

Sygn. akt: KIO 1681/20

Sygn. akt: KIO 1696/20

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę „**ALMA**” S.A., ul. **Wichrowa 1a, 60-499 Poznań** (KIO 1681/20),
- B. w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę **PSI Polska Sp. z o.o., ul. Towarowa 37, 61-896 Poznań** (KIO 1696/20),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań,**

przy udziale:

- 1. wykonawcy **PSI Polska Sp. z o.o., ul. Towarowa 37, 61-896 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1681/20 po stronie zamawiającego,
- 2. wykonawcy „**ALMA**” S.A., ul. **Wichrowa 1a, 60-499 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1696/20 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. **oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 1681/20,**
- 2. **uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 1696/20** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego PSI Polska Sp. z o.o. i

powtórzenie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie posiadania przez oferowany system cech systemu otwartego.

3. kosztami postępowania obciąża: w sprawie o sygn. akt KIO 1681/20 – odwołującego **„ALMA” S.A., ul. Wichrowa 1a, 60-499 Poznań**, zaś w sprawie o sygn. akt KIO 1696/20 – zamawiającego **AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez odwołujących: **„ALMA” S.A., ul. Wichrowa 1a, 60-499 Poznań** oraz **PSI Polska Sp. z o.o., ul. Towarowa 37, 61-896 Poznań**, tytułem wpisów od odwołań,
 - 3.2. w sprawie KIO 1696/20 zasądza od zamawiającego **AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań**, na rzecz odwołującego **PSI Polska Sp. z o.o., ul. Towarowa 37, 61-896 Poznań**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), z tytułu kosztów poniesionych tytułem uiszczonego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1681/20

Sygn. akt KIO 1696/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Komputerowego Systemu Nadzoru Technologicznego KSNT dla Poznańskiego Systemu Kanalizacyjnego”, numer referencyjny: Z/35/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.08.2019 r., nr 2019/S 148-365711.

Pismem z dnia 10.07.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy PSI Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 20 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa odwołania wniesione przez:

I. wykonawcę „ALMA” S.A., ul. Wichrowa 1a, 60-499 Poznań (dalej: „odwołujący ALMA”) – sygn. akt **KIO 1681/20**. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PSI z dodatkowych powodów niż powód podany w piśmie Zamawiającego z dnia 10.07.2020r.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

1) „Stosownie do postanowień § 13 ust. 1 Umowy na wykonanie systemu KSNT (Część III SIWZ), na wykonane prace stanowiące Przedmiot Umowy, z zastrzeżeniem §13 pkt. 11, Wykonawca udzieli Zamawiającemu, w ramach Wynagrodzenia, pisemnej gwarancji jakości na okres 60 miesięcy. W § 13 ust. 1 Umowy Zamawiający wskazał, że na Oprogramowanie i Sprzęty nie wytworzone przez Wykonawcę, a dostarczone Zamawiającemu podczas realizacji Przedmiotu Umowy, w ramach Wynagrodzenia, Wykonawca zobowiązuje się uzyskać i przekazać Zamawiającemu gwarancje jakości udzielone przez producentów tych Sprzętów i Oprogramowania na zasadach i warunkach określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do SIWZ. Dokonując wykładni postanowień Umowy, zdaniem Odwołującego należy przyjąć, że okres gwarancji (5 lat) został przez Zamawiającego określony w Umowie (§13 ust. 1), a zasady i warunki wymaganej pięcioletniej pisemnej gwarancji zawarte zostały w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Jak tymczasem wynika z treści oferty złożonej przez PSI, wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu jedynie 3 lata gwarancji na zasilacz UPS wskazany w poz. 3 Wykazu oferowanego sprzętu (Załącznik nr 1a do Formularza oferty, Załącznik nr 4 do umowy). Podkreślenia wymaga okoliczność, że w odniesieniu do

pozostałego oferowanego sprzętu i oprogramowania PSI zaoferowało 60-miesięczny okres gwarancji, co świadczy o tym, że wykonawca zdawał sobie sprawę z istnienia wymogu SIWZ co do obowiązku zaoferowania gwarancji jakości producenta na co najmniej wyżej wymieniony okres. Podsumowując, zaoferowanie zbyt krótkiego okresu gwarancji dla zasilaczy UPS należy potraktować jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co wypełnia przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

- 2) „W pkt 6.3.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Oprogramowanie - stacje operatorskie) Zamawiający zamieścił wymóg używania bazy danych MS SQL Server 2012/2014/2016 dla przechowywania informacji alarmowych. Podkreślić trzeba, że w wymaganiu Zamawiający wskazał precyzyjnie na konkretną bazę danych, co było przedmiotem pytań i odpowiedzi Zamawiającego. W tym miejscu Odwołujący wskazuje na odpowiedź na pytanie nr 2 (pakiet VI) udzieloną pismem z dnia 03 stycznia 2020 r. (...) *„Zamawiający dopuszcza eksport danych do dowolnej komercyjnej bazy danych (w tym MS SQL lub Oracle). Przez komercyjne Zamawiający rozumie każde oprogramowanie posiadające nazwanego producenta, z możliwością wykupienia wsparcia u tego producenta. Niedopuszczalne jest rozwiązanie typu open source”*.

