

Sygn. akt: KIO 2745/20

WYROK
z dnia 19 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa**
Protokolant: **Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 roku przez **Wykonawcę EMCA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie przy udziale Wykonawcy Exxon Computer Systems A. J. spółka komandytowa z siedzibą w Toruniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 2745/20 po stronie Zamawiającego**
orzeka:

1. oddala odwołanie
 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Wykonawcę EMCA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawcę EMCA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego Wykonawcy EMCA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), 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:

KIO 2745/20

Uzasadnienie

Zamawiający Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego pn. „Dostawa, uruchomienie i wdrożenie centralnego systemu monitoringu w infrastrukturze Ośrodka Przetwarzania Informacji - Państwowego Instytutu Badawczego” (znak sprawy: system monitoringu-246-2020), zwane dalej Postępowaniem. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych o wartości szacunkowej poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 września 2020 r. pod numerem: 585689-N-2020.

W dniu 26 października 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę EMCA S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym, od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2. Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
2. art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Podnosząc powyższe zarzuty Opierając wniosk o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej „Exon Computer Systems A. J.” Spółka Komandytowa,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego Odwołania, gdyż jego oferta powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu. Interes ten doznał uszczerbku w wyniku naruszenia wyżej przytoczonych przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny: w dniu 20 października 2020 r. Odwołujący pismem z dnia 20 października 2020 r. znak DZP- MJ-2401-246-6/2020 („Zawiadomienie”) został poinformowany o odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej w Postępowaniu. Podstawę odrzucenia stanowiły postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Czynności podjęte przez Zamawiającego są bezzasadne, a odrzucenie Oferty Odwołującego nieuzasadnione.

W dniu 05 października 2020 r. Zamawiający pismem znak DZP-MJ-2401-246.3/2020 („Wezwanie”) wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty.

Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 08 października 2020 r. („Wyjaśnienia”), w którym udzielił klarownej odpowiedzi na wszystkie zagadnienia podniesione przez Zamawiającego i jednoznacznie potwierdził spełnienie wszystkich wymagań SIWZ bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest bezzasadny. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał błędnej

interpretacji wyjaśnień treści Oferty, złożonych przez Odwołującego,

W Wezwaniu Zamawiający zażądał wyjaśnienia przez Odwołującego w zakresie, umieszczenie w ofercie zapisów Energy Logserver - Log Management Plan (licencja do 38 880 000 000 dokumentów) i czy zamieszczenie takiego zapisu ogranicza możliwości funkcjonalne lub czasowe zaoferowanej licencji oraz możliwości przyjmowania i zapisu logów o różnych objętościach na potrzeby Zamawiającego (przy jednoczesnym spełnieniu wymogu Zamawiającego, iż Systemem monitoringu ma zostać objętych co najmniej 800 zasobów (urządzeń). Zamawiający wezwał także Odwołującego do wyjaśnienia, czy po wykorzystaniu 38 880 000 000 dokumentów w ramach zaoferowanej przez Wykonawcę licencji Zamawiający będzie mógł dalej korzystać z prawidłowo działającego Systemu monitoringu zaoferowanego przez Wykonawcę bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów?

W odpowiedzi na Wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że zapis Energy Logserver - Log Management Plan (licencja do 38 880 000 000 dokumentów) w żaden sposób nie ogranicza możliwości funkcjonalnych lub czasowych zaoferowanej licencji oraz możliwości przyjmowania i zapisu logów o różnych objętościach na potrzeby Zamawiającego (przy jednoczesnym spełnieniu wymogu Zamawiającego, iż Systemem monitoringu ma zostać objętych co najmniej 800 zasobów (urządzeń). Jednocześnie Odwołujący potwierdził, że po wykorzystaniu 38 880 000 000 dokumentów w ramach zaoferowanej licencji Zamawiający będzie mógł dalej korzystać z prawidłowo działającego zaoferowanego Systemu monitoringu bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów.

