

WYROK

z dnia 11 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Przemysław Dzierzędzki
Członkowie:	Danuta Dziubińska Magdalena Grabarczyk
Protokolant:	Rafał Komoń
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:	w Warszawie odwołania wniesionego

A) w dniu 27 stycznia 2020 r. przez wykonawcę COIG S.A. w Katowicach (sygn. akt KIO 156/20),

B) w dniu 27 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Comarch Polska S.A. w Krakowie (sygn. akt KIO 171/20)

w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie

przy udziale wykonawcy COIG S.A. w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 171/20 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy Comarch Polska S.A. w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 156/20 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eskom IT sp. z o.o. w Warszawie oraz Advatech sp. z o.o. we Wrocławiu, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 156/20 i KIO 171/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 156/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia innej omyłki w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eskom IT sp. z o.o. w Warszawie oraz Advatech sp. z o.o. we Wrocławiu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

a) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eskom IT sp. z o.o. w Warszawie oraz Advatech sp. z o.o. we Wrocławiu z powodu zaoferowania serwerowego systemu operacyjnego dla DEV niezgodnego z wymaganiami równoważności opisanym w pkt 1 tabeli str. 70 OPZ,

b) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eskom IT sp. z o.o. w Warszawie oraz Advatech sp. z o.o. we

Wrocławiu z powodu zaoferowania laptopów, których klawiatury nie posiadają wydzielonego bloku numerycznego, w którym mowa w pkt 11 tabeli na s. 4 załącznika nr 4 do OPZ,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie KIO 156/20,

3. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 171/20 w części dotyczącej zarzutów opisanych w odwołaniu w pkt 3a, 4, 5c i 6 (w zakresie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do monitorów) z powodu wycofania odwołania w tej części,

4. uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 171/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia innej omyłki w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eskom IT sp. z o.o. w Warszawie oraz Advatech sp. z o.o. we Wrocławiu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

a) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eskom IT sp. z o.o. w Warszawie oraz Advatech sp. z o.o. we Wrocławiu z powodu zaoferowania serwerowego systemu operacyjnego dla DEV niezgodnego z wymaganiem równoważności opisanym w pkt 1 tabeli str. 70 OPZ,

b) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eskom IT sp. z o.o. w Warszawie oraz Advatech sp. z o.o. we Wrocławiu z powodu zaoferowania laptopów, których klawiatury nie posiadają wydzielonego bloku numerycznego, w którym mowa w pkt 11 tabeli na s. 4 załącznika nr 4 do OPZ,

5. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 171/20,

6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 156/20 obciąża Komendę

Wojewódzką Policji w Krakowie i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę COIG S.A. w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

6.2. zasądza od Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie na rzecz COIG S.A. w Katowicach kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

7. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 171/20 obciąża Komendę

Wojewódzką Policji w Krakowie i:

7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

7.2. zasądza od Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie na rzecz wykonawcy Comarch Polska S.A. w Krakowie kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wdrożenie e-usług publicznych, wewnątrzadministracyjnych, nowych rozwiązań IT oraz modernizację systemu obiegu dokumentów w ramach realizacji projektu „Nowoczesna Policja dla Małopolski”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 października 2019 r. nr 2019/S 199-483067.

15 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę COIG S.A. w Katowicach, zwanego dalej „odwołującym COIG”, oraz wykonawcę Comarch Polska S.A. w Krakowie, zwanego dalej „odwołującym Comarch”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eskom IT sp. z o.o. w Warszawie oraz Advatech sp. z o.o. we Wrocławiu, zwanych dalej „przystępującym Eskom”, wykonawcą „Eskom” lub „Eskom”.

W dniu 27 stycznia 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęły odwołania złożone przez odwołującego COIG i odwołującego Comarch. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 156/20 oraz sygn. akt KIO 171/20.

Odwołujący COIG wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 156/20 wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego Eskom jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Eskom,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty Comarch Polska S.A. w Krakowie, zwanego również „wykonawcą Comarch” lub „przystępującym Comarch”.

Odwołujący COIG zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp przez bezpodstawne poprawienie innej omyłki w treści oferty przystępującego Eskom, w sytuacji, gdy brak było podstaw do dokonania jej poprawienia;

- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eskom, mimo że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ;

- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch, mimo że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący COIG wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Eskom jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - a) unieważnienia czynności poprawienia innej omyłki w ofercie wykonawcy Eskom,
 - b) odrzucenia oferty wykonawcy Eskom z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ;
 - c) odrzucenia oferty wykonawcy Comarch z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący COIG podniósł, że poprawienie innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od ogólnej zasady określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty

oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Wywiódł, że ratio legis przepisu art. 87 ust. 2 to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcając oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Podniósł, że zamawiający celem wykazania prawidłowości swojego stanowiska winien wykazać zaistnienie wszystkich podanych przesłanek art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazał, że należyta staranność profesjonalisty (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 kc) nakłada na wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek zweryfikowania i upewnienia się, czy składana przez niego oferta w sposób oczywisty nie jest sprzeczna z treścią SIWZ. Zdaniem odwołującego COIG takiej należytej staranności w przygotowaniu oferty przetargowej brak było po stronie wykonawcy ESKOM. Odwołujący COIG argumentował, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi narzędzia do - naprawiania - „błędnie” złożonych ofert, lecz stanowi podstawę poprawy omyłek, której to poprawy może dokonać zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez wykonawcę w kontekście SIWZ nie będzie istotne. Odwołujący COIG podniósł, że treść oświadczenia woli (oferty) wykonawcy ESKOM wskazuje na celowe złożenie oświadczenia o treści sprzecznej z wymogami zamawiającego. Zdaniem odwołującego z perspektywy oceny charakteru niezgodności treści oferty ESKOM z treścią SIWZ istotne znaczenia ma porównanie formularza oferty przygotowanego przez zamawiającego oraz treści oferty ESKOM.

Odwołujący COIG wywiódł, że w treści kolumny przewidzianej do uzupełnienia przez wykonawcę zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek podziału na serwerowe systemy operacyjne oferowane do CD, ZCD oraz odrębnie do DEV. Tym samym to wykonawca wypełniając przygotowany wzór formularza oferty w sposób zamierzony dokonał podziału oferowanych serwerowych systemów operacyjnych odrębnie dla CD, ZCD oraz odrębnie dla DEV. Mając na uwadze powyższe wywiódł, że Izba winna ocenić niezgodność treści oferty ESKOM z treścią SIWZ jako niemożliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przyjęcie stanowiska przeciwnego, w szczególności mając na uwadze, że poprawa miała miejsce po podniesieniu przez wykonawcę Comarch zarzutów w tym zakresie w ramach toczącego się uprzednio postępowania odwoławczego oraz w wyniku uzyskanych wyjaśnień oznaczałoby de facto, że możliwe jest poprawienie jakiejkolwiek niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, w każdym przypadku, ponieważ wykonawca będzie zawsze posługiwał się argumentem, że jego intencją było złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ i uzyskanie zamówienia publicznego.

W pkt II odwołania, w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ESKOM, odwołujący wskazał w pierwszej kolejności na brak zgodności zaoferowanego przez ESKOM systemu bazodanowego z wymaganiami pkt. 3.4.5 OPZ. Odwołujący przywołał postanowienia pkt 3.4.5. OPZ. Podniósł, że wykonawca ESKOM w poz. 10 tabeli na stronie 6 formularza ofertowego zaoferował System Bazodanowy Microsoft SQL Server Standard Edition 2017. Argumentował, że wymagania zamawiającego określone pkt. 3.4.5 OPZ dotyczące Systemu Bazodanowego nie są spełnione przez oprogramowanie Microsoft SQL Server 2017 w edycji Standard. Kluczowe wymagania zamawiającego w zakresie wysokiej dostępności, czyli HA (ang. „High Availability”) oraz równoważenia obciążenia sieciowego, czyli NLB (ang. „NetWork Load Balancing”), uzupełnione wymaganiem zastosowania konfiguracji klastra geograficznego, możliwe są do spełnienia wyłącznie przez edycję Enterprise oprogramowania Microsoft SQL Server 2017. Jak bowiem wskazuje producent na swojej stronie internetowej, w przypadku licencji Microsoft SQL Server w edycji Standard nie pozwala ona na budowę systemu bazy danych składającego się z więcej niż dwóch części (replik, węzłów) w konfiguracji klastra geograficznego. Co więcej zaoferowane przez ESKOM rozwiązanie nie pozwala na budowę systemu bazy danych w oparciu o klastr NLB (rozumiany jako możliwość równoważenia obciążenia sieciowego pozwalający na odczyt z obu węzłów klastra), o czym szerzej wskazał w dalszej części odwołania.

W pkt II.1.a. odwołania odwołujący COIG przywołał postanowienie pkt 3.4.5 OPZ „System bazodanowy musi zostać zbudowany w konfiguracji klastra geograficznego (w zależności od wyskalowania 1 lub więcej węzłów w CD i 1 lub więcej węzłów w ZCD). W przypadku utraty węzła klastra usługa musi działać bezprzerwowo. System bazy danych musi zostać skonfigurowany w taki sposób aby zminimalizować cel punktu odzyskiwania (RPO) i cel czasu odzyskiwania (RTO).”

Odwołujący COIG wskazał, że zamawiający wymaga w OPZ, aby system działał na sprzęcie serwerowym umieszczonym w dwóch osobnych serwerowniach, znajdujących się w osobnych budynkach na terenie miasta. W informatyce mówi się w takim przypadku, że serwerownie są „rozdzielone geograficznie”. W specyfikacji zamawiający używa pojęcia „centrum danych”: pierwsza serwerownia nazywa się „Centrum Danych” (w skrócie CD), a druga to „Zapasowe Centrum Danych” (w skrócie ZCD). Cytowany powyżej wymóg dla systemu bazy danych, aby był on zbudowany w konfiguracji „klastra geograficznego” oznacza, że baza danych ma być podzielona na części (w informatyce używa się pojęcia

„replika” lub „węzeł”) w taki sposób, aby mogła działać zarówno w pierwszej serwerowni (CD), jak i w drugiej (ZCD), przy czym w przypadku awarii części bazy danych działającej w CD ma nastąpić automatyczne uruchomienie drugiej części bazy danych, znajdującej się w ZCD.

Odwolujący COIG argumentował, że dodatkowo zamawiający wymaga, aby system bazodanowy miał możliwość zbudowania go z większej niż 1 ilości części (Zamawiający używa pojęcia „węzeł”) w każdej z serwerowni (zarówno CD, jak i ZCD). Oznacza to, że baza danych musi umożliwiać stworzenie minimum dwóch części („węzłów”) w pierwszej serwerowni (CD) i minimum dwóch części („węzłów”) w drugiej serwerowni (ZCD). Razem daje to minimum cztery części („węzły”). Zdaniem odwołującego COIG edycja bazy danych zastosowana przez ESKOM tj. Microsoft SQL Server 2017 w wersji Standard, umożliwia zrealizowanie maksymalnie dwóch części („węzłów”) w ramach systemu bazodanowego, a tym samym nie spełnia wymagania zamawiającego. Wywiódł, że baza danych Microsoft SQL Server w edycji Standard umożliwia budowę maksymalnie dwóch części („replik”, „węzłów”) (podstawowej i zapasowej).

Odwolujący COIG przytoczył w odwołaniu opis funkcjonalności wysokiej dostępności (ang. HA, High Availability) poszczególnych edycji bazy danych Microsoft SQL Server, zawarty w dokumentacji producenta.

Odwolujący COIG, powołując się na cytaty z dokumentacji producenta, w zakresie kluczowych dla Zamawiającego funkcjonalności Systemu Bazodanowego, w obszarze wysokiej dostępności (HA), wskazał, że producent Microsoft w edycji Standard swojej bazy danych gwarantuje:

1) „Database mirroring” - „Yes. Full safety only”, co oznacza, że klastrowanie bazy danych zadziała, ale tylko w rozumieniu zapewnienia pełnego bezpieczeństwa danych. Drugi węzeł bazy danych (ang. secondary replica) stanowić będzie kopię węzła podstawowego (ang. primary replica) i zostanie uruchomiony dla wymagającej tego aplikacji (w rozpatrywanym kontekście aplikacji e-usług) wyłącznie w przypadku wystąpienia awarii węzła podstawowego. Nie ma możliwości skorzystania z węzła zapasowego w ramach bieżącej pracy systemu, czyli nie ma możliwości równoważenia obciążenia sieciowego (ang. NLB) poprzez wykorzystanie dodatkowego (dodatkowych) węzłów. Po stronie edycji Enterprise nie ma żadnych ograniczeń w zakresie ilości możliwych do wykorzystania węzłów.