W odpowiedzi na przedmiotowe pytanie Zamawiający nie narzucił konkretnej bazy danych, ale bardzo wyraźnie wskazał na konieczność zaoferowania komercyjnej bazy danych oraz wyraźnie uznał za niedopuszczalne zaoferowanie bazy danych typu open source. Jak tymczasem wynika z treści oferty PSI, wykonawca ten nie ujął w złożonej ofercie licencji ani na bazę danych MS SQL Server, ani na żadną inną komercyjną bazę danych; licencja w tym zakresie nie została wskazana w poz. 9/13 (różne oznaczenia pozycji w poszczególnych ofertach - komentarz Odwołującego) Wykazu oferowanego sprzętu (System SCADA). Fakt jej zaoferowania nie wynika również z pozostałych pozycji Wykazów znajdujących się w tej ofercie. Z treści złożonej oferty nie wynika więc, czy (oraz ewentualnie jaka) licencja została zaoferowana. Zamawiający w toku badania ofert nie może spekulować, czy oferta wykonawcy obejmuje pełen przedmiot zamówienia i pozostaje zgodna z treścią SIWZ, dlatego oferta PSI powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ”.

- 3) „Zgodnie z postanowieniami pkt 5.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Raportowanie) Dla systemu raportowania należy:

1) Dostarczyć odpowiednie licencje baz danych i systemu raportowania w celu umożliwienia rozszerzenia funkcjonalności systemu raportowego o nowe obiekty KSNT (2 krotne powiększenie obecnego systemu kanalizacyjnego). (...)

Podkreślić trzeba również, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1 (pakiet V) udzieloną pismem z dnia 10 września 2019 r. cyt.: Pytanie: *„Prosimy o potwierdzenie, że*

Zamawiający oprócz bazy danych Oracle lub MS SQL dopuszcza inne równoważne silniki bazodanowe np. PostgreSQL", Odpowiedź: „Zamawiający dopuszcza eksport danych do dowolnej komercyjnej bazy danych (w tym MS SQL lub Oracle). Przez komercyjne Zamawiający rozumie każde oprogramowanie posiadającego nazwanego producenta, z możliwością wykupienia wsparcia i gwarancji u tego producenta. Niedopuszczalne jest rozwiązanie typu open source."

Odwołujący podnosi, że wykonawca PSI nie zaoferował licencji na żadną bazę danych. Licencja w tym zakresie nie została wskazana w poz. 9/13 Wykazu oferowanego sprzętu (System SCADA), fakt jej zaoferowania nie wynika również z pozostałych pozycji Wykazów znajdujących się w ofercie tego wykonawcy. Jeżeli nawet przyjąć, że wykonawca PSI w toku procedury wszczętej w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych udzieliłby wyjaśnienia, że oferuje bezpłatną licencję, to okoliczność ta doprowadzi do niedopuszczalnej przepisami ustawy Pzp zmiany treści złożonej oferty. Nadto, jeżeli Zamawiający przyjmie rozwiązanie typu open source (czego jednak nie dopuszczał w wyjaśnieniach treści SIWZ), to zgodnie z ww. odpowiedzią na pytanie nr 1 (pakiet V) wymagane jest zastosowanie komercyjnej bazy danych, dla której brak jest licencji w ofercie PSI.

Powyższe oznacza niezgodność treści oferty PSI z treścią SIWZ, co wyczerpuje przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. dokonania ponownego badania oferty PSI, w tym dokonania czynności odrzucenia tej oferty z powodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- b. dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

II. wykonawcę PSI Polska Sp. z o.o., ul. Towarowa 37, 61-896 Poznań (dalej: „odwołujący PSI”) – sygn. akt **KIO 1696/20**. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta odwołującego spełnia wymagania określone w siwz,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie objętym informacją o odrzuceniu oferty, jak również poprzez brak precyzyjnego wezwania do złożenia wyjaśnień i w konsekwencji uznania tych wyjaśnień za niewystarczające i niepotwierdzające spełniania wymagań opisanych w SIWZ i OPZ,
- 3) ewentualnie - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień,
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty w sposób nieprzejrzysty, nieprecyzyjny, bez podania szczegółowo

elementów i zapisów SIWZ i OPZ, których oferta odwołującego nie spełnia,
5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

„Zamawiający odrzucił ofertę PSI działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp, tj. ponieważ jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W treści uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że Oferta złożona przez PSI Polska Sp. z o.o., ul. Towarowa 37, 61-896 Poznań nie spełnia wymogu pkt 3d SIWZ II OPZ. (...)

W tym miejscu zauważyć należy, że na podstawie zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał jedynie w Opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) jakie wymagania ma spełniać system, będący przedmiotem dostawy i wdrożenia. Potencjalni wykonawcy w oparciu o wyartykułowane przez Zamawiającego wymagania oraz mając na względzie własną ofertę produktową mogli złożyć ofertę w Postępowaniu. (...) Zamawiający nie żądał, aby wykonawca złożył jakiegokolwiek dokumenty, na podstawie których Zamawiający będzie dokonywał weryfikacji czy system zaoferowany przez wykonawcę spełnia jego wymagania. Nie żądał przedłożenia szczegółowych parametrów systemu, danych technicznych, opisów rozwiązań, scenariuszy testowych, kart katalogowych czy też innych dokumentów mogących potwierdzać, że oferowany system będzie spełniać jego wymagania.