Zamawiający w sposób błędny wywodzi, że wskazana w licencji wartość 38 880 000 000 dokumentów będzie zawsze skończona. Nie jest to prawdą, ponieważ system wykorzystuje licencję w sposób rotacyjny. Napływające dokumenty (zdarzenia informatyczne) będą wypełniały system do wskazanego limitu 38 880 000 000, a następnie stare dane zostaną nadpisane. Przy zachowaniu rzezonego limitu system będzie funkcjonował bez ograniczeń czasowych i bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów. Ponadto licencja nie wymusza bezpowrotnego kasowania starych danych, ponieważ wykorzystując moduł archiwizacyjny zaoferowanego systemu, starsze dane mogą być skierowane do Archiwum aplikacji, bez żadnych ograniczeń. Zwracamy uwagę, że przedmiotowe systemy z rodziny analizy zdarzeń posiadają parametret retencji danych zapewniający dostęp do danych w zadanym czasie. Zamawiający w postępowaniu nie wskazał oczekiwanego parametru retencji dla utrzymywanych danych. Rynkową praktyką jest utrzymanie danych typu „Online” przez 1 do 3 miesięcy i danych „Offline” przez 1 do 3 lat. Powołując się na szacunkowe wyliczenia Zamawiającego, złożona przez Odwołującego oferta, umożliwia przechowywanie danych „Online” z retencją 562,5 dni. Wartość ta stanowi okres ponad 1,5 roku co jest ofertą daleko przewyższającą rynkowe praktyki, przy jednoczesnym braku oczekiwań względem tego parametru w Postępowaniu Zamawiającego. System będzie funkcjonował w sposób nieograniczony odkładając dane stare do archiwum bez ograniczeń ilościowych lub czasowych. Moduł archiwum pozwala również na wykonywanie analizy danych i powrotne włączenie danych archiwalnych do zbioru „Online”.

Należy jednoznacznie wskazać, iż złożona oferta jest korzystniejsza niż przedstawione przez Zamawiającego wymagania.

Należy także zauważyć, iż przywołane przez Zamawiającego wymagania określone w Opisie przedmiotu zamówienia w ustępie *Pozostałe warunki realizacji przedmiotu umowy* Załącznik nr 1 do SIWZ pkt. 1 i 9 nie znajdują zastosowania w odniesieniu do uzasadnienia sprzeczności złożonej oferty ze względu na fakt, iż dotyczą one jedynie gwarancji na prawidłowe działanie Systemu. Taka bowiem konstatacja prowadziłaby do nadinterpretacji niniejszych zapisów. Podobnie także przywołany Załącznik nr 8 do SIWZ, wzór umowy - § 1 ust. 2 pkt. 2.2, § 5 ust.1, § 6 ust.3, § 13 ust.2 pkt 7, odnoszą się one bowiem do zapewnienia poprawnego działania Systemu. Prawidłowa ocena złożonej oferty wraz z udzielonymi wyjaśnieniami sprowadza się do wniosku, iż zaproponowany System przez Odwołującego spełnia wszystkie wymagania. Nie można pominąć faktu, iż wskazana możliwość obsługi 38 880 000 000 dokumentów nie stoi w sprzeczności z dalszą prawidłową obsługą Zamawiającego za pomocą nadpisywania wytworzonych dokumentów. Jednym słowem, Zamawiający dokonał błędnej interpretacji oferty. Potwierdzeniem powyższego były złożone przez Odwołującego się wyjaśnienia. Najważniejszy jest jednak fakt, iż Załącznik nr 2 do SIWZ Formularz Oferty wymagał podania dokładnej nazwy/typu/wersji oferowanego oprogramowania. Wszystkie te wymogi formalne Odwołujący spełnił. Podana możliwość obsługi 38 880 000 000 dokumentów z dalszą funkcją nadpisywania została określona dodatkowo. Zarówno SIWZ jak i jego załączniki nie wskazują minimalnej ilości dokumentów, których mogą być nadpisywane bez wpływu na dalsze poprawne działanie Systemu.

Zasadne jest także pytanie czy w stosunku do oferty, która została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza sprawdzono ilościową możliwość obsługi dokumentów.

Powyższe wymaganie, jak już wykazano w niniejszym odwołaniu, nie zostało określone w treści SIWZ. Brak sprawdzenia takiego wymagania co do oferty uznanej za najkorzystniejszą przez Zamawiającego może prowadzić do wniosku, iż nie dokonano obiektywnej i rzetelnej oceny złożonych ofert, (zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Ustawy).

W tym miejscu należy powołać się na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2020 r. sygn. akt. KIO 1428/20 w którym określono, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Ww. przepis przewiduje obowiązek odrzucenia oferty, która w sposób merytoryczny, np. co do zakresu, terminu, sposobu wykonania, czy parametrów technicznych, jest niezgodna z siwz, natomiast nie może on być zastosowany, gdy zachodzi jedynie formalna niezgodność oferty z siwz, np. co do sposobu przedstawienia określonych informacji. Przywołania wymaga także Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2020 roku KIO 1472/20: Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

W niniejszej sprawie wskazania Zamawiającego nie pozwalają na jednoznacznie określanie z jakimi zapisami SIWZ złożona oferta pozostaje w sprzeczności. Potwierdza powyższe także inny Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2020 roku KIO 1341/20. Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty należy z stwierdzić, iż złożona przez Odwołującego oferta jest zgodna z SIWZ.