2) „Always On failover cluster instances” z komentarzem oznaczonym jako „2” - „Yes” co oznacza potwierdzenie możliwości uruchomienia klastra wysokiej dostępności (HA), ale tylko i wyłącznie w zakresie zgodnym z wskazanym w odnośniku komentarzem, czyli „On Enterprise Edition, the number of nodes is the operating system maximum. On Standard edition there is support for two nodes.”. Producent zwraca tym samym szczególną uwagę użytkowników, że liczba węzłów klastra HA w edycji Standard jest ograniczona do dwóch.

3) „Always On availability groups” z komentarzem oznaczonym jako „3” - „No”, co oznacza, że w wypadku edycji Standard nie ma mowy o uruchomieniu jakichkolwiek funkcjonalności/benefitów gwarantowanych przez Always On availability groups.

Odwolujący COIG nadmieniał, że edycja Enterprise spełnia to wymaganie, ponieważ została stworzona do realizacji rozbudowanych, rozdzielonych geograficznie środowisk bazodanowych, w tak dużych i wymagających projektach, jak ten opisany przez Zamawiającego w OPZ.

4) „Basic availability groups” z komentarzem oznaczonym jako „4” - „Yes”, oznacza to, że producent dla edycji Standard przewidział tylko prosty schemat wysokiej dostępności. Treść komentarza producenta „Standard Edition supports basic availability groups. A basic availability group supports two replicas, with one database.”, ponownie wskazuje, że uruchomienie klastra HA, będzie możliwe tylko w ramach dwuwęzłowej bazy danych. Następnie producent odsyła do innego publicznie dostępnego dokumentu „Basic Availability Groups”, którego obszerny odwołujący przytoczył w zakresie zarzutu nr II.1.c.

Odwolujący COIG podniósł, że w edycji Standard zastosowana jest funkcja Basic

Availability Groups (jest to nazwa własna Microsoft, którą producent używa zamiennie z określeniem Always On Basic Availability Groups - nie mylić z całkowicie inną funkcjonalnością Always On Availability Groups). W edycji Standard nie ma możliwości uruchomienia rozproszonej grupy dostępności (ang. „Basic availability groups can not be part of a distributed availability group”), ponieważ Basic Availability Groups nie może być częścią składową rozproszonej grupy dostępności. Konsekwencją tego jest brak możliwości uruchomienia klastra geograficznego o architekturze zdefiniowanej przez Zamawiającego w

OPZ.

Odwołujący COIG podniósł, że oprócz publicznie dostępnych dokumentów Microsoft, najprostszą ilustracją braku możliwości spełnienia wymagań zamawiającego jest komunikat błędu konsoli zarządzania bazą danych (oprogramowania Microsoft SQL Server Management Studio), która to konsola stanowi element zarządzający bazą danych Microsoft

SQL Server 2017 Standard. Komunikat ten pojawia się przy próbie dodania kolejnej repliki bazy danych. Przytoczył treść tego komunikatu.

Odwołujący COIG podniósł, że przedstawiony powyżej komunikat błędu informuje, że właśnie usiłowano wykonać operację niedozwoloną przez edycję Standard, zaoferowanego Systemu Bazodanowego. Dzieje się tak, ponieważ w ramach funkcjonalności Basic Availability Groups, dozwolona jest tylko jedna baza danych (ang. „Only one database is permitted per basic availability group.”).

W pkt II.1.b. uzasadnienia odwołania odwołujący COIG przywołał fragment wymagania 3.4.5. OPZ o treści: „Wymagane jest wdrożenie systemu bazodanowego zapewniającego odpowiednią wydajność, skalowalność, niezawodność. W zakresie funkcjonowania należy przewidzieć budowę w oparciu o klastr HA i NLB.”

W odniesieniu do „wydajności NLB” odwołujący COIG podniósł, że zamawiający wymaga, aby System Bazodanowy umożliwiał zbudowanie go w oparciu o „klastr NLB”, czyli klastr z równoważeniem obciążenia sieciowego (ang. NetWork Load Balancing). Jest to sformułowanie techniczne, które oznacza, że baza danych ma być podzielona na części (tzw. „węzły” lub „repliki”), w taki sposób, że dane są zapisywane i odczytywane z dostępnych węzłów równocześnie. W szczególności oznacza to, że w ramach nominalnej pracy System musi mieć możliwość wykonywania odczytów zarówno z pierwszego węzła bazy danych, jak i z węzłów kolejnych.

Odwołujący COIG argumentował, że Microsoft SQL Server 2017 w edycji Standard nie daje żadnej możliwości uruchomienia mechanizmu NLB. Baza danych w tej edycji, umożliwia skonfigurowanie wysokiej dostępności (HA) tylko i wyłącznie, jako tzw. „2-węzłowy tryb failover” dla pojedynczej bazy danych. W trybie tym, nie istnieje możliwość dokonania jakiegokolwiek odczytu z repliki zapasowej (czyli z drugiego - pasywnego węzła klastra failover), przed wystąpieniem awarii repliki podstawowej (czyli pierwszego - aktywnego węzła klastra failover). Aplikacja (w rozpatrywanym kontekście aplikacje e-usługowe), która korzystałaby z Systemu Bazodanowego w edycji Standard, uzyskałaby dostęp tylko i wyłącznie do aktywnego (podstawowego) węzła bazy danych, a pasywny węzeł zapasowy, byłby dla tej aplikacji niedostępny, aż do momentu uruchomienia go w przypadku wystąpienia awarii węzła podstawowego. Tym samym w przypadku zastosowania rozwiązania zaoferowanego przez wykonawcę ESKOM, pierwszy węzeł byłby całkowicie obciążony operacjami wykonywanymi na bazie danych.

Odwołujący COIG wskazał, że przedstawiony sposób działania trybu failover powoduje, że wymaganie Zamawiającego zdefiniowane, jako „NLB”, czyli równoważenie obciążenia sieciowego, do którego spełnienia niezbędny jest równoczesny odczyt z obu węzłów klastra, nie jest możliwe do spełnienia. Wyraźnie wskazuje na to sam producent, w publicznie dostępnym zestawieniu, porównującym funkcjonalności poszczególnych edycji

Microsoft SQL Server 2017. Opis funkcjonalności w zakresie wysokiej dostępności (ang. RDBMS high availability), został zatem potraktowany bardzo szczegółowo i opatrzony niezwykle istotnymi odnośnikami/komentarzami producenta. Załączył cytaty z dokumentacji producenta oprogramowania.

Powołując się na ww. cytaty odwołujący COIG wskazał, że w zakresie kluczowych dla zamawiającego funkcjonalności Systemu Bazodanowego, w obszarze wysokiej dostępności (HA), producent Microsoft w edycji Standard swojej bazy danych gwarantuje:

1) "Database mirroring" - "Yes. Full safety only.", co oznacza, że klastrowanie bazy danych zadziała, ale tylko w rozumieniu zapewnienia pełnego bezpieczeństwa danych. Argumentował, że drugi węzeł bazy danych (ang. secondary replica) stanowić będzie kopię węzła podstawowego (ang. primary replica) i zostanie uruchomiony dla wymagającej tego aplikacji (w rozpatrywanym kontekście aplikacji e-usług) wyłącznie w przypadku wystąpienia awarii węzła podstawowego. Nie ma możliwości skorzystania z węzła zapasowego w ramach bieżącej pracy systemu, czyli nie ma możliwości równoważenia obciążenia sieciowego (ang. NLB) poprzez wykorzystanie dodatkowego (dodatkowych) węzłów. Po stronie edycji Enterprise nie ma tutaj żadnych ograniczeń.

2) "Always On failover cluster instances" z komentarzem oznaczonym jako "2" - "Yes" co oznacza potwierdzenie możliwości uruchomienia klastra wysokiej dostępności (HA), ale tylko i wyłącznie w zakresie zgodnym z wskazanym w odnośniku komentarzem, czyli "On

Enterprise Edition, the number of nodes is the operating system maximum. On Standard edition there is support for two nodes.". Producent zwraca tym samym szczególną uwagę użytkowników, że liczba węzłów klastra HA w edycji Standard jest ograniczona do dwóch.

3) "Always On availability groups" z komentarzem oznaczonym jako "3" - "No", co oznacza, że w wypadku edycji Standard nie ma mowy o uruchomieniu jakichkolwiek funkcjonalności/benefitów gwarantowanych przez Always On availability groups. Ze spełnieniem czego edycja Enterprise nie ma żadnego problemu, ponieważ została stworzona do realizacji rozbudowanych, rozdzielonych geograficznie środowisk bazodanowych, w tak dużych i wymagających projektach, jak ten opisany przez Zamawiającego w OPZ.

4) "Basic availability groups" z komentarzem oznaczonym jako "4" - "Yes", oznacza to, że producent dla edycji Standard przewidział tylko prosty schemat wysokiej dostępności. Treść komentarza producenta "Standard Edition supports basic availability groups. A basic availability group supports two replicas, with one database", ponownie wskazuje, że uruchomienie klastra HA, będzie możliwe tylko w ramach dwuwęzłowej bazy danych. Następnie producent odsyła do innego publicznie dostępnego dokumentu "Basic Availability Groups", którego obszerny cytat przytoczył w zakresie zarzutu nr II.1.c.

Odwołujący COIG wywiódł, że oprócz publicznie dostępnego zestawienia porównującego funkcjonalności poszczególnych edycji Microsoft SQL Server tj. Standard i Enterprise, potwierdzeniem braku możliwości dokonania odczytu z repliki drugorzędnej (pasywny węzeł klastra HA SQL Server Standard), jest załączony przez niego do odwołania zrzut z konsoli zarządzającej Microsoft SQL Server Management Studio. Konsola zarządzająca w kolumnie „Readable Secondary” pokazuje, że nie ma możliwości wybrania statusu „Yes”, dostępny jest tylko status „No”, oznaczający brak możliwości prowadzenia odczytu z repliki drugorzędnej.

W pkt II.1.c odwołania odwołujący COIG przywołał fragment wymagania OPZ, pkt 3.4.5 System bazodanowy: „Tabela wymagań minimalnych (równoważności) dla Systemu Bazy Danych, 6. SBD musi umożliwiać tworzenie klastrów niezawodnościowych”.

Odwołujący COIG wywiódł, że baza danych Microsoft SQL Server 2017 w edycji Standard daje możliwość utworzenia tylko jednego, 2-węzłowego klastra tzw. „failover” - nie daje możliwości tworzenia klastrów niezawodnościowych (liczba mnoga). Tym samym, baza danych Microsoft SQL w edycji Standard nie spełnia powyższego wymagania OPZ. Zdaniem odwołującego COIG potwierdzenie powyższego stwierdzenia znajduje się w dokumentacji producenta Microsoft. Załączył cytat z wskazanego dokumentu Microsoft:

Odwołujący COIG wywiódł, że producent Microsoft, w przywołanym dokumencie opisującym funkcjonalność Basic Availability Groups, dostępnej w edycji Standard bazy danych SQL Server 2017, stwierdza, że funkcjonalność ta obsługuje środowisko przełączania awaryjnego (ang. failover, czyli klastra niezawodnościowego), tylko i wyłącznie dla pojedynczej bazy danych. Ponadto, producent literalnie wskazuje, że edycja Standard umożliwia skonfigurowanie wysokiej dostępności (HA) tylko i wyłącznie, jako tzw. 2-węzłowego trybu failover. W żadnym wypadku nie ma mowy o możliwości tworzenia więcej niż jednego klastra wysokiej dostępności. Edycja Standard po prostu nie jest przeznaczona do tworzenia więcej niż jednego klastra niezawodnościowego (ang. failover).

Odwołujący COIG wskazał, że treść wyjaśnień wykonawcy ESKOM jest sprzeczna z oficjalnymi informacjami opublikowanymi przez producenta oprogramowania. W kontekście przedstawionych informacji oraz dowodów, które zostaną złożone w toku rozprawy, jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy będą niewiarygodne, a co za tym idzie nie mogą mieć wpływu na ocenę zasadności podniesionych zarzutów. W ocenie odwołującego COIG wymagania zamawiającego mogą być zrealizowane tylko z wykorzystaniem edycji bazy danych Enterprise (a nie edycji Standard) Microsoft SQL Server, w związku z czym oferta wykonawcy ESKOM jest sprzeczna z treścią SIWZ.

W pkt 2 uzasadnienia odwołania, odwołujący COIG podniósł, że brak jest zgodności zaoferowanego przez ESKOM sprzętu z wymaganiami pkt. 2.2 „Laptop -15 sztuk” Załącznika 4 do OPZ. Odwołujący COIG wywiódł, że zamawiający w zakresie laptopów wskazał w pkt. 2.2 poz. 11 tabeli Załącznika nr 4 do OPZ, iż klawiatura laptopa musi posiadać wydzielony blok numeryczny.