(...) W dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty PSI, Zamawiający zawarł informację, że *Na podstawie analizy informacji zawartych na stronach www producenta systemu PSIScada o firmie PSI oraz na podstawie udzielonych wyjaśnień, w których Wykonawca nie wymienił choćby jednego certyfikowanego Wykonawcy, oraz wobec braku możliwości zweryfikowania przez zamawiającego oferowanej platformy SCADA z uwagi na całkowity brak dostępnych informacji na temat oferowanego produktu (brak kart katalogowych, brak opisu parametrów technicznych, możliwości i rozwiązań SCADA, ogólnego opisu, itp.), co przekłada się na brak możliwości porównania oferowanego produktu do zapisów OPZ, Zamawiający stwierdził, że oferta firmy PSI nie spełnia zapisów OPZ w punkcie 3.d.*

W tym miejscu należy zauważyć, iż uzasadnienie faktyczne pozostaje oderwane od zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wskazanych powyżej i na tej podstawie jest ono niezasadne. Po pierwsze Wykonawca, zarówno na podstawie zapisów SIWZ jak i OPZ nie miał obowiązku wskazywania certyfikowanych wykonawców. Po drugie w wezwaniu do wyjaśnień, Zamawiający nie sprecyzował, że PSI ma m.in. wyjaśnić otwartość systemu poprzez wskazanie certyfikowanych wykonawców. Ponadto ani z zapisów SIWZ i OPZ, ani tym bardziej z treści wezwania do złożenia wyjaśnień, nie wynika, że na PSI

spoczywał obowiązek przedłożenia kart katalogowych, opisu parametrów technicznych, możliwości i rozwiązań SCADA i innych.

Zamawiający powołując się w informacji o odrzuceniu oferty PSI na wyżej wymienione elementy dokonuje nieuprawnionej modyfikacji treści SIWZ, w tym OPZ, na etapie badania i oceny złożonych ofert, co jest niezgodne z przepisami prawa. Zamawiający miał bowiem czas na wprowadzenie ewentualnych modyfikacji do SIWZ przed terminem złożenia ofert, jak również wprowadzenia dodatkowych wymogów w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań Zamawiającego w odniesieniu do oferowanego systemu.

Nie jest również prawdą, że brak tych dokumentów, które nie były wymagane i nie zostały wskazane w wezwaniu do wyjaśnień, przekłada się na brak możliwości porównania produktu oferowanego przez PSI z zapisami OPZ. Zamawiający bowiem miał taką możliwość tj. mógł skorzystać z wystosowania ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień ze wskazaniem, jakie elementy oferty budzą wątpliwości Zamawiającego i w jaki sposób wykonawca może wyjaśnić treść złożonej przez siebie oferty, czego nie uczynił. (...)

Istotne jest również, iż Zamawiający nie wskazuje w swojej informacji o odrzuceniu oferty PSI, w jakim zakresie oferta PSI nie spełnia wymagań określonych w pkt 3d. SIWZ II OPZ. Uzasadnienie odrzucenia oferty zawiera jedynie lakoniczne stwierdzenie, że „Zamawiającemu nie udało się porównać oferowanego produktu do zapisów OPZ”, natomiast nie ma jednoznacznego wskazania, że system oferowany przez PSI konkretnie nie spełnia danego wymogu. Zauważyć należy, że pkt 3d jest ogólny w swojej treści (...). Zamawiający nie precyzuje, którego z elementów system oferowany przez PSI nie spełnia. Wykonawca nie wie, czy w opinii Zamawiającego Informatycy i Automatycy nie będą mieli pełnej kontroli nad systemem, czy może nie będą mieli możliwości samodzielnego wprowadzania zmian w systemie, czy może system nie będzie umożliwiał pracy nad nim różnym wykonawcom certyfikowanym przez producenta i/lub dystrybutora, czy też może nie będzie możliwe prowadzenie prac równolegle. Tak sformułowane uzasadnienie faktyczne uznać należy za sporządzone niezgodnie z przepisami prawa i w tym stanie rzeczy niebyłe. (...)

Mając na względzie powyższe uznać należy, że wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty złożonej przez PSI miało bardziej charakter prośby o potwierdzenie spełniania wymagań zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a nawet gdyby uznać, iż zawierało prośbę o złożenie wyjaśnień, to co najwyżej w zakresie zastosowania otwartych rozwiązań oferowanego systemu (ostatni punkt tabeli) i dodać należy, że również w tym zakresie było to wezwanie ogólne, nieprecyzyjne, nie zawierające konkretnych wątpliwości Zamawiającego.

Istotnym jest również fakt, iż zarówno w odniesieniu do wymagań wobec urządzeń (wiersz od 1 do 3 tabeli) jak i w odniesieniu do wymagań wobec systemu (wiersz od 4 do 6

tabeli) wezwanie Zamawiającego było skonstruowane w analogiczny sposób tj. z prośbą o potwierdzenie, przy czym złożone w ten sposób wyjaśnienia Odwołującego w zakresie urządzeń Zamawiający uznał za wystarczające, a w odniesieniu do systemu już nie i odrzucił ofertę Odwołującego jako nie spełniającą wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Na podstawie tak skonstruowanego wezwania do złożenia wyjaśnień, któremu Odwołujący uczynił zadość tj. odpowiedział Zamawiającemu w żądanym zakresie, nie można uznać, iż wyjaśnienia te były niewystarczające a treści w nich zawarte nie potwierdzały, że oferowany system spełnia wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ i OPZ. Jest wręcz odwrotnie, Odwołujący w należyty sposób ustosunkował się do złożonych przez Zamawiającego zapytań, odnosząc się kolejno do każdego ze wskazanych punktów. W przypadku ostatniego z pytań dotyczącego otwartości systemu, w związku z prośbą Zamawiającego (jedyną) Odwołujący wyjaśnił kwestię otwartości systemu w sposób precyzyjny, dokładny i rzetelny. (...)