Do postępowania odwoławczego w dniu 27 października 2020 roku zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Exxon Computer Systems A. J. spółka komandytowa z siedzibą w Toruniu.

Zamawiający 13 listopada 2020 r. przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej drogą elektroniczną „odpowiedź na odwołanie”, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych działań w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności

do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W ocenie Izby zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oraz art. 91 ust.1 Pzp są chybione.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że prawidłowa ocena jego oferty

wraz z udzielonymi wyjaśnieniami sprowadza się do wniosku, iż zaproponowany System spełnia wszystkie wymagania SIWZ. Takie twierdzenie nie znajduje uzasadnienia ani w dokumentacji sprawy, ani nie zostało dowiedzione na rozprawie.

W treści złożonej oferty Odwołujący zaoferował System, którego praca w zakresie realizacji wszystkich wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności została ograniczona licencją, pozwalającą na przetwarzanie do 38.880.000.000 dokumentów. Podana ilość przetwarzanych dokumentów zostanie wyczerpana po okresie ok. 1,5 roku (co było okolicznością bezsporną dla stron i przyznaną na rozprawie).

Zamawiający wymagał zaoferowania Systemu z dwoma modułami, obejmującego co najmniej 800 zasobów, realizującego w pełni wszystkie wymagane funkcjonalności przez okres 36 miesięcy, natomiast Odwołujący, poprzez zaoferowanie Systemu z ograniczoną licencją, zapewnia pełną funkcjonalność Systemu do wyczerpania licencji, tj. przez okres ok. 1,5 roku. Podkreślenia wymaga, iż podczas rozprawy Odwołujący nie zaprzeczył, iż System właśnie tak funkcjonuje.

W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie dopuścił możliwości oferowania Systemu

z ograniczoną licencją. Takie ograniczenie jest istotne dla wykonawców, bowiem – jak wskazał Przystępujący - ma przełożenie na kształtowanie ceny oraz zwiększenie kręgu wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o dane zamówienie. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający dokonał błędnej interpretacji wyjaśnień treści oferty, złożonych przez Przystępującego. W treści udzielonych wyjaśnień, Odwołujący podał definicję dla dokumentu objętego licencją. Przy zastosowaniu kalkulatora EPS dostępnego na stronie Odwołującego, przy założeniu minimalnej liczby 800 urzędzeń,

z których każde generuje tylko jedno zdarzenie na sekundę (zgodnie z definicją Odwołującego - jeden dokument), Zamawiający uzyskał wynik, który wskazuje, iż korzystanie z pełnej funkcjonalności Systemu przy udzielonej licencji, zostanie wyczerpane po 562,5 dniach. Zatem wymóg zamawiającego dotyczący zapewnienia niezbędnych do prawidłowego działania systemu przez okres 36 miesięcy licencji, nie został spełniony.

Zamawiający, w decyzji o odrzuceniu oferty przywołał łącznie zapisy z SIWZ, wzory umowy, w odniesieniu do konkretnych punktów i paragrafów, które należy czytać łącznie a nie wybiórczo, jak czyni to Odwołujący. Analiza przywołanych zapisów SIWZ i wzoru umowy czytanych łącznie, wskazuje że odnoszą się do wymaganego okresu 36 miesięcy, w którym to okresie System ma zapewnić pełną funkcjonalność, czego nie zapewnia System oferowany przez Odwołującego. Nie potwierdził się zatem zarzut, że przywołane przez Zamawiającego wymagania opisane w Opisie przedmiotu zamówienia oraz we Wzorze umowy nie znajdują zastosowania w odniesieniu do uzasadnienia sprzeczności złożonej oferty.