Odwołujący COIG podniósł, że zaoferowany przez ESKOM laptop Dell EMC Precision 5540 CTO Base, o przekątnej 15,6" ekranu, nie spełnia wymagań z pkt. 2.2 poz. 11 tabeli Załącznika nr 4 do OPZ, nie posiada bowiem klawiatury z wydzielonym blokiem numerycznym w żadnej z możliwych jego konfiguracji sprzętowych. Potwierdza to fragment

publicznie dostępnego dokumentu firmy Dell „Precision 5540 Przewodnik po konfiguracji i danych technicznych”, str. 12, „Dane techniczne klawiatury”, wskazujący wprost ilość klawiszy równą (w wersji europejskiej) 81 sztuk. Załączył do odwołania widok z góry na klawiaturę ww. laptopa.

Odwołujący COIG podniósł, że w złożonych przez ESKOM, na wezwanie zamawiającego, wyjaśnieniach z dnia 13.12.2019 r., wykonawca ten próbuje dowieść, że wydzielonym blokiem numerycznym „Numeric Keypad” można nazwać zestaw klawiszy numerycznych „Numeric Keys”, umieszczony w górnej części sekcji klawiszy alfanumerycznych „Normal Keys” stanowiący wraz z blokiem „Normal Keys” komplet klawiszy alfanumerycznych w układzie US.

Zdaniem odwołującego COIG powyższe twierdzenie nie jest prawdziwe, ponieważ podstawową funkcjonalnością wydzielonego bloku klawiszy numerycznych jest emulacja klawiatury kalkulatora poprzez specyficzne rozmieszczenie klawiszy numerycznych. Emulacja klawiatury kalkulatora jest wykorzystywana w przypadku wprowadzania danych liczbowych i znacznie zwiększa efektywność tego procesu (poprawa ergonomiki i umożliwienie bezwzrokowego wprowadzania danych liczbowych). Klawisze numeryczne „Numeric Keys” w standardowym układzie, umieszczone w rzędzie pod klawiszami funkcyjnymi „Function Keys” nie spełniają założeń klawiatury numerycznej, nie stanowią wydzielonego bloku i nie można takiego rozwiązania traktować jako zgodnego z wymaganiami Zamawiającego.

Zdaniem odwołującego COIG kolejnym argumentem wskazującym, że laptop Dell EMC Precision 5540 nie posiada wydzielonego bloku numerycznego, jest fakt, iż niezależnie od tego, czy korzystamy z klawiatury, w której blok numeryczny jest wydzielony czy też nie, korzystanie z klawiszy bloku numerycznego wymaga uaktywnienia go. Dokonuje się tego klawiszem „NumLock”. Kolejne wciśnięcie klawisza „NumLock” czyni blok numeryczny nieaktywnym. Klawiatura laptopa Dell EMC Precision 5540 nie posiada dedykowanego klawisza „NumLock”. Co więcej, żadna z kombinacji klawiszy funkcyjnych nie aktywuje bloku numerycznego, co prezentuje załączony do odwołania dokument. Tym samym laptop Dell EMC Precision 5540 nie posiada żadnego bloku numerycznego, a w szczególności bloku numerycznego wydzielonego. Odwołujący COIG zaznaczył jednocześnie, że ten sam producent posiada w ofercie podobnej klasy laptopa - model Dell EMC Precision 7540, który to laptop posiada ekran o przekątnej 15,6" (tak samo jak model 5540), a jego klawiatura spełnia wymagania Zamawiającego określone w OPZ, czyli posiada wydzielony blok numeryczny, po prawej stronie klawiatury. Załączył zdjęcie ww. klawiatury. Załączył także fragment wskazujący fragment publicznie dostępnego dokumentu firmy Dell „Precision 7540 Przewodnik po konfiguracji i danych technicznych”, str. 20, „Dane techniczne klawiatury”, wskazujący wprost ilość klawiszy wraz z wydzielonym blokiem numerycznym równą (w wersji europejskiej) 104 sztuki.

Zdaniem odwołującego COIG powyższe okoliczności dowodzą niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ. Podkreślił, iż dla każdego podmiotu profesjonalnie działającego na rynku sprzętu komputerowego, a takim niewątpliwie jest wykonawca ESKOM, wydzielony blok numeryczny nie może być rozumiany jako klawisze numeryczne umiejscowione w górnej części bloku alfanumerycznego. Pojęcie „wydzielony blok numeryczny” jest pojęciem jasnym i zrozumiałym, przez co oferta wykonawcy ESKOM jest niezgodna z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch, mimo że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ, odwołujący COIG podniósł, że mając na uwadze okoliczność, zaoferowania przez wykonawcę Comarch tej samej edycji oprogramowania, tj. Microsoft SQL Server Standard Edition, argumentacja podniesiona względem oferty ESKOM w pkt II uzasadnienia odwołania znajdzie również zastosowanie względem wykonawcy Comarch.

Odwołujący Comarch w sprawie o sygn. akt KIO 171/20 wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności poprawienia omyłki w ofercie przystępującego ESKOM,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego ESKOM,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy COIG S.A. w Katowicach, zwanego

dalej również „przystępującym COIG” lub „wykonawcą COIG”.

Odwołujący Comarch zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp w

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez prowadzenie procedury wyjaśniającej treść oferty wykonawcy ESKOM z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co doprowadziło do zmiany oferty, niezasadne poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy ESKOM w zakresie zaoferowanego serwerowego systemu operacyjnego w sposób powodujący istotną zmianę w treści oferty ESKOM oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ESKOM w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy ESKOM nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowanego serwerowego systemu operacyjnego;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ESKOM, która stanowiła ofertę wariantową w sytuacji gdy treść SIWZ nie dopuszczała składania ofert wariantowych;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ESKOM w sytuacji, gdy treść oferty ESKOM nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na:

a. zaoferowanie przez ESKOM monitorów niespełniających wymogów SIWZ;

b. zaoferowanie przez ESKOM laptopów niespełniających treści SIWZ;

4) ewentualnie - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie żądania od ESKOM złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanych monitorów;

5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COIG w sytuacji, gdy treść oferty COIG nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na:

a. zaoferowanie przez przystępującego COIG serwerowego systemu operacyjnego sprzecznego z treścią SIWZ;

b. zaoferowanie przez przystępującego COIG systemu wirtualizacji sprzecznego z SIWZ;

c. zaoferowanie przez przystępującego COIG monitorów niespełniających wymogów SIWZ;

6) ewentualnie - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie żądania od COIG złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanego serwerowego systemu operacyjnego, systemu wirtualizacji oraz monitorów.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru oferty ESKOM jako najkorzystniejszej;

2) odrzucenia oferty ESKOM ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z SIWZ w zakresie opisanym w odwołaniu;

3) ewentualnie - wezwania ESKOM do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanych monitorów;

4) odrzucenia oferty ESKOM ze względu na złożenie oferty wariantowej, w sytuacji gdy SIWZ nie dopuszczał takiej możliwości;

5) odrzucenia oferty przystępującego COIG ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z SIWZ w zakresie opisanym w odwołaniu;

6) ewentualnie - wezwania przystępującego COIG do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanego serwerowego systemu operacyjnego, systemu wirtualizacji oraz monitorów;

7) powtórnego badania i oceny pozostałych ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Comarch podniósł, że wykonawca ESKOM w treści formularza ofertowego w pkt 6 wykazu sprzętu i oprogramowania pn. Serwerowy system operacyjny CD (Centrum Danych), ZCD (Zastępcze Centrum Danych), DEV (środowisko deweloperskie) zaoferował dla DEV system operacyjny Microsoft Windows Server Std 2019.

Odwołujący Comarch podniósł, że zamawiający wezwał wykonawcę ESKOM w trybie

art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, w tym do odniesienia się do złożonej oferty w zakresie punktu 6. - Serwerowego systemu operacyjnego CD, ZCD i DEV (pkt 1 wezwania do wyjaśnień). Argumentował, że w odpowiedzi na wezwanie, w piśmie z dnia 13 grudnia 2019 roku, ESKOM wskazał co następuje:

„Zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ na str. 70 - dla wszystkich serwerów w środowiskach CD, ZCD i DEV zostanie dostarczony system operacyjny Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP. Zgodnie z ofertą nie oferujemy systemów równoważnych, oraz potwierdzamy zgodność oferowanych systemów w wymaganiem Zamawiającego przedstawionym wprost w w/w dokumencie.

Wyjaśniamy także, że wierszu nr 6 został dodatkowo (nadmiarowo w stosunku do wymagań Zamawiającego) wyspecyfikowany system Microsoft Windows Server Standard 2019, który zgodnie ze wstępną koncepcją naszego rozwiązania byłby zainstalowany na dodatkowym serwerze uruchomionym w zewnętrznej lokalizacji (w KGP lub w którejś z jednostek podległych KWP w Krakowie) i miałby pełnić rolę świadka (ang. witness) dla klastrów niezawodnościowych. Taki serwer, umieszczony poza infrastrukturą centrów przetwarzania jest konieczny do uruchomienia automatycznego przełączania usług w ramach klastra niezawodnościowego i uniknięcia „split brain”, w przypadku awarii połączenia pomiędzy CD i ZCD.

Ponieważ w opisie zwartym w OPZ nie było przewidzianego serwera świadka w „trzeciej” lokalizacji, tworząc wstępną koncepcję rozwiązania zaplanowaliśmy dostarczenie takiego serwera wraz z systemem operacyjnym Microsoft Windows Microsoft Windows Server Standard 2019.”

Odwołujący podniósł, że wskutek złożonych przez wykonawcę ESKOM wyjaśnień doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentował, że w formularzu ofertowym wykonawca ESKOM wyraźnie wskazał, że jako serwerowy system operacyjny dla DEV oferuje Microsoft Windows Server Std 2019. W wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2019 r. ESKOM poinformował zamawiającego, że dla wszystkich serwerów (w tym dla DEV) zostanie dostarczony system operacyjny Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP. tj. inny produkt w stosunku do pierwotnie oferowanego.

Odwołujący Comarch wskazał, że na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnienia treści złożonej oferty, ale niedopuszczalne jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a (dot. trybu dialogu konkurencyjnego) oraz ust. 2. Co za tym idzie, wyjaśnienia wykonawcy muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Tymczasem wyjaśnienia wykonawcy ESKOM doprowadziły do zmiany zaoferowanego serwerowego systemu operacyjnego DEV.

Odwołujący Comarch wskazał, że 14 stycznia 2020 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformował o poprawieniu omyłki w ofercie wykonawcy ESKOM. W informacji skierowanej do wykonawcy ESKOM z 14 stycznia 2020 r. zamawiający wskazał, że: „Mając na uwadze Państwa wyjaśnienia z dnia 13.12.2019 r. w zakresie oferowanego systemu operacyjnego oraz wątpliwości pozostałych wykonawców w tym zakresie, Zamawiający informuje, iż działając z ostrożności procesowej, uwzględnił wyjaśnienia i dokonał następującej poprawki w treści Formularza Ofertowego:

L.p.	Element	Producent, typ, model - rozumiane jako określenie rodziny/grupy produktów /wypełnia Wykonawca/
6	Serwerowy system operacyjny CD, ZCD i DEV	CD, ZCD, DEV: Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP dodatkowo: Microsoft Windows Server Standard 2019

Odwołujący Comarch podniósł, że zamawiający dokonał czynności poprawienia treści formularza ofertowego wykonawcy ESKOM w sposób sprzeczny z art. 87 ustawy Pzp.

Wskazał, że dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie trzech przesłanek wymienionych w treści przepisu: w ofercie musi wystąpić niezgodność z SIWZ, która powinna mieć charakter omyłki i której poprawienie nie doprowadzi do istotnych zmian w ofercie.

Odwołujący Comarch wskazał, że zaoferowany przez wykonawcę ESKOM Serwerowy system operacyjny dla DEV, tj. Microsoft Windows Server Std 2019 nie spełnia wymogów wynikających z SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem 3.4.4.1. OPZ Serwerowe systemy operacyjne (str. 69 OPZ): „Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do dostarczenia niezbędnej ilości nieograniczonych czasowo licencji serwerowych systemów operacyjnych Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP, lub system równoważny /licencja równoważna w ilości zapewniającej pracę z wykorzystanymi z funkcjonującego środowiska serwerami fizycznymi (CD/ZCD, środowisko DEV).”.

Zamawiający określił nadto warunki równoważności systemu operacyjnego CD, ZCD i

DEV:

L.p.	Opis warunków równoważności systemu operacyjnego CD, ZCD i DEV:
	Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP, lub system równoważny/licencja równoważna.
1	1. Licencja musi uprawniać do uruchamiania serwerowych systemów' operacyjnych na serwerach fizycznych jak i uruchamiania nielimitowanej liczby serwerowych systemów' operacyjnych za pomocą mechanizmów' wirtualizacji.