Gdyby nawet przyjąć, co nie znajduje uzasadnienia wobec powyżej wskazanych okoliczności, że na podstawie przedłożonych dokumentów nie można ustalić czy oferta Odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ i OPZ, to mając na uwadze, iż wezwanie Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2020 r. nie spełniało wymagań w zakresie szczegółowości, precyzyjności określenia wątpliwości Zamawiającego, okoliczność, iż udzielone wyjaśnienia nie są zbyt wystarczające i precyzyjne nie powinna powodować negatywnych skutków dla Odwołującego w postaci odrzucenia jego oferty. Skoro Zamawiający w sposób nieprecyzyjny wezwał do wyjaśnień treści złożonej przez Odwołującego oferty, to Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty. (...)

Stanowisko Zamawiającego, które wybrzmiewa z analizy informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazuje na dążenie do weryfikacji zaoferowanego rozwiązania w oparciu jedynie o wiedzę personelu Zamawiającego pozyskaną w sposób nierzetelny. Takie podejście rozmija się z katalogiem żądanych dokumentów w myśl zapisów SIWZ oraz z treścią udzielonych w sposób należyty i z dochowaniem staranności wymaganej od Wykonawcy, wyjaśnień treści oferty.”

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty PSI,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny oferty PSI,
- c) uznania, że na podstawie złożonych dokumentów i wyjaśnień oferta odwołującego odpowiada treści siwz w zakresie oferowanego przez odwołującego systemu, ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do kolejnych wyjaśnień.

Pismami w dnia 23 i 24 lipca 2020 r:

- 1) wykonawca PSI Polska Sp. z o.o., ul. Towarowa 37, 61-896 Poznań, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1681/20 po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawca „ALMA” S.A., ul. Wichrowa 1a, 60-499 Poznań, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1696/20 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że ww. przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 27.08.2020 r. odwołujący ALMA przedstawił dodatkowo swoje stanowisko w sprawie o sygn. akt KIO 1681/20.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamówienie obejmuje usługę zaprojektowania, dostawy, wdrożenia, przeszkolenia oraz zakup oprogramowania typu SCADA dotyczącego zarządzanego centralnie, Komputerowego Systemu Nadzoru Technologicznego (KSNT) na obiektach Poznańskiego Systemu Kanalizacyjnego (PSK).

Zgodnie z pkt 3d OPZ: Informatycy oraz automatycy Aquanet muszą mieć pełną kontrolę nad systemem KSNT oraz możliwość samodzielnego wprowadzania zmian w systemie, generowania własnych raportów, dostępu do archiwum danych. Wybrane rozwiązanie powinno umożliwiać prace nad systemem przez różnych wykonawców certyfikowanych przez producenta i/lub dystrybutora. Co więcej, powyższe prace mogą trwać równolegle i nie mogą wpływać na bieżące działanie systemu informatycznego. Przez co rozumie się stosowanie otwartych rozwiązań sprzętowych i programistycznych.

W pkt 1.3. OPZ zamawiający wskazał m.in., że: Oferta dostarczona przez Wykonawcę powinna być zgodna z niniejszą specyfikacją. Wykonawca ujmie także prace dodatkowe oraz elementy systemu, które nie zostały wyszczególnione w niniejszym opracowaniu, a są niezbędne do poprawnego funkcjonowania systemu KSNT.

W pkt 5.6. OPZ zamawiający wskazał, że: Dla systemu raportowania należy:

- 1) Dostarczyć odpowiednie licencje baz danych i systemu raportowania w celu umożliwienia rozszerzenia funkcjonalności systemu raportowego o nowe obiekty KSNT (2 krotne powiększenie obecnego systemu kanalizacyjnego).
- 2) Wykonać odpowiednie prace programistyczne.

Zgodnie z § 13 ust. 1 projektu umowy: Na wykonane prace stanowiące Przedmiot Umowy, z zastrzeżeniem § 13 pkt 11, Wykonawca udzieli Zamawiającemu, w ramach Wynagrodzenia, pisemnej gwarancji jakości na okres 60 miesięcy liczony od: (...)

Zgodnie z § 13 ust. 11 projektu umowy: Na Oprogramowanie i Sprzęty niewytworzone przez Wykonawcę, a dostarczone Zamawiającemu w podczas realizacji Przedmiotu Umowy, w ramach Wynagrodzenia Wykonawca zobowiązuje się uzyskać i przekazać Zamawiającemu gwarancje jakości udzielone przez producentów tych Sprzętów i Oprogramowania na zasadach i warunkach określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do SIWZ.

