ramach określonej w SIWZ oceny ofert pod kątem kryterium jakościowego, prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty i tym samym do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Niewątpliwym było dla Izby - tak w oparciu o dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie, w tym wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w trakcie prezentacji, które zostały przez niego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, samą treść odwołania, jak i po przeprowadzeniu rozprawy w części z wyłączeniem jawności, że Odwołujący w ramach przygotowanej przez siebie Próbkę nie przewidział realizacji w określony sposób, tj. z zachowaniem ustalonych przez Zamawiającego reguł, danej funkcjonalności Próbkę. Powyższe stało się podstawą problemów z prezentacją Próbkę Odwołującego w ramach trzeciego scenariusza, co *de facto* Odwołujący przyznał w toku rozprawy prowadzonej w części, w której Izba wyłączyła jej jawność.

Nie można w tym przypadku uznać za wiarygodne twierdzenia Odwołującego, że przyczyna awarii tkwiła w pliku danych DK3.GML, który rzekomo został przygotowany niewłaściwie przez Zamawiającego na podstawie pliku wzorcowego DK1.GML dla potrzeb

weryfikacji Próbki. Żaden inny wykonawca, który przeprowadzał kolejne, wymagane w SIWZ scenariusze prezentacji na dostarczanej przez siebie Próbcie w oparciu o przygotowany przez Zamawiającego plik danych DK3.GML, nie miał tego rodzaju problemów, które pojawiły się u Odwołującego. W toku rozprawy prowadzonej z wyłączeniem jawności Odwołujący wyjaśnił na czym owo niewłaściwe przygotowanie przez Zamawiającego wskazanego pliku polegało. Nie chodziło Odwołującemu w tym zakresie o pewną techniczną nieprawidłowość lecz przyjęcie przez Zamawiającego określonego założenia co do wymaganej od oprogramowania funkcjonalności, której to funkcjonalności Odwołujący w swojej Próbcie nie przewidział, ponieważ w inny sposób zrozumiał to wymaganie Zamawiającego. Powyższe w żadnej mierze nie może być usprawiedliwione i uznane za prawidłowe przeprowadzenie prezentacji na Próbcie przez Odwołującego. Naprawa przygotowanej przez Odwołującego Próbki w tym zakresie poprzez wprowadzenie określonej modyfikacji oprogramowania - niezależnie od oceny, czy faktycznie w tym zakresie doszło do modyfikacji kodu wykonywalnego, czy też do kompilowania kodu źródłowego zainstalowanego oprogramowania, czy też wreszcie innej, niedopuszczalnej w świetle SIWZ czynności - była niedopuszczalna, ponieważ prowadziła *de facto* do nieuprawnionej zmiany treści oferty wykonawcy.

Zwrócić należy uwagę, że Próбка wymagana przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu służyła Zamawiającemu do oceny ofert w oparciu o ustalone w SIWZ kryterium oceny ofert. W takiej więc sytuacji zmiana Próbki przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert, tym bardziej zmiana Próbki w takim zakresie, jakiego nie przewidywały postanowienia SIWZ (przede wszystkim załącznika nr 4 do SIWZ), była niedopuszczalna.

Odwołujący w odwołaniu podniósł także argument, iż Zamawiający w wynikach oceny ofert powinien był uwzględnić ilość przyznanych mu punktów z tytułu realizacji bez zakłóceń dwóch z trzech scenariuszów prezentacji Próbki, która to liczba punktów – w ocenie Odwołującego – pozwalała mu uzyskać największą liczbę punktów spośród wykonawców ubiegających się o zamówienie, a nie odrzucać od razu oferty Odwołującego. Izba, odnosząc się do tego argumentu, stwierdziła, że postanowienia Załącznika nr 4 do SIWZ wskazywały na konieczność przeprowadzenia w określony sposób prezentacji Próbki (prezentacji wszystkich przewidzianych przez Zamawiającego scenariuszy i uzyskania określonych efektów z tej prezentacji). Tymczasem przygotowanie Próbki w inny sposób niż zakładał to Zamawiający w wymaganiach opisanych w rozdziałach 2 i 3 Załącznika nr 4 do SIWZ, zgodnie z pkt 3.2 tego Załącznika, skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a nie przyznaniem mniejszej ilości punktów. Wskazane reguły przeprowadzania czynności oceny ofert zostały ustalone ściśle przez Zamawiającego

w SIWZ i nie zostały skutecznie zakwestionowane przez Odwołującego na etapie przekazania mu postanowień SIWZ (przed otwarciem ofert). Tym samym zatem niezależnie od tego jaką ilość punktów Odwołujący otrzymałby za prawidłowe przeprowadzenia prezentacji w zakresie dwóch scenariuszy, jeśli naruszył wymagania SIWZ podczas prezentacji w ramach trzeciego, wymaganego scenariusza, jego oferta podlegała odrzuceniu jako sprzeczna z SIWZ, zgodnie z przywołanymi powyżej wymogami SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wskazania w zawiadomieniu o wynikach postępowania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała ten zarzut za niezasadny. W ocenie Izby Zamawiający w okolicznościach niniejszej sprawy – w szczególności wobec objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa czynności prezentacji, Próbkki i pisemnego wyjaśnienia działań Odwołującego podejmowanych w trakcie naprawy awarii - w wystarczający sposób uzasadnił podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Przywołał on tam bowiem postanowienia SIWZ, z którymi były sprzeczne działania Odwołującego dokonywane w trakcie przeprowadzanej przez niego prezentacji Próbkki. Wskazał też na działania Odwołującego, które stały się podstawą decyzji Zamawiającego o stwierdzeniu niezgodności jego oferty z treścią SIWZ. Wskazał, że podczas prezentacji Próbkki w trakcie przerwy technicznej Odwołujący modyfikował oprogramowanie Próbkki. Powyższe było wystarczające, jak się również okazało, dla sformułowania przez Odwołującego merytorycznego zarzutu odwołania, dotyczącego prezentacji przez niego Próbkki. Odwołujący w sposób szczegółowy formułując zarzut i przytaczając na jego poparcie stosowną argumentację doskonale zdawał sobie sprawę, który moment dokonywanej przez niego prezentacji stał się podstawą odrzucenia jego oferty. To, iż w sposób odmienny interpretował sposób swojego działania podczas przywoływanej przez Zamawiającego przerwy technicznej, niż dokonywał tego Zamawiający, stanowi postawę twierdzeń Odwołującego na poparcie swojego odwołania, nie może zaś stanowić zarzutu odnoszącego się do rzekomych zaniechań po stronie Zamawiającego w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę tym samym nie potwierdził się zarzut nieuprawnionego wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Skoro Izba uznała, że nie potwierdził się przede wszystkim zarzut dotyczący czynności odrzucenia oferty Odwołującego w konsekwencji należało uznać, że Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....