Odwołujący Comarch podniósł, że jak wynika z treści formularza ofertowego, wykonawca ESKOM w pkt 6 wykazu sprzętu i oprogramowania wskazał jako Serwerowy system operacyjny dla CD i ZCD - Microsoft Windows Server DC 2019, a jako Serwerowy system operacyjny dla Dev: Microsoft Windows Server Std 2019. Zdaniem odwołującego wskazany przez ESKOM Serwerowy system operacyjny dla Dev Windows Server Standard 2019 nie spełnia wymagania równoważności nr 1, ponieważ nie umożliwia uruchomienia nielimitowanej liczby serwerowych systemów operacyjnych za pomocą mechanizmów wirtualizacji, a jedynie maksymalnie 2 instancje serwerowych systemów operacyjnych, jak wynika z zapewnień producenta Microsoft.

Odwołujący Comarch podniósł, że jak wynika z zapewnień producenta Microsoft, zaoferowany przez wykonawcę ESKOM dla DEV system operacyjny Windows Server 2019 Standard umożliwia uruchomienie jedynie dwóch wirtualnych maszyn za pomocą mechanizmów weryfikacji, w przeciwieństwie do Windows Server 2019 Datacenter, który umożliwia uruchomienie nielimitowanej liczby maszyn wirtualnych. Co za tym idzie, zaoferowane rozwiązanie nie odpowiada treści SIWZ. Zdaniem odwołującego Comarch nie sposób jednakże uznać, że zaoferowanie przez wykonawcę ESKOM serwerowego systemu operacyjnego niespełniającego wymogów określonych w SIWZ miało charakter omyłki w rozumieniu pzp, a nadto należy wskazać, że jej poprawienie doprowadziło do istotnych zmian w ofercie wykonawcy ESKOM.

Odwołujący Comarch wskazał, że aby móc mówić o omyłce w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, omyłka ta musi być jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Wskazał, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą mieć taki charakter by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Odwołujący Comarch podniósł, że z charakteru omyłki wynika, że omyłka musi być jednoznaczna i powinna wprost wynikać z treści oferty. Dysponując zatem wyłącznie treścią oferty i treścią SIWZ zamawiający powinien ustalić okoliczność wystąpienia omyłki i możliwego jedynego sposobu jej poprawienia - i co do zasady jedynie na podstawie takich dokumentów zamawiający winien tę omyłkę poprawić. Poprawienie omyłki powinno być możliwe bez udziału Wykonawcy. Tylko w taki sposób można uznać, że wystąpiła omyłka, a nie proste zaoferowanie produktu niespełniającego wymagań SIWZ. Przyjmuje się, że jedynie w ograniczonym zakresie wiedza o omyłce może pochodzić z wyjaśnień wykonawcy, ale wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynej podstawy do przeprowadzenia procedury poprawienia omyłki i nie mogą jako jedyne wskazywać sposobu jej poprawy.

Według odwołującego Comarch w przedmiotowym stanie faktycznym w żaden

sposób nie było możliwe samodzielne wywiedzenie faktu omyłkowego wskazania w ofercie wykonawcy ESKOM zaoferowanego serwerowego systemu operacyjnego, jak również sposób poprawienia „omyłki”. Ze złożonego oświadczenia woli ujawnionego w ofercie nie można w żaden sposób wyprowadzić wniosku, że system operacyjny Windows Server 2019 Standard miał być zaoferowany jedynie dodatkowo w roli „świadka”, a dla CD, ZCD i DEV wykonawca ESKOM oferuje Windows Server 2019 Datacenter, zwłaszcza że Zamawiający nie wymagał żadnych dodatkowych serwerów operacyjnych, które miałyby pełnić rolę „świadka” i miałyby być umieszczone poza infrastrukturą centrów przetwarzania. Powyższe wynika dopiero ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień.

Zdaniem odwołującego Comarch nie sposób uznać za omyłkę celowego i świadomego zaoferowania danego produktu przez wykonawcę. Wykonawca ESKOM bowiem w treści złożonej oferty samodzielnie i wprost dokonał rozróżnienia jaki serwerowy system operacyjny oferuje dla CD i ZCD, a jaki dla DEV. To sam wykonawca ESKOM dokonał rozróżnienia i wskazał, że dla CD i ZCD oferuje system operacyjny Windows Server 2019 Datacenter, i wyraźnie wskazał że dla DEV oferuje inny system, tj. Windows Server 2019 Standard. Prowadzi to do wniosku iż wykonawca ESKOM świadomie i w sposób zamierzony wskazał inny system operacyjny dla CD i ZCD, a inny dla DEV. W świetle powyższego, niezrozumiałe są twierdzenia wykonawcy ESKOM jakby oferował dla wszystkich centrów system Windows Server 2019 Datacenter, a dodatkowo Windows Server 2019 Standard. Gdyby tak było, wykonawca dokonałby takiego rozróżnienia w formularzu ofertowym (tak jak to zrobił dla systemu operacyjnego dla CD i ZCD oraz dla systemu operacyjnego dla DEV). Podkreślał, że za omyłkę nie można uznać celowego i zamierzonego zaoferowania rozwiązania, które nie odpowiada SIWZ. Zastosowanie w takim przypadku art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowiłoby niedozwoloną zmianę oferty.

Odwołujący Comarch nadmieniał, iż zaoferowany przez wykonawcę ESKOM dla DEV serwerowy system operacyjny - Windows Server 2019 Standard istnieje na rynku. Nie można uznać za omyłkę świadome zaoferowanie przez wykonawcę danego produktu, ponieważ wydaje mu się, że spełnia wymogi SIWZ i zmianę tego produktu na inny produkt spełniający wymogi SIWZ. Takie działanie prowadzi do naruszenia jednej z podstawowych zasad Pzp, jaką jest zakaz zmiany oferty po jej terminie składania ofert. Poprawienie oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp nie może stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia. W wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2019 roku ESKOM poinformował zamawiającego, że dla wszystkich serwerów (w tym dla DEV) zostanie dostarczony system operacyjny Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP, tj. inny produkt w stosunku do pierwotnie oferowanego. Jednocześnie takiego oświadczenia woli nie dało się w żaden sposób odczytać z treści złożonej oferty i treści SIWZ. Wskutek powyższego, poprzez poprawienie omyłki w treści oferty wykonawcy ESKOM doszło do zmiany oświadczenia woli w przedmiocie ofertowanego serwerowego systemu operacyjnego.

Według odwołującego Comarch zmiany oferty nie sposób uznać za zmianę nieistotną. Oferowany serwerowy system operacyjny ma istotne znaczenie dla przedmiotu zamówienia. Dokonanie zmiany serwerowego systemu operacyjnego ma istotne znaczenie, system ten bowiem odpowiada za pracę serwerów, na których będzie instalowany cały system Zamawiającego. Od właściwego doboru serwerowego systemu operacyjnego, w tym przede wszystkim w zakresie wymogów dotyczących wirtualizacji, zależy poprawna praca systemu, wydajność i elastyczność działania w środowiskach silnie zwirtualizowanych (a takie buduje Zamawiający).

Odwołujący Comarch podniósł ponadto, że z wyjaśnień złożonych przez ESKOM wynika, że w „wierszu nr 6 został dodatkowo (nadmiarowo w stosunku do wymagań Zamawiającego) wyspecyfikowany system Microsoft Windows Server Standard 2019. (...) Ponieważ w opisie zawartym w OPZ nie było przewidzianego serwera świadka w „trzeciej” lokalizacji, tworząc wstępną koncepcję rozwiązania zaplanowaliśmy dostarczenie takiego serwera wraz z systemem operacyjnym Microsoft Windows Microsoft Windows Server Standard 2019.” W złożonych wyjaśnieniach ESKOM potwierdził fakt złożenia oferty wariantowej, która obejmuje odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Zgodnie natomiast z rozdziałem XXXIV SIWZ, Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych. Za ofertę wariantową należy uznać nie tylko zaproponowanie zastosowania innych materiałów, niż przewidywał to Zamawiający, ale także zaproponowanie rozwiązań technicznych, których Zamawiający nie przewidywał, opisując sposób wykonania zamówienia.

Odwołujący Comarch podniósł, że z treści wyjaśnień ESKOM wynika, że zaoferował produkty nadmiarowe, w celu zrealizowania zamówienia w sposób odmienny niż opisany w OPZ wskutek zastosowania rozwiązań, których Zamawiający nie przewidywał. Z powyższych względów, oferta ESKOM powinna ulec odrzuceniu.

W dalszej części odwołania odwołujący Comarch podniósł, że również zaoferowane

przez wykonawcę ESKOM monitory nie spełniają warunków SIWZ. Wywiódł, że jak wynika z treści formularza ofertowego, ESKOM w pkt 16 wykazu sprzętu i oprogramowania wskazało dla pozycji Monitor - Dell UltraSharp 27 4KU2718Q.

Odwołujący Comarch argumentował, że zamawiający w pkt 10 wskazał, że monitory powinny posiadać:

„Display Port, D-sub, DVI-D, HDMI.

Zamawiający dopuszcza realizację uzyskania funkcjonalności D-sub stosując - przejściówkę podłączoną do złącza DVI-D lub DP.

Zamawiający dopuszcza monitor wyposażony w mDP zamiast portu DVI-D. W takim

przypadku Wykonawca musi dołączyć przejściówkę mDP (złącze męskie) na DVI-D (złącze żeńskie). Zamawiający dopuszcza dostarczenie gotowego kabla zapewniającego połączenie dostarczonej stacji z dostarczonym monitorem.”.

Odwołujący Comarch podniósł, że dla zaoferowanych przez wykonawcę ESKOM monitorów nie ma dostępnych przejściówek z analogowego złącza D-sub (inaczej VGA) podłączonych do cyfrowego złącza DVI-D lub DP. Zastosowanie takiej przejściówki byłoby możliwe za pomocą monitora za złączem DVI-I, czyli zarówno cyfrowym spełniającym wymogi zamawiającego jak i analogowym. Takiego złącza nie ma jednak w zaoferowanym przez ESKOM monitorze. Odwołujący Comarch wskazał, że z informacji dostępnych na stronie producenta Dell wynika, że zaoferowany przez ESKOM monitor zawiera porty HDMI, DP i mDP. Argumentował, że zaoferowany przez ESKOM monitor umożliwia podłączenie sygnału cyfrowego. Port wymagany przez Zamawiającego D-SUB (inaczej VGA), tj. port analogowy nie jest obsługiwany przez zaoferowany monitor. Z tego powodu, ofertę wykonawcy ESKOM należy uznać za sprzeczną z SIWZ.

Odwołujący Comarch w dalszej części odwołania podniósł, że laptop zaoferowany przez wykonawcę ESKOM w pkt 16 wykazu sprzętu i oprogramowania nie spełnia wymogów wynikających z OPZ. Wskazał, że zgodnie z rozdziałem 2.2 załącznika nr 4 do OPZ Laptop - 15sztuk (str. 4), Zamawiający wymagał dostarczenia laptopów o następujących parametrach: Klawiatura: wbudowana, w układzie US, polskie znaki zgodne z układem w MS Windows „polski programisty” z wydzielonym blokiem numerycznym, Podświetlane klawisze.

Odwołujący Comarch wskazał, że w pkt 16 wykazu sprzętu i oprogramowania przystępujący Eskom zaoferował Laptop - Dell EMC Precision 5540 CTO Base. Wywiódł, że zaoferowany przez Eskom laptop nie posiada klawiatury z wydzielonym blokiem numerycznym, o czym świadczy zarówno opis klawiatury na stronie producenta, jak i jej zdjęcie. Odwołujący załączył zdjęcie Laptopa zaoferowanego przez wykonawcę ESKOM. Argumentował, że w piśmie z dnia 11 grudnia 2019 r., zamawiający wezwał ESKOM do wyjaśnienia treści złożonej oferty i wyjaśnienie w jaki sposób zostanie zrealizowana funkcjonalność.

Odwołujący Comarch wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie, ESKOM poinformował, że zaoferowany laptop posiada wydzielonych 10 klawiszy numerycznych. Odwołujący Comarch wskazał, że jak wynika ze strony producenta Dell (do której odesłał także ESKOM w swoich wyjaśnieniach), klawiatura w laptopie Dell EMC Precision 5540 CTO Base posiada 10 klawiszy numerycznych (co jest standardem). Z zapewnień producenta, a także ze zdjęć oferowanego laptopa nie można jednak wyznaczyć - przeciwnie do twierdzeń ESKOM - by 10 klawiszy numerycznych było wydzielone z głównej klawiatury w laptopie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a wręcz przeciwnie - 10 klawiszy numerycznych w zaoferowanym laptopie jest częścią klawiatury głównej i nie sposób doszukać się jakiegokolwiek wyodrębnienia. Również z dokumentu znajdującego się na stronie producenta wynika, że liczba klawiszy w oferowanym laptopie wynosi 81 - czyli jak można policzyć i zobaczyć na schematycznym rysunku znajdującym się w przedmiotowym dokumencie jest to klawiatura bez wydzielonego bloku numerycznego.