W odpowiedzi z dnia 10.09.2019 r. na pytanie nr 1 (V pakiet pytań) o treści: „Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający oprócz baz danych Oracle lub MS SQL dopuszcza inne równoważne silniki bazodanowe np. PostgreSQL”.

zamawiający wskazał: „Zamawiający dopuszcza eksport danych do dowolnej komercyjnej bazy danych (w tym MS SQL lub Oracle). Przez komercyjne Zamawiający rozumie każde oprogramowanie posiadające nazwanego producenta, z możliwością wykupienia wsparcia i gwarancji u tego producenta. Niedopuszczalne jest rozwiązanie typu open source”.

Dodatkowo w odpowiedzi z dnia 03.01.2020 r. na pytanie nr 2 (VI pakiet pytań) zamawiający wskazał: „Zamawiający dopuszcza eksport danych do dowolnej komercyjnej bazy danych (w tym MS SQL lub Oracle). Przez komercyjne Zamawiający rozumie każde oprogramowanie posiadające nazwanego producenta, z możliwością wykupienia wsparcia u tego producenta. Niedopuszczalne jest rozwiązanie typu open source”.

Pismem z dnia 22.06.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę PSI o wyjaśnienie:

| Nr pozycji wykazu oferowanego sprzętu (załącznik 1a do formularza oferty) | Pytanie |
|--|--|
| 6. Zestaw komputerowy + 2 monitory. 4 kpl. | Czy Wykonawca potwierdza, że zaoferowany sprzęt jest zgodny z zapisami OPZ, a w szczególności czy zaoferowany z komputerami system operacyjny spełnia wymagania OPZ? |
| 7. Zestaw komputerowy do obsługi tablicy synoptycznej. 1 kpl. | Czy Wykonawca potwierdza, że zaoferowany sprzęt jest zgodny z zapisami OPZ, a w szczególności czy zaoferowany z komputerami system operacyjny spełnia wymagania OPZ? |
| 8. Zestaw: komputer przenośny. 3 kpl. | Czy Wykonawca potwierdza, że zaoferowany sprzęt jest zgodny z zapisami OPZ, a w szczególności czy zaoferowany z komputerami system operacyjny spełnia wymagania OPZ? |

| | |
|-----------------|---|
| 9. System SCADA | Czy Wykonawca potwierdza, że zaoferowane oprogramowanie SCADA jest zgodne z zapisami OPZ, a w szczególności czy system PSIScada zapewni, że Informatycy oraz automatycy Aquanet będą mieli pełną kontrolę nad systemem KSNT oraz będą mieli możliwość samodzielnego wprowadzania zmian w systemie, generowania własnych raportów, dostępu do archiwum danych? |
| 9. System SCADA | Czy Wykonawca potwierdza, że zaoferowane oprogramowanie SCADA jest zgodne z zapisami OPZ, a w szczególności czy system SCADA umożliwia prace nad systemem przez różnych wykonawców certyfikowanych przez producenta przy zagwarantowaniu, że powyższe prace mogą trwać równolegle i nie mogą wpływać na bieżące działanie systemu informatycznego? |
| 9. System SCADA | Czy Wykonawca potwierdza, że zaoferowane oprogramowanie SCADA jest zgodne z zapisami OPZ, a w szczególności czy system SCADA stosuje otwarte rozwiązania programistyczne? Z informacji, do których dotarł Zamawiający wynika, iż system SCADA oferowany przez Wykonawcę jest systemem zamkniętym. Proszę o wyjaśnienie. |

Pismem z dnia 25.06.2020 r. wykonawca PSI odpowiedział:

Ad.6. Zestaw komputerowy + 2 monitory. 4kpl.

Tak, Wykonawca potwierdza, że zaoferowany przez PSI sprzęt wskazany w załączniku nr 1a do formularza oferty jest zgodny z wymaganiami OPZ. Ponadto potwierdzamy, że zaoferowany przez PSI z komputerami system operacyjny spełnia wymagania określone w OPZ, w tym w szczególności wymagania określone w pkt 6.5.8.1 ppkt pn. „System operacyjny” (str. 80 OPZ).

Ad.7. Zestaw komputerowy do obsługi tablicy synoptycznej. 1 kpl.

Tak, Wykonawca potwierdza, że zaoferowany przez PSI sprzęt wskazany w załączniku nr 1a do formularza oferty jest zgodny z wymaganiami OPZ. Ponadto potwierdzamy, że zaoferowany przez PSI z komputerami system operacyjny spełnia wymagania określone w OPZ, w tym w szczególności wymagania określone w pkt 6.5.8.3 ppkt 15 (str. 98 OPZ).

Ad.8. Zestaw: komputer przenośny. 3 kpl.

Tak, Wykonawca potwierdza, że zaoferowany przez PSI sprzęt wskazany w załączniku nr 1a do formularza oferty jest zgodny z wymaganiami OPZ. Ponadto potwierdzamy, że zaoferowany przez PSI z komputerami system operacyjny spełnia wymagania określone w OPZ, w tym w szczególności wymagania określone w pkt 6.5.8.2 ppkt 15 (str. 87 OPZ).

Ad.9. System SCADA

Tak, Wykonawca potwierdza, że zaoferowane przez PSI oprogramowanie PSIScada jest zgodne z wymaganiami OPZ. System PSIScada zapewnia, że Informatycy oraz automatycy Aquanet będą mieli pełną kontrolę nad systemem KSNT oraz będą mieli możliwość samodzielnego wprowadzania zmian w systemie, generowania własnych raportów, dostępu do archiwum danych a zatem spełnia wymagania określone w OPZ, w tym w szczególności w pkt 3 lit. d) i e) (str. 15 OPZ).