Nie można jednak pominąć kwestii, że Odwołujący stawia Zamawiającemu w odwołaniu zarzut błędnej interpretacji oferty i złożonych wyjaśnień, powołując się na argumentację, której nie zawarł ani w treści oferty ani w treści wyjaśnień. Informacja o rotacyjnym wykorzystaniu licencji, poprzez wypełnienie systemu dokumentami (zdarzeniami informatycznymi) do wskazanego limitu 38.880.000.000, a po jego wyczerpaniu nadpisywaniu danych i wykorzystaniu modułu Archiwum, została Zamawiającemu ujawniona dopiero w treści niniejszego odwołania. Są to okoliczności nowe,

do których Zamawiający nie miał możliwości odniesienia się na etapie podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Jednocześnie należy dodać, że argumentacja Odwołującego podniesiona podczas rozprawy nie potwierdziła stawianego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem Odwołujący sam przyznał, że oferowany system działa w oparciu o rozwiązanie zapewniające utrzymanie pełnej funkcjonalności przez okres ok. 1,5 roku, ponadto System składa się z trzech, a nie z dwóch wymaganych modułów, ponieważ dodatkowo wyposażony jest w moduł Archiwum. Aby korzystać z danych przeniesionych do Archiwum, Zamawiający będzie musiał wykonać dodatkowe czynności polegające na migracji danych z Archiwum,

co jednoznacznie wskazuje na ograniczenia w funkcjonalności, w stosunku do wymaganych przez Zamawiającego w treści SIWZ. Powyższe potwierdza dowód złożony przez Odwołującego, z którego wynika, że System opiera się na rotacji danych i jak każdy proces gromadzenia danych posiada swoje limity. Ponadto, po wykorzystaniu 38.880.000.000 dokumentów w ramach licencji możliwe jest dalsze prawidłowe korzystanie z produktu, przy wykorzystaniu typowych zadań utrzymaniowych – których Odwołujący nie wskazuje.

Jak widać, z dowodu wynika ograniczona ilość licencji w ramach pełnej funkcjonalności Systemu oraz konieczność wykonywania dodatkowych zadań utrzymaniowych, co również przekłada się na brak zgodności z treścią SIWZ. Odnosząc się do wyroków przywołanych przez Odwołującego, Izba w pełni podziela wnioski, które z nich wypływają i wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zaistniały okoliczności, potwierdzające merytoryczną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, bowiem Zamawiający uchwycił na czym konkretnie ta niezgodność polega i wskazał ją w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nieprawidłowo opisał przedmiot zamówienia i nie zawarł w nim wszystkich istotnych wymagań. Przedmiotem zamówienia nie jest produkt gotowy, istniejący na rynku, lecz produkt, który będzie dopiero stworzony na potrzeby Zamawiającego i zgodnie z jego wymaganiami. Zamawiający opisał swoje wymagania poprzez odniesienie się do funkcji, które system winien spełniać, aby realizował potrzeby Zamawiającego. To do wykonawcy, jako specjalisty w danej dziedzinie, należy zaproponowanie takiego rozwiązania, które zapewni osiągnięcie pełnej funkcjonalności oraz spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ. To wykonawca, jako podmiot profesjonalnie działający w danej branży, winien wiedzieć jakie ograniczenia i w jakim zakresie należy lub nie należy wprowadzić tworząc system, aby zapewnić realizację wymaganej funkcjonalności.

Podnoszenie przez Odwołującego, że skoro Zamawiający nie wskazał oczekiwanego parametru retencji dla utrzymywanych danych oznacza, iż nie zakazał on wprowadzenia takiego parametru jest w pełni niezasadne. Zamawiający wymagał pełnej (a więc nieograniczonej) funkcjonalności w okresie wskazanym w SIWZ. Określenia te, wzajemnie się wykluczają, bowiem wymaganie pełnej funkcjonalności, zaprzecza jej ograniczeniom. Zatem argumentacja Odwołującego jest całkowicie niezasadna.

Jeżeli Zamawiający nie wprowadzał wyraźnych ograniczeń w jakimś zakresie, to nie było podstawy do twierdzenia, że można było je wprowadzić, i to na zasadach, które Odwołujący sam ustalił, w oparciu o praktykę rynkową, a nie uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Ponadto, argument że Odwołujący zaproponował rozwiązanie korzystniejsze niż wymagane przez Zamawiającego jest w pełni nieuzasadniony. To co dla Odwołującego może wydawać się korzystniejsze, nie musi być korzystne dla Zamawiającego. To Zamawiający decyduje jaki produkt i o jakich parametrach i rozwiązaniach spełnia jego potrzeby, a rolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a nie proponowanie własnych rozwiązań, opierających się na założeniach niezgodnych z zapisami SIWZ.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaofiarowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.

W analizowanym stanie faktycznym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Wobec powyższego, zarzut należy uznać za chybiony.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym, Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).