Odwołujący Comarch wskazał także, że blok numeryczny (klawiatura numeryczna) to zestaw klawiszy, wydzielonych z głównej klawiatury, których układ jest zgodny ze standardem spotykanym w kalkulatorach, co pozwana na szybkie wprowadzanie danych liczbowych. Blok numeryczny posiada nie tylko klawisze numeryczne, ale również znaki matematyczne, co pozwana na sprawne i ergonomiczne przeprowadzanie działań matematycznych.

Zdaniem odwołującego Comarch samych 10 klawiszy numerycznych wbudowanych w klawiaturę główną nie można zatem uznać za wydzielony blok numeryczny. W związku z powyższym nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez wykonawcę ESKOM (które wydaje się być przywołane jedynie na potrzeby odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego), odnośnie stosowanych przez producentów notebooków typów klawiatur - zgodnie z którym wydzielony osobny blok numeryczny może być w formie wydzielonego bloku numerycznego w górnej części klawiatury. 10 klawiszy numerycznych wbudowanych w klawiaturę główną nie można uznać za blok numeryczny. To standardowe rozwiązanie, które istnieje w praktycznie każdym laptopie. Zamawiający w postępowaniu wyraźnie wymagał czegoś więcej - tj. laptopa z wydzielonym blokiem numerycznym.

W dalszej części odwołania odwołujący Comarch podniósł, że treść oferty przystępującego COIG jest sprzeczna z treścią SIWZ. Zaoferowany przez wykonawcę COIG w pkt 6 wykazu sprzętu i oprogramowania Serwerowy system operacyjny - Microsoft Windows Server Std 2019 nie spełnia bowiem wymogów wynikających z OPZ.

Wskazał, że zgodnie z rozdziałem 3.4.4.1. OPZ Serwerowe systemy operacyjne (str. 69 OPZ): „Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do dostarczenia niezbędnej ilości nieograniczonych czasowo licencji serwerowych systemów operacyjnych Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP. lub system równoważny/licencja równoważna w ilości zapewniającej pracę z wykorzystanymi z funkcjonującego środowiska serwerami fizycznymi (CD/ZCD, środowisko DEV).”. Argumentował, że zamawiający określił nadto warunki równoważności systemu operacyjnego CD, ZCD i DEV: Licencja musi uprawniać do uruchamiania serwerowych systemów operacyjnych na serwerach fizycznych jak i uruchamiania nielimitowanej liczby serwerowych systemów operacyjnych za pomocą mechanizmów wirtualizacji.

Odwołujący Comarch wskazał, że jak wynika z treści formularza ofertowego, wykonawca COIG w pkt 6 wykazu sprzętu i oprogramowania wskazał dla Serwerowego systemu operacyjnego CD, ZCD i DEV - Microsoft Windows Server DC 2019 oraz Microsoft Windows Server Std 2019. Wywiódł, że wskazany przez wykonawcę COIG serwerowy system operacyjny Windows Server Standard 2019 nie spełnia wymagania równoważności nr 1, ponieważ nie umożliwia uruchomienia nielimitowanej liczby serwerowych systemów operacyjnych za pomocą mechanizmów wirtualizacji, a jedynie maksymalnie 2 instancje serwerowych systemów operacyjnych, jak wynika z zapewnień producenta Microsoft. Jak wynika z zapewnień producenta Microsoft, zaoferowany przez wykonawcę COIG system operacyjny Windows Server 2019 Standard umożliwia uruchomienie jedynie dwóch wirtualnych maszyn za pomocą mechanizmów weryfikacji, w przeciwieństwie do Windows Server 2019 Datacenter, który umożliwia uruchomienie nielimitowanej liczby maszyn wirtualnych. Co za tym idzie, zaoferowane rozwiązanie nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący Comarch zwrócił uwagę na niekonsekwencję zamawiającego. Argumentował, że zamawiający poprawił omyłkę w ofercie wykonawcy ESKOM w zakresie zaoferowanego serwerowego systemu operacyjnego Windows Server Standard 2019 co musiało być konsekwencją uznania przez zamawiającego, że serwerowy system operacyjny Windows Server Standard 2019 nie jest zgodny z SIWZ. Pomimo wystąpienia tej samej niezgodności z SIWZ w ofercie COIG zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy COIG ani nawet nie wezwał go do złożenia wyjaśnień.

W dalszej części odwołania odwołujący wywiódł, że również zaoferowany przez wykonawcę COIG w pkt 11 wykazu sprzętu i oprogramowania System wirtualizacji CD, ZCD i DEV nie spełnia wymogów wynikających z OPZ.

Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z rozdziałem 3.5.1. OPZ System Wirtualizacji -3.5.1 Centrum Danych i Zapasowe Centrum Danych (str. 92 OPZ): „Zamawiający wymaga podniesienia wersji wraz z wykupieniem wsparcia producenta na okres co najmniej 3 lat od daty odbioru końcowego całego Systemu dla obecnie funkcjonującego oprogramowania wirtualizacyjnego Vmware wraz z wszelkimi niezbędnymi komponentami potrzebnymi do zachowania funkcjonalności. Zamawiający w ramach podniesienia wersji oprogramowania dopuszcza dostarczenie nowych licencji.

Nazwa produktu	Liczba
Środowisko produkcyjne (CD i ZCD)	
VMWare vCenter Server 6 Standard	1
VMWare vSphere 6 Enterprise Plus	4 CPU
VMWare vSphere 6 Enterprise Plus	8 CPU
VMWare vSphere 6 Enterprise Plus	8 CPU
VMWare vSphere 6 Enterprise Plus	4 CPU
Środowisko szkolno-deweloperskie	

VMWare vCenter Server 6 Essential	1
VMWare vSphere 6 Essential Plus	6 CPU
vSphere Storage Appliance 5	1

Zamawiający wymaga dostarczenia dodatkowych licencji dla środowiska wirtualizacji niezbędnych do objęcia nowo dostarczanego sprzętu i wdrożonej infrastruktury w ramach Projektu. Zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia oprogramowania VMware vSAN w ramach podniesienia wersji oprogramowania vSphere Storage Appliance 5.

Warunkiem koniecznym jest zachowanie funkcjonalności zarządzania środowiskiem wirtualizacyjnym CD/ZCD z jednej centralnej konsoli oraz drugiej centralnej konsoli do zarządzania infrastrukturą wyniesioną. Zamawiający dopuszcza zastosowanie jednej centralnej konsoli zarządzającej dla środowiska CD/ZCD oraz lokalizacji wyniesionych z podziałem na środowiska. Rozbudowa musi obejmować wszystkie dostarczone serwery.

Odwolujący Comarch podniósł, że zgodnie z zapisami rozdziału 3.5.1. OPZ, wykonawca jest zobowiązany podnieść wersje oprogramowania wirtualizacyjnego Vmware, które Zamawiający już posiada (lub zakupić nowe licencje oraz zapewnić wsparcie producenta oprogramowania na okres co najmniej 3 lata licząc od daty odbioru końcowego Systemu). Przy czym, jeżeli chodzi o posiadaną licencję vSphere Storage Appliance 5, w ramach podniesienia wersji Zamawiający dopuścił możliwość dostarczenia oprogramowania VMware vSAN.

Odwolujący Comarch wskazał, że wykonawca COIG w wykazie sprzętu i oprogramowania dla pozycji System wirtualizacji CD, ZCD i DEV zaoferował: Vmware vSphere 6 Enterprise Plus, vCenter Server 6 Standard, Vmware vSphere 6 Essential Plus. Wywiódł, że przystępujący COIG w formularzu ofertowym nie wskazał oprogramowania

VMware vSAN (czy też podniesionej wersji oprogramowania vSphere Storage Appliance 5), a w konsekwencji oferta złożona przez wykonawcę COIG jest sprzeczna z SIWZ, nie obejmuje bowiem wszystkich wymagań Zamawiającego.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że również zaoferowane przez wykonawcę COIG monitory nie spełniają warunków SIWZ. Argumentował, że jak wynika z treści formularza ofertowego, wykonawca COIG w pkt 16 wykazu sprzętu i oprogramowania wskazał dla pozycji Monitor - monitor IIYAMA ProLite XUB2792QSU-B1. Wskazywał, że monitor ten podobnie jak monitor zaoferowany przez ESKOM wyposażony jest w porty cyfrowe HDMI oraz DisplayPort, nie umożliwiając zastosowanie przelotek do D-SUB. Odwołujący Comarch wskazał, że Zamawiający wymagał dostarczenia monitorów o

następujących parametrach:

Display Port, D-sub, DVI-D, HDMI.

Zamawiający dopuszcza realizację uzyskania funkcjonalności D-sub stosując - przejściówkę podłączoną do złącza DVI-D lub DP.

Zamawiający dopuszcza monitor wyposażony w mDP zamiast portu DVI-D. W takim

przypadku Wykonawca musi dołączyć przejściówkę mDP (złącze męskie) na DVI-D (złącze żeńskie). Zamawiający dopuszcza dostarczenie gotowego kabla zapewniającego połączenie dostarczonej stacji z dostarczonym monitorem.

Odwolujący podniósł, że dla zaoferowanych przez wykonawcę COIG monitorów nie ma dostępnych przejściówek z analogowego złącza D-SUB (inaczej VGA) na cyfrowe DVI-D lub DP. Zastosowanie takiej przejściówki byłoby możliwe za pomocą monitora za złączem DVI-I, czyli zarówno cyfrowym spełniającym wymogi Zamawiającego jak i analogowym. Takiego złącza nie ma jednak w zaoferowanym przez COIG monitorze.

Odwolujący Comarch wskazał, że z informacji opublikowanej na stronie producenta wynika, że zaoferowany przez COIG monitor posiada następujące złącza: DV-D 24 stykowe, HDMI, DisplayPort. Odwołujący Comarch argumentował, że zaoferowany monitor posiada w odróżnieniu od monitora zaoferowanego przez firmę ESKOM dodatkowo złącze DVI-D, zauważył, że jest to również tylko złącze cyfrowe, które nie umożliwia zastosowania przejściówki, o której mowa w SIWZ. Z tego powodu, rozwiązanie zaoferowane przez COIG należy uznać za sprzeczne z SIWZ.

Z ostrożności procesowej, odwołujący Comarch zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy ESKOM do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zaoferowanych monitorów oraz wezwania wykonawcy COIG

do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zaoferowanego serwerowego systemu operacyjnego, systemu wirtualizacji oraz monitorów. Zdaniem odwołującego nie wolno pominąć obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, a więc rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty.