Ad.9. System SCADA

Tak, Wykonawca potwierdza, że zaoferowane przez PSI oprogramowanie PSIScada jest zgodne z wymaganiami OPZ. System PSIScada umożliwia prace nad systemem przez różnych wykonawców oraz, że powyższe prace mogą trwać równolegle bez wpływu na bieżące działanie systemu informatycznego, a zatem spełnia wymagania określone w OPZ, w tym w szczególności w pkt 3 lit. d) i e) (str. 15 OPZ).

Ad.9. System SCADA

Mając na względzie odpowiedzi na pytania Zamawiającego, o których mowa w wierszu 4 oraz 5 powyżej, Wykonawca potwierdza, że zaoferowane przez PSI oprogramowanie PSIScada jest zgodne z wymaganiami OPZ, a w szczególności, potwierdzamy, że system PSIScada stosuje otwarte rozwiązania programistyczne. Ponadto Wykonawca wyjaśnia, że otwarte rozwiązania programistyczne stosuje w szerokim zakresie i wielu kontekstach, polegające między innymi na:

- Możliwości integracji z dowolnym systemem bazodanowym, umożliwiającym komunikację / integrację z innymi systemami;
- Możliwości przeglądania struktur bazodanowych systemu w narzędziach zewnętrznych dedykowanych dla użytej bazy danych (np. MSSQL Management Studio, pgAdmin, SQLDeveloper);
- Możliwości importu i eksportu danych konfiguracyjnych (pliki graficzne, dźwiękowe, opisowe, raporty, trendy) przy użyciu standardowych formatów (np. xlsx, csv, pdf, svg, dxf, shp, jpg, bmp, png, gif);
- Możliwości wymiany danych z systemami trzecimi za pomocą standardowych interfejsów (np. REST API, MQ, SOAP);
- Możliwości wymiany danych poprzez standardowe protokoły komunikacyjne np. OPC UA Klient/serwer, IEC 60870, MODBUS (ASCII, RTU, RTU over TCP/IP, TCP/IP), Siemens S7 itp.;
- Możliwości rozszerzenia funkcjonalności systemu za pomocą osadzania kontrolerek na ekranach synoptycznych (np. OpenStreetMaps, WWW);

- Możliwości modyfikowania lub tworzenia nowych widoków ekranów z poziomu interfejsu użytkownika systemu;
- Możliwości użycia języka skryptowego do rozszerzania wybranych funkcjonalności systemu.

Pismem z dnia 10.07.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy PSI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał: „Oferta złożona przez PSI Polska sp. z o.o. (...) nie spełnia wymogu pkt 3d SIWZ II OPZ. Zgodnie z zapisami pkt 3d. SIWZ II OPZ: Informatycy oraz automatycy Aquanet muszą mieć pełną kontrolę nad systemem KSNT oraz możliwość samodzielnego wprowadzania zmian w systemie, generowania własnych raportów, dostępu do archiwum danych. Wybrane rozwiązanie powinno umożliwiać prace nad systemem przez różnych wykonawców certyfikowanych przez producenta i/lub dystrybutora. Co więcej, powyższe prace mogą trwać równolegle i nie mogą wpływać na bieżące działanie systemu informatycznego. Przez co rozumie się stosowanie otwartych rozwiązań sprzętowych i programistycznych.

Na podstawie analizy informacji zawartych na stronach www producenta systemu PSIScada o firmie PSI oraz na podstawie udzielonych wyjaśnień, w których Wykonawca nie wymienił choćby jednego certyfikowanego Wykonawcy, oraz wobec braku możliwości zweryfikowania przez zamawiającego oferowanej platformy SCADA z uwagi na całkowity brak dostępnych informacji na temat oferowanego produktu (brak kart katalogowych, brak opisu parametrów technicznych, możliwości i rozwiązań SCADA, ogólnego opisu, itp.), co przekłada się na brak możliwości porównania oferowanego produktu do zapisów OPZ, Zamawiający stwierdził, że oferta firmy PSI nie spełnia zapisów OPZ w punkcie 3.d”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87

ust. 2 pkt 3.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 zamawiający informuje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt **KIO 1681/20**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego gwarancji dla zasilacza UPS, należy zauważyć, że w § 13 pkt 1 projektu umowy zamawiający faktycznie wymagał udzielenia przez wykonawcę gwarancji jakości na okres 60 miesięcy, jednakże z zastrzeżeniem pkt 11. Wskazany § 13 pkt 11 projektu umowy dotyczy oprogramowania i sprzętu niewytworzonego przez wykonawcę, a dostarczonego w ramach realizacji umowy i w stosunku do tego oprogramowania i sprzętu zamawiający wymagał gwarancji jakości udzielonych przez ich producentów na zasadach i warunkach określonych w OPZ. Zgodnie natomiast z pkt 6.5.4. OPZ dla zasilacza UPS była wymagana gwarancja na okres „min. 36 miesięcy, na urządzenie i baterię w miejscu instalacji z czasem reakcji w następnym dniu roboczym”. Z powyższego wynika, że przystępujący PSI nie miał obowiązku udzielać dla zasilacza UPS gwarancji 5-letniej, gdyż wystarczająca była w tym zakresie gwarancja 3-letnia udzielana przez producenta sprzętu. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że w odniesieniu do pozostałego oferowanego sprzętu i oprogramowania przystępujący PSI zaoferował 5-letni okres gwarancji, gdyż w świetle przytoczonych postanowień projektu umowy i OPZ, wystarczające było udzielenie 3-letniej gwarancji na sprzęt i oprogramowanie niewytworzone przez wykonawcę. W związku z powyższym zarzut został uznany za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wskazania przez przystępującego PSI licencji na bazę danych, należy zauważyć, że po zmianie m.in. załącznika nr 1a do siwz zawierającego wykaz oferowanego sprzętu, zamawiający w części dotyczącej systemu SCADA wymagał podania licencji serwerowych, klienckich, inżynierskich i na narzędzia raportowe (jeżeli występują). Tym samym w załączniku 1a zamawiający nie przewidział wymogu i miejsca na wskazanie licencji na bazę danych. Oznacza to, że mimo konieczności uwzględnienia licencji w przedmiocie zamówienia, wykonawcy nie mieli obowiązku wskazywać jej w ww. załączniku 1a, gdyż zamawiający nie przewidział takiego wymogu.

Należy przy tym zgodzić się z odwołującym ALMA, że zamawiający wymagał komercyjnej bazy danych i nie dopuścił bazy danych typu open source, jak też z tym, że licencja na bazę danych jest niezbędna do jej legalnego używania. Niemniej jednak, jak wskazano już wyżej, obowiązek zaoferowania licencji na bazę danych nie może być utożsamiany z obowiązkiem jej wskazania w ofercie, skoro z żadnego postanowienia siwz obowiązek ten nie wynika. Należy przy tym zauważyć, że załącznik nr 1a zawiera wykaz głównych i kluczowych komponentów, zaś wykonawcy zobowiązywali się w jego treści do dostarczenia wszelkich materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy, w tym także licencji. Oznacza to, że mimo braku wymogu wskazania licencji na bazę danych w ofercie, wykonawca jest zobligowany do dostarczenia takiej licencji w ramach oferowanego przedmiotu zamówienia. Natomiast sam brak wskazania licencji w ofercie, w świetle postanowień siwz, nie może stać się podstawą odrzucenia oferty przystępującego PSI jako niezgodnej z siwz. Dlatego też zarzut został uznany za niezasadny.

Dodatkowo należy także odnieść się do podniesionego przez odwołującego w piśmie z dnia 27.07.2020 r. i na rozprawie argumentu, zgodnie z którym cena w ofercie przystępującego PSI za system SCADA świadczy o zaoferowaniu przez niego rozwiązania typu open source i braku zaoferowania licencji na bazę danych. Należy w związku z tym podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie okoliczność związku ceny w ofercie przystępującego PSI za system SCADA z zarzucanym brakiem zaoferowania licencji na bazę danych, nie była zawarta w treści odwołania. W związku z tym nie może być ona brana pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie oraz w ww. piśmie

argumenty dotyczące ceny za system SCADA, gdyż nie były one zawarte w treści odwołania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wskazania przez przystępującego PSI licencji dla systemu raportowania, należy ponownie zauważyć, że czym innym jest wymóg zaoferowania określonego elementu, a czym innym wymóg wskazania w ofercie faktu jego zaoferowania. Niewątpliwie wykonawcy mają obowiązek w przedmiotowym postępowaniu zaoferować licencję dla systemu raportowania, co wynika z przytoczonych przez odwołującego ALMA postanowień siwz. Dopuszczalne było przy tym (pkt 5.6. OPZ) zaoferowanie systemu zarówno z wewnętrznymi, jak i zewnętrznymi narzędziami do raportowania. Natomiast w załączniku 1a, tj. w wykazie oferowanego sprzętu, zamawiający wskazał, że licencje na narzędzia raportowe mają być wpisane „jeżeli występują”. Tym samym nie w każdym przypadku wykonawca zobowiązany był wpisać taką licencję, ale jedynie wtedy, gdy oferował system z zewnętrznymi narzędziami raportowymi. Tymczasem przystępujący PSI oferuje system SCADA z wbudowanymi narzędziami raportowymi, co oznacza, że licencja na system obejmuje też narzędzia raportowe. Tym samym przystępujący, zgodnie ze sformułowaniem z załącznika 1a: „jeżeli występują”, nie musiał odrębnie wskazywać licencji na narzędzia raportowe. W związku z powyższym zarzut został uznany za niezasadny.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zarzuty zawarte w odwołaniu o sygn. akt KIO 1681/20 nie są zasadne i oferta przystępującego PSI nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu okoliczności podniesionych w tym odwołaniu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt **KIO 1696/20**