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 10 lutego 2020 odwołujący Comarch oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutów opisanych w odwołaniu w pkt 3a, 4, 5c i 6 (w zakresie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do monitorów).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w której wniósł o oddalenie obu odwołań w całości. W odpowiedzi na odwołania i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 156/20 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Comarch. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 171/20 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca COIG. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowań odwoławczych w obu sprawach po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca ESKOM. Złożył pismo procesowe z 10 lutego 2020 r., w którym wniósł o oddalenie odwołań. W piśmie oraz w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego COIG, ofertę odwołującego Comarch, ofertę przystępującego Eskom, wezwania zamawiającego z 11 grudnia 2019 r. skierowane do wykonawców COIG, Comarch i Eskom do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert, wyjaśnienia wykonawcy Eskom, wykonawcy Comarch i wykonawcy COIG z dnia 13 grudnia 2019 r., zawiadomienie o poprawieniu omyłki w ofercie przystępującego Eskom z 14 stycznia 2020 r., oświadczenie Eskom z 14 stycznia 2020 r. o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 15 stycznia 2020 r., załączniki do pisma procesowego przystępującego Eskom z 10 lutego 2020 r., dowody złożone przez strony i uczestników w trakcie posiedzenia Izby, to jest:

- 1) Dowód nr 1: Porównanie edycji Standard i Datacenter systemu Windows Server 2019 (według oświadczenia Comarch - wydruk ze strony internetowej Microsoft),
- 2) Dowód nr 2: wyciąg ze specyfikacji laptopa Dell Precision 5540 (według oświadczenia odwołującego Comarch - wydruk ze strony internetowej),
- 3) Dowód nr 3: według oświadczenia Comarch - wydruk ze strony producenta VMware produktu vSphere Storage Appliance,
- 4) Dowód nr 4: według oświadczenia Comarch - wydruk podręcznika licencyjnego dla VMware vSan 6.7 U3,
- 5) Dowód nr 5: korespondencję mailową z panem K. Z. z firmy Microsoft sp. z o.o. z dnia 10 stycznia 2020 r.,
- 6) Dowód nr 6: według oświadczenia odwołującego COIG - wydruk ze strony producenta oprogramowania Microsoft SQL Server 2017,

- 7) Dowód nr 7: według oświadczenia odwołującego COIG - wydruk ze strony producenta oprogramowania Microsoft SQL Server,
- 8) Dowód nr 8: według oświadczenia odwołującego COIG - wydruki ze strony producenta - wyciągi z przewodników po konfiguracji i danych technicznych laptopów Dell Precision 5540 oraz Precision 7540,
- 9) Dowód nr 9: Według oświadczenia odwołującego COIG - wydruk ze strony producenta oprogramowania Microsoft SQL Server w wersji z 2019 r.,
- 10) Dowód nr 10: Oświadczenie firmy Wasko S.A. w Gliwicach z 13 stycznia 2020 r.,
- 11) Dowód nr 11: Wydruki ze strony internetowej producenta Microsoft,
- 12) Dowód nr 12: Wydruki ze strony internetowej producenta Microsoft dla produktu SQL Server,

jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO

156/20 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Comarch uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO

171/20 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę COIG uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w obu postępowaniach odwoławczych w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Eskom uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że zostały wypełnione przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferty odwołujących COIG i Comarch zostały sklasyfikowane ma miejscu odpowiednio drugim i trzecim, za ofertą wykonawcy Eskom. Odwołujący domagali się nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia ofert swych konkurentów. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia ofert konkurentów odwołujących skutkowało będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być uzyskanie przez któregoś z odwołujących zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 171/20 w części dotyczącej zarzutów opisanych w odwołaniu w pkt 3a, 4, 5c i 6 (w zakresie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do monitorów).

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 10 lutego 2020 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący Comarch oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem

wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący Comarch w trakcie posiedzenia Izby oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy

Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Odwołania, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługują częściowo na uwzględnienie.

Stosownie do 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.

Stosownie do 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. 87 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasadne okazały się zarzuty obu odwołujących co do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprawidłowe poprawienie w ofercie przystępującego Eskom niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Nie było sporne między stronami, że przystępujący Eskom zaoferował zamawiającemu w pkt 6 formularza oferty serwerowy system operacyjny CD, ZCD i DEV opisując przedmiot oferty następująco:

„CD i ZCD - Microsoft Windows Serwer DC 2019

DEV: Microsoft Windows Server Std 2019”.

Nie ulegało również wątpliwości, że zaoferowanie dla DEV systemu Microsoft Windows Server Std 2019 było niezgodne z postanowieniami SIWZ. Zamawiający w postanowieniu pkt 3.4.4.1 OPZ „Serwerowe systemy operacyjne” (str. 69 OPZ) wskazał bowiem, że „Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do

dostarczenia niezbędnej ilości nieograniczonych czasowo licencji serwerowych systemów

operacyjnych Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP lub system

równoważny / licencja równoważna w ilości zapewniającej pracę z wykorzystanymi z funkcjonującego środowiska serwerami fizycznymi (CD/ZCD, środowisko DEV).”. Z

powyższego należało wnioskować o obowiązku zaoferowania oprogramowania Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP lub równoważnego. Ponadto zamawiający określił w SIWZ warunki równoważności systemu operacyjnego CD, ZCD i DEV (por. tabela na str. 70 i n. OPZ). W pkt 1 tabeli jako jeden z warunków uznania równoważności oferowanego systemu operacyjnego wskazano: Licencja musi uprawniać do uruchamiania serwerowych systemów operacyjnych na serwerach fizycznych jak i uruchamiania nielimitowanej liczby serwerowych systemów operacyjnych za pomocą mechanizmów wirtualizacji.

Nie było sporne między stronami, że wskazany przez przystępującego w formularzu oferty Eskom serwerowy system operacyjny dla DEV, to jest Microsoft Windows Server Standard 2019 nie spełnia przywołanego wymagania równoważności. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że system ten nie umożliwia uruchomienia nielimitowanej liczby serwerowych systemów operacyjnych na pomocą mechanizmów wirtualizacji, a jedynie maksymalnie 2 instancje serwerowych systemów operacyjnych. Fakt ten nie był kwestionowany. Wynikał również z dowodu nr 1 przedstawionego przez odwołującego Comarch. Z dowodu nr 1 (wydruku ze strony internetowej Microsoft obejmującego porównanie edycji Standard i Datacenter systemu MS Windows Server) wynikało, że system Microsoft Windows Server Standard 2019 może być używany jako gość wirtualizacji, ale zapewnia uruchamianie tylko 2 maszyn wirtualnych. Tymczasem edycja Datacenter zapewniała uruchamianie nieograniczonej liczby maszyn wirtualnych

Zdaniem Izby, obaj odwołujący słusznie zarzucili, że opisana niezgodność treści oferty przystępującego Eskom została bezpodstawnie poprawiona przez zamawiającego pismem z dnia 14 stycznia 2020 r.

Ustalono w tym zakresie, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 11 grudnia 2019 r. do wyjaśnień oferty, przystępujący Eskom przesłał pismo z 13 grudnia 2019 r. W piśmie tym oświadczył, że dla wszystkich serwerów w środowiskach CD, ZCD i DEV zostanie dostarczony system operacyjny Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP. Wyjaśnił dodatkowo, że w formularzu dodatkowo został wyspecyfikowany system Microsoft

Windows Server Standard 2019, który zgodnie ze wstępną koncepcją byłby zainstalowany

na dodatkowym serwerze uruchomionym w zewnętrznej lokalizacji (...) i miałby pełnić rolę świadka (ang. witness) dla klastrów niezawodnościowych.

Ustalono także, że po otrzymaniu ww. wyjaśnień, zamawiający dokonał w dniu 14 stycznia 2020 r. poprawy w ofercie Eskom w ten sposób, że wpisał w poz. 6 formularza oferty, iż wykonawca ten dla CD, ZCD i DEV oferuje Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP, oraz oferuje dodatkowo Microsoft Windows Server Standard 2019.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z SIWZ (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). Fundamentalną zasadą wynikającą wprost z art. 87 ust. 1 Pzp jest niezmiennalność ofert po upływie terminu składania ofert. Zasada ta jest konsekwencją innej, naczelnej zasady systemu zamówień publicznych, a więc zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Podkreślić należy także, że przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady, jaką jest niezmiennalność ofert wywodzona konsekwentnie przez Trybunał Sprawiedliwości UE w kolejnych wyrokach z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Co więcej, w art. 56 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazano wyrażnie, że „jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą - chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej - zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości”. Jak

wynika z przywołanego przepisu, wszelkie próby poprawienia lub uzupełniania ofert także prawodawca unijny reglamentuje i uzależnia od pełnego poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Przypomnienia wymaga także, że z wyroku Trybunał Sprawiedliwości UE z 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), ale także i poprzednio wydawanych orzeczeń (wyroki TS UE w sprawie C-324/14 A., w sprawie C-336/12 Manova czy w sprawie C 599/10 SAG ELV Slovensko) wynika, że Trybunał konsekwentnie i rygorystycznie wskazywał, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom pomiędzy zamawiającym a wykonawcami dokonywanymi po otwarciu ofert. Trybunał wskazywał wyraźnie, że w związku z tym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo). Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo). W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

Z wszystkich tych orzeczeń wynika zasada, że oferta nie może być modyfikowana po terminie składania ofert. Dopuszczono jedynie niewielkie wyjaśnienia i sprostowania omyłek, które miały być dokonywane na równych zasadach, w sposób, który nie prowadzi do wytworzenia nowej oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że wyjaśnienia przystępującego Eskom z 13 grudnia 2019 r. i poprawa oferty dokonana przez zamawiającego w piśmie z 14 stycznia 2020 r. doprowadziły do wytworzenia przez tego wykonawcy nowej oferty, po terminie składania ofert.

Wzięto pod uwagę, że z żadnego miejsca pierwotnej oferty przystępującego Eskom nie wynikało, jakoby jego zamiarem było od początku zaoferowanie zamawiającemu dla DEV systemu MS Windows Server Datacenter Core 2019. Z oferty tej nie wynikało także żadną miarą, aby wykonawca chciał zaoferować system MS Windows Server Standard 2019 jedynie dodatkowo, do pełnienia roli świadka (ang. witness), tak jak to wskazano w wyjaśnieniach z 13 grudnia 2019 r.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja przystępującego Eskom, który wywiódł na rozprawie, że nastąpiło zwykłe przesunięcie w wierszu 6 w linii formularza oferty w ten sposób, że DEV został przesunięty do odrębnej linii. Zdaniem Izby analiza formularza

oferty nie wskazywała na taki mechanizm. Wręcz przeciwnie, wykonawca użył sformułowania „CD i ZCD”, a następnie użył myślnika i wskazał jako oferowany tylko dla tych dwóch lokalizacji system Microsoft Windows Server DC 2019. Dopiero w odrębnej, kolejnej linii wiersza wpisał lokalizację DEV, następnie postawił dwukropek i wymienił jako oferowany system Microsoft Windows Server Std 2019. Treść formularza ofertowego nie wskazywała więc na mechanizm zwykłego przesunięcia, ale raczej na celowe działanie wykonawcy. W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy z 13 grudnia 2019 r. należało potraktować jako złożenie nowej oferty, a nie zwykłe wyjaśnienia dotychczasowej.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, aby poprawić omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy stwierdzić, że wystąpiła omyłka, a nie zamierzona niezgodność oferty z SIWZ. Ponadto zamawiający, na podstawie oferty powinien mieć możliwość samodzielnego ustalenia sposobu poprawienia tej oferty. Tymczasem, zamawiający, w oparciu o sam formularz wykonawcy, nie miał jakichkolwiek podstaw aby poprawić ofertę w sposób wskazany w piśmie z 14.01.2020 r. Treść oferty wskazywała, że wykonawca rzeczywiście oferuje dla DEV system Microsoft Windows Server Std 2019. Wszak produkt taki istnieje na rynku. Biorąc powyższe pod uwagę zarzuty obu odwołujących okazały się zasadne.

Chybiony okazał się zarzut odwołującego Comarch co do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Eskom, z powodu złożenia przez niego w wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2019 r. niedopuszczalnej w świetle SIWZ oferty wariantowej w odniesieniu do serwerowego systemu operacyjnego.

Jak wynikało z uzasadnienia rozpatrywanego zarzutu, odwołujący upatrywał złożenia

przez przystępującego oferty wariantowej w rozwiązaniu opisanym w wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2019 r. W wyjaśnieniach tych przystępujący Eskom wskazał, że zaoferował dodatkowo system Microsoft Windows Server Standard 2019, który zgodnie ze wstępną koncepcją byłby zainstalowany na dodatkowym serwerze uruchomionym w zewnętrznej lokalizacji (...) i miałyby pełnić rolę świadka (ang. witness) dla klastrów niezawodnościowych.

Jednakże jak Izba przesądziła przy rozstrzygnięciu poprzedniego zarzutu, omawiane wyjaśnienia stanowiły niedopuszczalną i nieskuteczną próbę zmiany przez wykonawcę swej oferty po upływie terminu składania ofert. Z pierwotnego formularza oferty Eskom nie wynikało bowiem, aby takie rozwiązanie rzeczywiście zaoferowano zamawiającemu. Podkreślenia wymaga, że przez przyzmat przesłanek odrzucenia ofert, o których mowa w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, mogła podlegać ocenie wyłącznie oferta wykonawcy Eskom złożona do upływu terminu składania ofert, a nie oferta, którą złożono zamawiającemu w dniu 13 grudnia 2019 r. Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut podlegał oddaleniu.

Zasadne okazały się zarzuty obu odwołujących dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Eskom z powodu zaoferowania laptopów, których klawiatury nie odpowiadały wymaganiom SIWZ.

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 4 do OPZ (sprzęt kliencki), w pkt 2.2. „Laptop - 15 sztuk”, wymagał od wykonawców zaoferowania laptopów, których klawiatury opisano w pkt 11 tabeli na s. 4 następująco:

Klawiatura wbudowana, w układzie US, polskie znaki zgodne z układem w MS Windows „polski programisty” z wydzielonym blokiem numerycznym, Podświetlane klawisze.

Nie było sporne między stronami, że przystępujący Eskom zaoferował zamawiającemu laptop Dell EMC Precision 5540 CTO Base (pkt 16 formularza oferty). Nie było także sporne między stronami, że laptop ten posiada 81 klawiszy. Wynikało to także z dowodów złożonych do akt sprawy (dowód nr 2, zdjęcie s.5 i opis s. 12).

Sporne między stronami okazało się, czy klawiatury zaoferowanych laptopów posiadają „wydzielony blok numeryczny”.

Zdaniem Izby, klawiatura laptopów zaoferowanych przez Eskom nie posiadała bloku numerycznego, a z pewnością „wydzielonego” bloku numerycznego. 10 klawiszy numerycznych, które znajdowały się w górnej części klawiatury nie można było uznać z blok numeryczny, a tym bardziej blok „wydzielony”. Stwierdzono, że owe 10 klawiszy to standardowe rozwiązanie, które jest cechą charakterystyczną praktycznie każdej klawiatury. Według Izby cechą bloku, którego wymagał zamawiający, powinno być po pierwsze wydzielenie go od pozostałych klawiszy. W klawiaturze spornych laptopów próżno było szukać takiego wydzielenia, skoro klawisze numeryczne nie były w żaden sposób oddzielone od pozostałych. Po drugie, cechą wydzielenego bloku numerycznego jest to, że zawiera on charakterystyczny dla kalkulatorów układ klawiszy numerycznych pozwalających na szybkie wprowadzanie danych liczbowych. Na zdjęciach przedstawiających klawiaturę oferowanych laptopów próżno było szukać takiego rozwiązania. Z ww. powodów za niewiarygodne uznano oświadczenie Dell sp. z o.o. w Warszawie z 13 stycznia 2020 r., załączone przez przystępującego do jego pisma procesowego. W oświadczeniu tym firma ta wskazała, że notebook Dell Precision 5540 posiada klawiaturę z wydzielonym blokiem numerycznym. Wzięto pod uwagę, że analizowane oświadczenie pochodziło od podmiotu zainteresowanego sprzedażą produktów firmy Dell. Ponadto oświadczenie to okazało się sprzeczne z pozostałym zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności ze zdjęciem i opisem klawiatury z dowodu nr 2, który stanowił wyciąg ze strony internetowej producenta laptopów firmy Dell.

Reasumując Izba stwierdziła, że skoro zamawiający wyspecyfikował w SIWZ dodatkowy, specyficzny wymóg aby klawiatura posiadała „wydzielony blok numeryczny”, to należało zaoferować sprzęt odpowiadający temu oczekiwaniu. Skoro takiego rozwiązania zabrakło, to oferta przystępującego Eskom podlegała odrzuceniu z ww. powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zarzuty okazały się zatem zasadne.

Niezasadny okazał się zarzut odwołującego Comarch co do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego COIG z powodu niezaoferowania oprogramowania VMware vSAN (czy też podniesionej wersji oprogramowania vSphere Storage Appliance 5).

Nie było sporne między stronami, że zamawiający w pkt 3.5. OPZ odnoszącym się do „systemu wirtualizacji”, w ppkt 3.5.6. dotyczącym centrum danych i zapasowego centrum danych, wskazał, że wymaga podniesienia wersji wraz z wykupieniem wsparcia producenta na okres co najmniej 3 lat od daty odbioru końcowego całego Systemu dla obecnie

funkcjonującego oprogramowania wirtualizacyjnego Vmware wraz z wszelkimi niezbędnymi komponentami potrzebnymi do zachowania funkcjonalności. Zamawiający w ramach podniesienia wersji oprogramowania dopuszcza dostarczenie nowych licencji. Zamawiający

wymienił w tabeli na s. 92 OPZ posiadane przez siebie licencje. Wśród tych licencji wymieniono m.in. vSphere Storage Appliance 5. Zamawiający wskazał również, że wymaga dostarczenia dodatkowych licencji dla środowiska wirtualizacji niezbędnych do objęcia nowo dostarczanego sprzętu i wdrożonej infrastruktury w ramach Projektu. Wskazał także, że dopuszcza możliwość dostarczenia oprogramowania VMware vSAN w ramach podniesienia

wersji oprogramowania vSphere Storage Appliance 5.

Nie ulegało także wątpliwości, że przystępujący COIG w formularzu ofertowym w wierszu 11 „system wirtualizacji CD, ZCD i DEV”, w kolumnie „producent, typ, model - rozumiane jako określenie rodziny / grupy produktów” wymienił jako oferowane: VMware

vSphere 6 Enterprise Plus, Center Server 6 Standard, VMware vSphere 6 Essential Plus. Przystępujący COIG w wierszu tym nie wymienił jako oferowanego oprogramowania VMware vSAN.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie prowadził do wniosku, że 19 września 2018 r. zakończył się okres wsparcia dla klientów korzystających z vSphere Storage Appliance 5.5 (dowód nr 3). Z kolei z dowodu nr 4 wynikało, że licencje vSphere nie zawierają vSAN (s. 15 dowodu) i że oprogramowanie vSan jest elementem pięciu zestawów

(pakietów oprogramowania) - s. 2 dowodu. Powyższe prowadziło do wniosku, że oprogramowanie VMware vSAN musiało zostać zaoferowane wskutek wycofania vSphere Storage Appliance 5.5. Ponadto ustalono, że wymagane oprogramowanie vSAN nie było elementem paczki, czy rodziny oprogramowania wskazanego przez przystępującego COIG w pkt 11 formularza ofertowego. Powyższe nie prowadziło jednak do wniosku, że sporne oprogramowanie nie zostało przez zaoferowane przez przystępującego COIG. Uszło uwadze odwołującego Comarch, że zgodnie z postanowieniami wzoru formularza ofertowego w pkt 11 należało opisać oferowane elementy „systemu wirtualizacji CD, ZCD i DEV”. Nie zostało natomiast wykazane, że oprogramowanie VMware vSAN jest elementem „systemu wirtualizacji”, a nie jedynie „środowiska wirtualizacji”. Na powyższe zwrócił uwagę przystępujący COIG w trakcie rozprawy. Podniósł, że VMware vSAN jest to oprogramowanie do tworzenia i zarządzania współdzielonej przestrzeni zbudowanej z lokalnie zainstalowanych dysków w serwerze (serwerach). Na powyższe wskazywała także definicja oprogramowania VMware vSphere Storage Appliance (poprzednika vSAN) zamieszczona w dowodzie nr 4. Na s. 2 tego dowodu wskazano, że jest to „oparte na oprogramowaniu współdzielone rozwiązanie pamięci masowej, które umożliwia wysoką dostępność i automatyzację w vSphere bez współdzielonego sprzętu pamięci masowej”.

Izba stwierdziła, że zamawiający opisując w pkt 3.5.1 OPZ oprogramowanie VMware vSAN posłużył się sformułowaniem „licencji dla środowiska wirtualizacji”. Nie można było zatem wykluczyć, że „środowisko wirtualizacji” to coś więcej niż „system wirtualizacji”. W związku z powyższym nie istniał obowiązek wyszczególnienia w formularzu oferty tego akurat elementu. To zamawiający decyduje w SIWZ w jakiś sposób i z jaką szczegółowością wykonawcy powinni przygotować swą ofertę. W tej sytuacji nie można było utrzymywać, że sporny element nie został zaoferowany. Dostrzeżenia wymagało, że wykonawca COIG złożył w formularzu oferty oświadczenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i sporny element będzie musiał zamawiającemu dostarczyć. Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut uznano za bezzasadny.

Za bezzasadny uznano również zarzut ewentualny naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty COIG w zakresie systemu wirtualizacji (pkt 6 odwołanie KIO 171/20). Jak wskazano wyżej, oferta wykonawcy COIG w tym zakresie nie budziła wątpliwości i nie wymagała wyjaśnienia.

Niezasadny okazał się zarzut odwołującego Comarch co do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego COIG z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę serwerowego systemu operacyjnego niezgodnego z postanowieniami SIWZ.

Nie było sporne między stronami, że zgodnie z postanowieniem pkt 3.4.4.1. OPZ zamawiający postanowił, że Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do dostarczenia niezbędnej ilości nieograniczonych czasowo licencji serwerowych systemów operacyjnych Windows Server Datacenter Core 2019 Government OLP, lub system równoważny/licencja równoważna w ilości zapewniającej pracę z wykorzystanymi z funkcjonującego środowiska serwerami fizycznymi (CD/ZCD, środowisko DEV). Zamawiający opisał także w OPZ w tabeli na str. 70 warunki równoważności

serwerowego systemu operacyjnego. W pkt 1 wskazano, że licencja musi uprawniać do uruchamiania serwerowych systemów operacyjnych na serwerach fizycznych jak i uruchamiania nielimitowanej liczby serwerowych systemów operacyjnych za pomocą mechanizmów wirtualizacji.

Ustalono także, że przystępujący COIG w wierszu 6 formularza oferty „serwerowy system operacyjny CD, ZCD i DEV” zaoferował oprogramowanie opisane następująco: „Microsoft Windows Server Datacenter 2019 oraz Microsoft Windows Server Standard 2019”.

Odwołujący Comarch zarzucił w odwołaniu, że zaoferowanie jako serwerowego systemu operacyjnego dla CD, ZCD i REV oprogramowania Microsoft Windows Server Standard 2019 pozostawało sprzeczne z przywołanym wyżej wymaganiem równoważności z pkt 1 tabeli na s. 70 OPZ.

W ocenie Izby odwołujący Comarch nie dostrzegł, że przystępujący COIG w pkt 6 formularza oferty zaoferował zamawiającemu także system Microsoft Windows Server

Datacenter 2019, który odpowiadał wprost wymogom z pkt 3.4.4.1 OPZ. Dla systemu tego - jako systemu referencyjnego - nie trzeba było wykazywać żadnych warunków równoważności. Przedstawiona treść formularza oferty wskazywała zatem, że z jakichś powodów przystępujący zaoferował dodatkowo system Microsoft Windows Server Standard 2019. W tej sytuacji zamawiający słusznie skierował do wykonawcy w dniu 11 grudnia 2019 r. wniosek o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro bowiem jeden system, to jest Microsoft Windows Server Datacenter 2019, spełniał w całości wymagania zamawiającego, to należało zadać pytanie, w jakim celu zaoferowano zamawiającemu jeszcze drugi system.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący COIG złożył 13 grudnia 2019 r. wyjaśnienia objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Analiza ww. wyjaśnień prowadziła do wniosku, że zaoferowanie przez wykonawcę dodatkowo licencji Windows Server Standard 2019 podyktowane było przyjętym w ofercie rozwiązaniem, które zostało dopuszczone wyrażnie w postanowieniach SIWZ. Jednocześnie, z uwagi na brak miejsca w formularzu ofertowym wykonawca umieścił informacje o zaoferowaniu tych dodatkowych licencji w pkt 6 formularza ofertowego, odnoszącym się do systemu operacyjnego CD, ZCD i DEV. Izba przeanalizowała postanowienia SIWZ, na jakie przystępujący COIG powołał się w wyjaśnieniach z 13 grudnia 2019 r. i stwierdziła, że rzeczywiście zamawiający dopuścił w ich treści rozwiązanie, o którym mowa w wyjaśnieniach. Na uwagę zasługiwał również fakt, że na wypadek takiego rozwiązania, zamawiający zastrzegł w SIWZ konieczność zaoferowania dodatkowych elementów, dla których konieczne było zaoferowanie licencji Windows Server Standard 2019. Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut uznano za chybiony.

Za bezzasadny uznano również zarzut ewentualny naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty COIG w zakresie serwerowego systemu operacyjnego (pkt 6 odwołania KIO 171/20). Jak wskazano wcześniej, procedurę taką zamawiający przeprowadził kierując do przystępującego COIG wezwanie do złożenia wyjaśnień w dniu 11 grudnia 2019 r.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego COIG dotyczący zaniechania odrzucenia ofert przystępującego Eskom i przystępującego Comarch z powodu niezgodności zaoferowanych przez tych wykonawców systemów bazodanowych z wymaganiami pkt 3.4.5 OPZ.

Ustalono, że zamawiający w postanowieniach pkt 3.4.5 OPZ wskazał, że W zakresie funkcjonowania należy przewidzieć budowę w oparciu o klaster HA i NLB. Dostarczony system bazodanowy musi zapewnić pełną integrację z budowanymi w ramach projektu e-

usługami i systemem obiegu dokumentów w taki sposób aby zapewnić pełną optymalizację realizacji zapytań. W postanowieniu tym zastrzeżono także, że System bazodanowy musi zostać zbudowany w konfiguracji klastra geograficznego (w zależności od wyskalowania 1 lub więcej węzłów w CD i 1 lub więcej węzłów w ZCD). W przypadku utraty węzła klastra usługa musi działać bezprzerwowo. System bazy danych musi zostać skonfigurowany w taki sposób aby zminimalizować cel punktu odzyskiwania (RPO) i cel czasu odzyskiwania (RTO). Ponadto zamawiający wskazał też w SIWZ, że dostarczony system bazodanowy musi spełniać wymagania minimalne. Wśród tych wymagań wymieniono m.in.: SBD musi

umożliwiać tworzenie klastrów niezawodnościowych.