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego PSI, w pierwszej kolejności należy przytoczyć podniesione na rozprawie wyjaśnienia zamawiającego dotyczące pkt 3d OPZ. Przede wszystkim zamawiający wskazał, że w punkcie tym zawarł wymaganie, aby oferowany system był systemem otwartym, a cechą takich systemów jest m.in. to, że dotycząca ich dokumentacja oraz lista certyfikowanych wykonawców znających system i posiadających odpowiednią wiedzę w zakresie ich uruchomienia i używania, są dostępne na stronie internetowej. W pkt 3d zamawiający wskazał, że oczekuje rozwiązania otwartego, że informatycy i automatycy zamawiającego muszą mieć pełną kontrolę nad systemem oraz opisał, jak mają być wykonywane prace na systemie w trakcie jego użytkowania. Zamawiający stwierdził, że w świetle ww. wymogów, w tym wymogu, aby system był otwarty, a zamawiający miał nad nim pełną kontrolę, powyższe jego cechy, takie jak: dostęp do dokumentacji i listy certyfikowanych wykonawców

na stronie internetowej, są oczywistością. Odwołujący PSI nie zaprzeczył istnieniu ww. cech systemu otwartego. Ponadto o tym, że ww. cechy systemu otwartego są znane podmiotom funkcjonującym w branży informatycznej, świadczy fakt, że wykonawcy nie zadawali pytań do treści pkt 3d OPZ, a zamawiający nie miał wątpliwości co do zaoferowania systemów otwartych przez pięciu pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty poza odwołującym, zatem wykonawcy ci wiedzieli, co należy rozumieć przez system otwarty.

Ww. argumentacja zamawiającego stanowi wyjaśnienie, dlaczego zamawiający w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego PSI, powołał się na informacje zawarte na stronie internetowej producenta oferowanego systemu PSIscada i dlaczego po analizie tych informacji stwierdził „całkowity brak dostępnych informacji na temat oferowanego produktu (brak kart katalogowych, brak opisu parametrów technicznych, możliwości i rozwiązań SCADA, ogólnego opisu, itp.)”. Wobec braku dokumentacji systemu na stronie internetowej zamawiającego doszedł bowiem do wniosku, że oferowany przez odwołującego PSI system, nie jest otwarty. Dodatkowo zamawiający odrzucając ofertę powołał się na wyjaśnienia odwołującego, w których nie wskazano żadnych certyfikowanych wykonawców.

W tym miejscu należy zauważyć, że aby procedura uzyskiwania od wykonawcy wyjaśnień mogła być dla obu stron efektywna, w pierwszej kolejności zamawiający musi dokonać wezwania w sposób na tyle szczegółowy, aby wykonawca wiedział, co konkretnie musi wyjaśnić. Zamawiający powinien więc w swoim wezwaniu wskazać, co budzi jego wątpliwości i w jakim zakresie oczekuje od wykonawcy wyjaśnień. Niewystarczająco szczegółowo sformułowane wezwanie do złożenia wyjaśnień stwarza ryzyko, że wykonawca nie domyśli się, co dokładnie ma wyjaśnić, a w konsekwencji zamawiający otrzyma wyjaśnienia, które nie będą przydatne do podjęcia przez niego określonych decyzji w postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie systemu SCADA skierował do odwołującego PSI trzy pytania: w pierwszych dwóch prosił jedynie o potwierdzenie określonych faktów, w trzecim również prosił o potwierdzenie otwartości systemu, a dodatkowo wskazał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że system jest systemem zamkniętym i poprosił o wyjaśnienie. Po pierwsze zatem, zamawiający we wszystkich trzech pytaniach prosił tylko o potwierdzenie określonych faktów, co nie zobowiązuje wykonawcy do niczego więcej niż tylko do odpowiedzi: „TAK” lub „NIE”. Po drugie, prosząc w trzecim pytaniu także o wyjaśnienie, zamawiający nie wskazał, jakie i skąd pozyskane przez niego informacje świadczą w jego ocenie o tym, że system jest zamknięty, oraz jakich informacji oczekuje od wykonawcy (np. w zakresie dostępu na stronie internetowej do dokumentacji systemu i listy certyfikowanych

wykonawców), aby mógł dokonać weryfikacji, czy system jest otwarty zgodnie z wymogiem zawartym w pkt 3d OPZ.

Wskutek nieprecyzyjnie sformułowanego wezwania do złożenia wyjaśnień, zamawiający otrzymał wyjaśnienia, w których odwołujący PSI w zakresie, w którym był proszony o potwierdzenie – potwierdził odpowiednie fakty, a w zakresie, w którym był proszony o wyjaśnienie – wyjaśnił to, co sam uznał za wystarczające do wyjaśnienia. Należy bowiem podkreślić, że choć okoliczności sprawy wskazują, że cechy systemu otwartego (np. dostęp do dokumentacji systemu i listy certyfikowanych wykonawców na stronie internetowej) są znane w branży, to udzielając wyjaśnień odwołujący niekoniecznie musiał uznać te akurat cechy systemu za tak „oczywiste”, żeby wskazać je w wyjaśnieniach. Dlatego też obowiązkiem zamawiającego jest sformułowanie wezwania do wyjaśnień w taki sposób, aby wykonawca miał szansę przedstawić te informacje, które są rzeczywiście potrzebne do weryfikacji zgodności jego oferty z pkt 3d OPZ.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawarte w odwołaniu o sygn. akt KIO 1696/20 są zasadne, gdyż wezwanie do złożenia wyjaśnień nie było wystarczająco szczegółowe i nie pozwalało wykonawcy na przedstawienie wyjaśnień w zakresie koniecznym do wykazania, że oferowany przez niego system jest systemem otwartym zgodnie z pkt 3d OPZ. W konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego PSI (i uzasadnienie tego odrzucenia) przez zamawiającego, było przedwczesne. Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie posiadania przez oferowany system cech systemu otwartego.

O kosztach obu postępowań orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), tj. w oparciu o § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 1681/20 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 1696/20.

Przewodniczący