Nie było sporne między stronami, że obaj przystępujący w pkt 10 formularzy

ofertowych wskazali, że oferują zamawiającemu system bazodanowy Microsoft SQL Server Standard Edition 2017 (w przypadku przystępującego Eskom) i Microsoft SQL Server Standard 2019 (w przypadku przystępującego Comarch).

Zostało także wykazane przez odwołującego COIG, że oprogramowanie Microsoft SQL Server w edycji Standard posiada ograniczenia w stosunku do oprogramowania Microsoft SQL Server w edycji Enterprise (które zaoferował odwołujący COIG).

Jak wynikało z dowodów przedstawionych przez odwołującego COIG, edycja standard wspiera jedynie tzw. basic availability groups (BAG) - dowód nr 6 str. 7. Natomiast Basic availability groups posiadają następujące ograniczenia:

- limit dwóch replik (pierwotnej i wtórnej),
- brak dostępu do odczytu repliki dodatkowej,
- brak kopii zapasowych w repliki dodatkowej.

Powyższe wynikało z dowodu nr 7, str. 1.

Jednakże, nie zostało wykazane przez odwołującego COIG z całą pewnością, że ww. ograniczenia uniemożliwią przystępującym Eskom i Comarch spełnienie wymagań opisanych w pkt 3.4.5 OPZ, jeśli postąpią w sposób wskazany w złożonych przez siebie wyjaśnieniach i w piśmie procesowym przystępującego Eskom.

W pierwszej kolejności nie podzielono stanowiska zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, jakoby z pkt 3.4.5 OPZ nie wynikał obowiązek wykonawcy do budowy systemu w oparciu również o klaster NLB (network load balancing) i jakoby ten wymóg mógł być spełniony w przyszłości. Zdaniem Izby wymóg ten odnosił się do tego zamówienia. Zamawiający określając wymóg użył słowa „budowa”, a nie „rozbudowa w przyszłości”. Z drugiej jednak strony należało zgodzić się z zamawiającym i przystępującymi Eskom i Comarch, że nie przedstawiono w SIWZ żadnej, wiążącej definicji NLB (network load balancing). Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający nigdzie w SIWZ nie określił szczegółowych uwarunkowań techniczno-organizacyjnych ani sprzętowych odnoszących się do funkcjonalności NLB.

Izba wzięła pod uwagę, że kwestia zapewnienia spornego wymagania była przedmiotem wyjaśnień, do złożenia których zamawiający wezwał obu przystępujących w dniu 11 grudnia 2019 r. W wyjaśnieniach złożonych 13 grudnia 2019 r. wykonawcy Eskom i Comarch wskazali na sposób osiągnięcia funkcjonalności przy pomocy oprogramowania Microsoft SQL Server w edycji Standard. Wyjaśnienia Comarch zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostaną przytoczone. Przystępujący Eskom oświadczył, że równoważenie obciążenia pomiędzy różnymi serwerami bazodanowymi będzie realizowane poprzez stworzenie wielu Grup Dostępności (Availability Groups), które będą aktywne na różnych serwerach. Dodatkowo w piśmie procesowym z 10 lutego 2020 r. na s. 8 przystępujący Eskom przedstawił definicję NLB wskazując, że jest to równoważenie ruchu sieciowego i ma na celu rozłożenie obciążenia na wiele serwerów w oparciu o z góry ustalone warunki. Odwołujący COIG w trakcie rozprawy zaprzeczył, aby była to definicja właściwa. W odwołaniu odwołujący COIG zdefiniował NLB jako „sformułowanie techniczne, które oznacza, że baza danych ma być podzielona na części (tzw. węzły lub repliki), w taki sposób, że dane są zapisywane i odczytywane w dostępnych węzłach równocześnie”. Jednakże odwołujący COIG nie przedstawił żadnego dowodu, choćby fragmentu opracowania np. z prasy branżowej, opinii prywatnej lub innego dowodu, w oparciu o który Izba mogła by ustalić, że prawidłowa i powszechnie przyjmowana w branży jest tylko podana przez niego definicja NLB, a definicja przystępującego za taką nie może być uznana. Wobec sporu co do omawianego faktu, dowód taki powinien przedstawić odwołujący COIG zgodnie z ogólną regułą rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 KC w z. z art. 14 ustawy Pzp).

Przystępujący Eskom powołując się na przedstawione przez siebie rozumienie pojęcia NLB wyjaśnił dodatkowo w piśmie procesowym, że założył dzielenie ruchu na podstawie źródła danych (bazy danych) jakiego dotyczy zapytanie. Wskazał, że zapytania z aplikacji korzystających z bazy A będą trafiały na jeden serwer, a korzystające z bazy B na drugi serwer. Nie przedstawiono Izbie żadnego dowodu, że rozwiązania opisane przez przystępujących w wyjaśnieniach i przez Eskom w piśmie procesowym z całą pewnością nie będą mogły doprowadzić do spełniania spornego wymagania. Ciężar dowodu w tym zakresie również obciążał odwołującego COIG po myśli art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 KC. W braku dowodu przeciwnego Izba nie miała żadnych podstaw do stwierdzenia, że rozwiązania projektowane przez przystępujących z pewnością będą sprzeczne z wymogami budowy systemu w oparciu o klaster NLB, którym mowa w pkt 3.4.5 OPZ.

Odnosnie wymagania z pkt 3.4.5 OPZ, w którym wskazano, że system bazodanowy musi zostać zbudowany w konfiguracji klastra geograficznego (w zależności od

wyskalowania 1 lub więcej węzłów w CD i 1 lub więcej węzłów w ZCD) Izba stwierdziła, że również nie zostało wykazane przez odwołującego COIG, iż rozwiązania przystępujących będą sprzeczne z tym wymaganiem.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że z powyższego postanowienia nie wynika, aby zamawiający narzucał wykonawcom budowę systemu bazodanowego obejmującego konkretną liczbę węzłów. Zamawiający sprecyzował jedynie, że liczba ta ma zależeć „od wyskalowania” systemu, ale więc innymi słowy powinna być dostosowania do wymagań

projektowanego systemu. Z powyższego wymogu nie wynikało zatem - jak pisze odwołujący COIG - aby należało zbudować minimum dwa węzły w pierwszej serwerowni (CD) i minimum dwa węzły z drugiej serwerowni (ZCD).

Wzięto pod uwagę, że przystępujący ESKOM w piśmie procesowym wyjaśnił, że zaplanował budowę w każdym ośrodku klastrów HA wykorzystujących mechanizmy systemu operacyjnego Windows Server (Failover Clustering) oraz współdzielone zasoby dyskowe. Bazy danych dla komponentów systemu: Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów, czterech usług Wewnętrzzadministracyjnych (Usługa zdalnego udostępnienia zasobów lokalnych stanowiska komputerowego lub urządzenia mobilnego dla administracji, Wewnętrzna usługa przesyłania ważnych komunikatów do użytkowników systemu, Wewnętrzna usługa zbierania danych — elektroniczna ankieta, Wewnętrzna książka telefoniczna), sześciu e-usług publicznych (E-informacja publiczna, E-Patronat, E-Wydarzenie o charakterze niemasowym, E-Informacja o kontroli pojazdów, E-Zamówienia, E-Zaświadczenie o wypadku bądź kolizji drogowej) oraz dwóch dodatkowych usług usprawniających procedury (Cyfryzacji dostępu, Usprawnienia komunikacji pomiędzy osobą pokrzywdzoną, a funkcjonariuszem prowadzącym daną sprawę) są oddzielnymi bytami, które będą uruchomione na oddzielnych serwerach, np. SEOD na serwerze A, a e-usługi na serwerze B. Serwery te będą dla siebie wzajemnie zabezpieczeniem, tzn. w przypadku awarii jednego z nich, uruchomione na nim bazy zaczną działać na drugim serwerze. Z kolei przystępujący Comarch opisał swe rozwiązanie w wyjaśnieniach z 13 grudnia 2019 r., objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby nie zostało wykazane, że rozwiązania opisane przez obu przystępujących z pewnością nie będą spełniać przywołanych wymagań z pkt 3.4.5 OPZ. To na odwołującym, w świetle art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 KC, spoczywał ciężar wykazania zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tymczasem, jak wskazano wcześniej, odwołujący COIG zdołał wykazać jedynie istnienie określonych ograniczeń licencji produktów MS SQL Server w edycji Standard, co okazało się niewystarczające.

Analogicznie należało ocenić zarzuty odwołującego COIG dotyczące niespełnienia wymagania również opisanego w pkt 3.4.5 PZ, zgodnie z którym SBD musi umożliwiać tworzenie klastrów niezawodnościowych.

Zdaniem Izby odwołujący COIG nie wykazał, że ograniczenia Microsoft SQL Server w edycji Standard z pewnością uniemożliwią obu przystępującym spełnienie powyższego wymagania.

Wzięto pod uwagę, że przystępujący ESKOM wyjaśnił w piśmie procesowym z 10 lutego 2020 r., że Microsoft SQL Server w edycji Standard „nie posiada ograniczeń na ilość skonfigurowanych klastrów”. Wywiódł, że wskazane przez odwołującego COIG ograniczenia dotyczą pojedynczego klastra. Wywiódł jednak, że w edycji Standard istnieje możliwość zdefiniowania dowolnej ilości grup dostępności, które mogą działać krzyżowo, tzn. Grupa A jest aktywna na serwerze pierwszym, a serwer drugi jest zapasowy, a grupa B jest aktywna na serwerze drugim, a serwer pierwszy stanowi zapas.

Wzięto pod uwagę, że dodatkowo zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż można z wielokrotnie liczbę Basic Availability Groups (BAG) i w każdym BAG zapewnić funkcję przelączania jednej bazy danych (s. 11 odpowiedzi na odwołanie). Na możliwość takiego skonfigurowania wskazywał także dowód nr 11 (wydruk artykułu z prasy branżowej). Z artykułu wynikało, że istnieje możliwość realizacji spornych wymagań przez wykonanie odpowiedniej konfiguracji systemu bazodanowego. Z artykułu tego wynikało przykładowo, że w SQL Server edycji Standard można utworzyć więcej niż 1 grupę dostępności. Ponadto opisano tam, że przy pomocy tej edycji oprogramowania można skonfigurować większą liczbę instancji jako repliki w różnych grupach. Dowód uznano za wiarygodny, artykuł został zamieszczony bowiem na oficjalnej stronie producenta spornego oprogramowania - firmy Microsoft.

Na uwagę zasługiwał również fakt, że odwołujący COIG nie odniósł się także do schematów, które zamawiający zamieścił na str. 12 odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający

w tym fragmencie odpowiedzi na odwołanie przedstawił schemat projektu, w którym dla różnych aplikacji powstały różne grupy BAG z pojedynczymi bazami. Odwołujący COIG nie odniósł się także do tezy o możliwości uzyskania w edycji Standard trzech replik określonej bazy danych, z klastrem FCI oraz rozciągniętym BAG (s. 13 odpowiedzi na odwołanie). Wobec powyższego Izba oddaliła te zarzuty jako niedostatecznie udowodnione przez odwołującego COIG.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2, 4, 5 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odpowiednich części odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3, 6, 7 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2, 4, 5) i formalnym (pkt 3, 6, 7), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww.

przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W obu sprawach stwierdzone naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1, 87 ust. 2 pkt 3, art. i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów poprawił omyłkę w ofercie przystępującego Eskom i zaniechał czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, wybierając tę ofertę jako najkorzystniejszą.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie

lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności

zamawiającego. W konsekwencji Izba w pkt 1 i 4 wyroku nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawiania innej omyłki w ofercie przystępującego Eskom oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- a) odrzucenie oferty przystępującego Eskom z powodu zaoferowania serwerowego systemu operacyjnego dla DEV niezgodnego z wymaganiem równoważności opisanym w pkt 1 tabeli str. 70 OPZ,
- b) odrzucenie oferty przystępującego Eskom z powodu zaoferowania laptopów, których klawiatury nie posiadają wydzielonego bloku numerycznego, w którym mowa w pkt 11 tabeli na s. 4 załącznika nr 4 do OPZ.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 4 wyroku.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp,

orzeczono jak w pkt 2 i 5 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Odnosnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Oba odwołania zostały uwzględnione w zasadniczych, kluczowych częściach dotyczących oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego uznano, że odpowiedzialność za wynik postępowania w każdej ze spraw ponosił zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 156/20 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego COIG w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego COIG z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczonej kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy. Na koszty postępowania w sprawie KIO 171/20 składał się wyłącznie wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Comarch w wysokości 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 6 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).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: