

WYROK

z dnia 4 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:	Przewodniczący:	Katarzyna Odrzywolska
	Protokolant:	Klaudia Kwadrans
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2021 r. wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu wykonawcę: SimplySec Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach		w Warszawie, odwołania 9 września 2021 r. przez

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawcy: Euler Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2674/21

UZASADNIENIE

Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp” którego przedmiotem jest „Rozbudowa posiadanego systemu zarządzania tożsamością i dostępem lub równoważne wraz z asystą techniczną i konserwacją”; numer referencyjny: BAG-SZP.261.1.9.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 maja 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2021/S 100-263441.

W dniu 31 sierpnia 2021 r. zamawiający zamieścił na swojej platformie zakupowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego.

W dniu 9 września 2021 r. przez wykonawcę: SimplySec Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności dokonanej przez zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na błędne uznanie przez zamawiającego, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 5 i 6 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i nieprawidłowe uznanie, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu za rzekomą niezgodność oferty z warunkami zamówienia, podczas gdy jest ona zgodna z treścią warunków zamówienia i spełnia wymagania określone dla zamówienia równoważnego, a tym samym odwołujący oferując przedmiot zamówienia spełnił wymagania równoważności określone w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), co zostało wykazane w ramach złożonej oferty;
2. art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że jego oferta jest w pełni zgodna z SWZ, a zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymogi zamawiającego, tym samym w świetle kryteriów oceny ofert jest ona najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; unieważnienia czynności wyboru oferty Euler Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej; powtórzenia oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej a ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 28 września 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe (replika na odpowiedź zamawiającego na odwołanie), w którym odniósł się do argumentacji zamawiającego podnoszonej w odpowiedzi na odwołanie.

Euler Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc na rozprawie o oddalenie odwołania i podzielając stanowisko zamawiającego zawarte w decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożoną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, jak też odpowiedzią na nie, pismem procesowym odwołującego złożonym na posiedzeniu a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy

Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył swoją ofertę w postępowaniu. Zamawiający uznał, że oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z wymaganiami SWZ i pismem z 31 sierpnia 2021 r. poinformował o odrzuceniu jego oferty, dokonując jednocześnie wyboru oferty wykonawcy Euler Sp. z o.o. z siedzibą w

Warszawie. Błędne uznanie przez zamawiającego, iż oferowany przez odwołującego przedmiot zamówienia nie spełnia warunków równoważności, pozbawił go możliwości

realizacji przedmiotu zamówienia i skutkowało odrzuceniem jego oferty. Tym samym szkoda odwołującego przejawia się w tym, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołujący nie zrealizuje zamówienia i nie osiągnie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez przystępującego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt III SWZ jest rozbudowa posiadanego systemu zarządzania tożsamością i dostępem lub równoważne wraz z asystą techniczną i konserwacją.

Ponadto, zgodnie z pkt XIII SWZ - Opis sposobu przygotowania ofert, ppkt 5.6

w przypadku, gdy wykonawca chciał zaoferować rozwiązanie równoważne - zamawiający zastrzegł, że w ofercie winien znaleźć się opis rozwiązania równoważnego, uwzględniający wszystkie punkty opisane w załączniku nr 1 do SWZ. Nie załączenie opisu rozwiązania równoważnego miało skutkować sankcją w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z kolei w załączniku nr 1 do SWZ zawarto między innymi opis wymaganych funkcjonalności realizowanych przez rozwiązanie referencyjne (przy zastosowaniu i wykorzystaniu obecnie używanego rozwiązania). Dopuszczając zaoferowanie produktów równoważnych zamawiający opisał szczegółowo co rozumie pod tym pojęciem, innymi słowy jakie rozwiązanie, które wykonawca zaoferuje będzie spełniało wymóg równoważności.

Pismem z 31 sierpnia 2021 r. zamawiający poinformował, iż odrzuca ofertę odwołującego, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wskazał jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, natomiast w uzasadnieniu argumentował,

że zweryfikował ofertę złożoną przez odwołującego, który zaoferował w ramach przedmiotu zamówienia produkt równoważny. Przypomniął, że wymagał w takim przypadku załączenia do oferty szczegółowego opisu rozwiązania równoważnego, w którym wykonawca przedstawi: (1) pełne postanowienia licencji oprogramowania równoważnego; (2) wykaz

pełnej funkcjonalności oprogramowania równoważnego; (3) pełne warunki, zakres i zasady świadczenia usługi asysty technicznej dla oprogramowania równoważnego. Odwołujący z kolei, oferując rozwiązanie równoważne załączył „Opis rozwiązania równoważnego”, który zamawiający przeanalizował pod kątem wymagań opisanych w SWZ (zamawiający załączył do pisma szczegółową analizę) i stwierdził, iż zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w dokumentacji.

Odwołujący nie zgodził się z tą oceną i w dniu 9 września 2021 r. wniósł odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w tym postępowaniu.

Izba, rozpoznając przedmiotowe zarzuty, w pierwszej kolejności wzięła pod uwagę,

że zamawiający dopuścił w niniejszym postępowaniu zaoferowanie produktów równoważnych. Z treści załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wynika, że wspomniana równoważność dotyczyła licencji oprogramowania oraz asysty technicznej i konserwacji. Zamawiający, oprócz opisanego rozwiązania referencyjnego, zawarł także w tym dokumencie szczegółowy opis jak należy rozumieć równoważność w niniejszym przypadku. Zamawiający tak określił kryteria równoważności, aby zarówno wykonawca jak i zamawiający, w oparciu

o metodę zerojedynkową byli w stanie ocenić, czy dane rozwiązanie spełnia istotne parametry wymagane przez zamawiającego i w konsekwencji stwierdzić, czy nosi przymiot rozwiązania równoważnego. Jest to o tyle istotne, że jedynie zawarcie w dokumentacji postępowania wytycznych w tym zakresie - upoważnia następnie zamawiającego do egzekwowania ustalonych wymagań. Zamawiający w tym przypadku opisał wymagania odnoszące się

do równoważności w sposób przejrzysty i zrozumiały i wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań w tym przedmiocie.

Ponadto, co także istotne w niniejszej sprawie, to obowiązkiem wykonawcy jest udowodnienie, że pomiędzy oferowanym przez niego produktem, a produktem oczekiwanym przez zamawiającego, zachodzi równoważność. Izba podziela wobec tego ocenę zamawiającego, że jeśli odwołujący nie zawarł w opisie rozwiązania równoważnego wszystkich elementów, wskazujących na to jakie rozwiązanie oferuje i jakie ono spełnia funkcjonalności, nie jest jego rolą domyślanie się czy też antycypowanie z treści opisu tych elementów, które nie zostały w nim zawarte czy precyzyjnie wyjaśnione.

Zamawiający ocenił ofertę odwołującego i podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty, przedstawiając szczegółową argumentację w tym zakresie w piśmie z 31 sierpnia 2021 r.

Odnosząc się do treści przedmiotowego uzasadnienia w pierwszej kolejności Izba stwierdza, że podziela ocenę zamawiającego w zakresie, w jakim ten ustalił, że brak jest w ofercie pełnych postanowień licencyjnych dla TOMCAT.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający w SWZ jednoznacznie wskazał, że opis rozwiązania równoważnego musi zawierać: pełne postanowienia licencji oprogramowania równoważnego; wykaz pełnej funkcjonalności oprogramowania równoważnego; pełne warunki, zakres i zasady świadczenia usługi asysty technicznej dla oprogramowania równoważnego. Zatem nie złożenie opisu, lub złożenie opisu, który nie spełnia wymagań SWZ powodowało odrzucenie oferty.

Nie było też sporne między stronami, że zgodnie z deklaracją zawartą w formularzu oferty odwołujący zaoferował rozwiązanie: NetIQ Identity Manager z modulem Identity Governance. Dalej, w opisie rozwiązania wskazywał, że dane funkcjonalności opisane w rozwiązaniu referencyjnym są zrealizowane przez oferowany przez niego system poprzez zastępowalność modułów zgodnie z załączoną tabelą. W tabeli tej zamieścił między innymi, jako równoważne, oprogramowanie Tomcat.

Odwołujący przyznając, że nie przedstawił warunków licencjonowania dla tego produktu wyjaśniał jednocześnie, że przedstawił warunki licencyjne dla NetIQ Identity Manager z modulem Identity Governance i te należy uznać za wystarczające. Argumentował bowiem, że oferowane oprogramowanie składa się lub zawiera komponenty, które tak jak serwer aplikacyjny Tomcat, oraz Identity Reporting są jego nieodłączną częścią i są dostarczane jako integralna część pakietu nie wymagająca odrębnych, ani szczególnych warunków licencjonowania. Na poparcie swoich twierdzeń przedstawił oświadczenie MicroFocus

i w odwołaniu wskazał: „Ponadto odwołujący przedkłada pismo od Producenta Micro Focus potwierdzające to, iż odwołujący w treści oferty wskazał warunki licencjonowania dla oferowanych produktów oraz, iż Identity Reporting oraz Tomcat są elementem funkcjonalnym oprogramowania NetIQ Identity Manager z modulem Identity Governance i nie podlegają oddzielnemu sposobowi licencjonowania”.

Odnosząc się do tych twierdzeń, w pierwszej kolejności należy podzielić ocenę zamawiającego, że formułując wymagania w SWZ w zakresie dotyczącym oferowanych rozwiązań równoważnych, w tym wymagań które spełnić musi wykonawca, aby potwierdzić, że deklarowane rozwiązanie jest równoważne wymagał dla możliwości dokonania oceny takiej zgodności przedstawienia pełnych postanowień licencyjnych oprogramowania równoważnego. Oznacza to, że wbrew twierdzeniom odwołującego, z treści wymagań

wynikało, że nakaz przedstawienia postanowień licencyjnych, dotyczył każdego z komponentów. Stąd argumentacja, która podnoszona jest w treści odwołania, że wymóg ten nie dotyczył Tomcat, który niewątpliwie stanowił jeden z komponentów - jest nieuprawniona

w świetle cytowanych wyżej zapisów SWZ. Bez znaczenia jest również, w świetle postawionych wymagań czy Tomcat, jak twierdził odwołujący, jest oprogramowaniem typu open source i może być używany bez dodatkowych postanowień licencyjnych, gdyż wymagania zamawiającego obejmowały każdy rodzaj oprogramowania. Jeśli odwołujący miał co do tego wątpliwości lub uznał, że załączanie takich postanowień w tym przypadku jest niecelowe, mógł przedmiotowe kwestie wyjaśnić na etapie SWZ. Jeśli tego nie uczynił wymagania te stały się wiążące na równych zasadach wobec niego, jak też innych ubiegających się o to zamówienie wykonawców.

Dalej, na co zwracał uwagę zamawiający, z treści oświadczenia producenta MicroFocus, które odwołujący załączył do odwołania (oświadczenie z 8 września 2021 r.) wynika bezspornie że Tomcat jest wprawdzie elementem funkcjonalnym oprogramowania NetIQ Identity Manager z modułem Identity Governance, ale stanowiący „3rd party component” (co oznacza, że jest to osobny produkt strony trzeciej, podlegający osobnej licencji). Z kolei

z załączonych przez odwołującego do oferty zapisów licencyjnych dla oprogramowania Identity Governance 3.6 oraz dla IDENTITY MANAGER 4.8 wynika, że wszelkie oprogramowanie stron trzecich podlega bezpośredniemu licencjonowaniu od takiej strony trzeciej. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przytaczał odpowiednie fragmenty i z treści tłumaczenia wynikało, że: „Wszelkie Oprogramowanie Osób Trzecich jest dostarczane przez licencjodawcę Oprogramowania Osób Trzecich wyłącznie na podstawie bezpośredniej licencji między taką stroną trzecią a Licencjobiorcą na warunkach takiej osoby trzeciej. W związku

z tym zobowiązania, obowiązki i prawa Licencjodawcy i Licencjobiorcy wynikające z niniejszej Umowy Licencyjnej nie mają zastosowania do takiego Oprogramowania Osób Trzecich.” Stanowi to jednocześnie potwierdzenie, że oprogramowanie Tomcat, które jest osobnym produktem, wymaga także osobnej licencji. W konsekwencji warunki licencjonowania winny być załączone do oferty odwołującego, a jeśli obowiązek ten nie został wypełniony - skutkiem tego był obowiązek leżący po stronie zamawiającego - odrzucenia oferty odwołującego.

Z analogicznych powodów do podobnych wniosków należało dojść w przypadku postanowień licencyjnych w opisie rozwiązania równoważnego dla NetIQ eDirectory (Identity Vault). Odwołujący w tym zakresie również wyjaśniał, że nie widział potrzeby dostarczania osobnych postanowień licencyjnych dla, jak stwierdził, tego komponentu. Ponownie podkreślał, że chociaż oprogramowanie to jest do nabycia osobno, to jednak w tym przypadku tj. zakupu licencji na oferowane oprogramowanie równoważne, jest ono dostarczane na zasadach, w tym liczebności, opisanej w Załączniku nr 2 - Szczególne

warunki dotyczące oprogramowania do postanowień Umowy licencyjnej Identity Manager

4.8.

Izba nie podziela tego poglądu z przyczyn opisanych w odniesieniu do oprogramowania Tomcat. Skoro zamawiający żądał przedstawienia w ofercie, w przypadku oferowania rozwiązań równoważnych, wszystkich warunków licencjonowania, to argumentacja, którą posługuje się odwołujący na obecnym etapie, może być uznana wyłącznie jako próba wyjaśnienia istnienia braków w jego ofercie, których nie da się sanować na obecnym etapie postępowania.

Odnosząc się do kolejnej, stwierdzonej przez zamawiającego niezgodności treści

oferty z treścią SWZ tj. braku pełnego interfejsu w języku polskim, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w tym zakresie. Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia, części II pkt 5. 7, pkt 2.2.1. zamawiający wymagał: „środowisko raportowe na

potrzeby raportowania użytkowników, ról i uprawnień: (...) d) Rozwiązanie musi posiadać interfejs w języku polskim”.

Nie było w tym zakresie sporne między stronami, że odwołujący zaoferował między innymi Identity Manager w wersji 4.8, co sam potwierdził zarówno na str. 5 analizy

załączonej do odwołania, jak też w piśmie procesowym z 28 września 2021 r., złożonym na posiedzeniu. Tym samym, nie ulega wątpliwości, że zamawiający podejmując decyzję w zakresie spełniania wymagań, analizował dokumentację odnoszącą się do właściwego produktu. Jak zauważył

w odpowiedzi na odwołanie, przeanalizował całokształt opisu z oferty odwołującego, w tym również dla Identity Manager, który był w języku angielskim. Odwołujący w swojej ofercie przedstawił szereg zrzutów ekranu, gdzie interfejs był przedstawiony w języku angielskim.

Jednocześnie, co wynika z dokumentacji oraz analizy odwołującego, stanowiącej załącznik do odwołania (str. 7) częściowe wsparcie dla wersji polskiej jest dostępne, począwszy od wersji 4.8.1.

Odwołujący z kolei wyjaśniał, przy czym czynił to dopiero w piśmie procesowym z 28 września 2021 r., że wprowadził zaoferował oprogramowanie w wersji 4.8, ale takie jest dostępne w ofercie producenta jako wersja główna, zaś kolejne wersje są oferowane jako aktualizacje i nie podlegają licencjonowaniu na warunkach odrębnych od wersji głównej.

Izba stwierdziła, że w tym przypadku wersją obowiązującą, oferowaną przez odwołującego była wersja 4.8, gdyż ta została wskazana w opisie rozwiązania. Wszelkie wyjaśnienia, składane czy to zamawiającemu w toku postępowania, czy też na etapie postępowania odwoławczego, stanowią nieuprawnione uzupełnienie treści złożonej oferty.

Jeśli, jak twierdzi odwołujący zamierzał użyć wersji, która będzie najnowszą, dostępną w momencie instalacji - to co najmniej powinien takie informacje zawrzeć w opisie rozwiązania równoważnego.

Z uwagi na powyższe trafne są wnioski zamawiającego, że odwołujący nie spełnił wymagania w powyższym zakresie, stąd jego oferta podlegała odrzuceniu.

Kolejną podstawą, którą zamawiający uznał jako przyczyną odrzucenia oferty odwołującego, był brak spełnienia wymagania w zakresie eksportu do pliku EXCEL. W tym zakresie Izba ustaliła, że wymaganie dotyczące tego, że „Rozwiązanie musi umożliwiać eksport danych minimum do formatu PDF, Excel (*.xls);” znajdowało się w „Opisie Przedmiotu Zamówienia” w części II pkt 5. 7) lit e.

Zamawiający, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego ustalił, na podstawie dokumentacji producenta w dokumencie „NetIQ Identity Reporting: User's Guide to Running Reports” w sekcji „Common Report Parameters” dostępnej na stronie producenta, że zaoferowane rozwiązanie nie posiada możliwości eksportu do pliku: Excel (*.xls), a jedynie posiada możliwość eksportu do formatów PDF i CSV. Odwołujący z kolei twierdził, że wnioski zamawiającego są nieprawidłowe, wynikają z niepełnej wiedzy na temat oferowanego oprogramowania, a jego narzędzie - Identity Reporting bazuje na oprogramowaniu silnika raportowego Jasper Reports i dziedziczy funkcjonalność tego narzędzia.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia powyższe, w tym opis przedmiotowego rozwiązania, znalazły się dopiero w załączniku do odwołania. Tym samym nie można ich uznać jako część opisu rozwiązania równoważnego, którego przedstawienie było obowiązkiem odwołującego. Jeśli oferowany produkt spełniał wymagania w zakresie równoważności to obowiązkiem odwołującego było takie przedstawienie jego parametrów, aby zamawiający mógł z łatwością potwierdzić, że te zostały spełnione. To nie obowiązkiem zamawiającego jest poszukiwanie wiedzy o wszelkich, dostępnych na rynku rozwiązaniach i produktach, ale rolą odwołującego jest wykazanie, że oferując rozwiązanie równoważne zapewni zamawiającemu możliwość korzystania ze wszystkich, oczekiwanych przez niego i wyspecyfikowanych w SWZ, funkcjonalności.

Ponadto argumentacja odwołującego jest nietrafiona, gdyż jak wskazywał zamawiający, zgodnie z dokumentacją producenta dla Identity Reporting, dostępną na stronie internetowej, aby móc generować raporty w formacie innym niż standardowy PDF i CSV należy pobrać inne dodatkowe oprogramowanie strony trzeciej. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie prezentował kluczowe fragmenty dokumentacji, w których producent przewidział możliwość dostosowania definicji raportów do wymagań danej organizacji, z zastrzeżeniem, że konieczne w takim wypadku jest pobranie i instalacja przed dostosowaniem raportów narzędzia - Jaspersoft Studio. Z kolei, co wynika z dowodów złożonych przez przystępującego w postaci wydruków ze stron internetowych, wskazane

narzędzie to produkt oferowany przez firmę TIBCO i sama nazwa produktu jest zarejestrowaną nazwą handlową (znaczek „R”). W konsekwencji nie ulega wątpliwości, że mamy do czynienia z produktem oferowanym przez podmiot trzeci, który to nie został w ofercie zaproponowany i nie zostały przedstawione pełne postanowienia licencyjne dla oferowanego komponentu.

W konsekwencji i w tym zakresie rację ma zamawiający, który stwierdził, że mamy do czynienia z brakiem zgodności zaoferowanego rozwiązania z treścią SWZ.

Odnosząc się z kolei do wymagań w zakresie funkcjonalności klastra active-active w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z „Opisem Przedmiotu Zamówienia” w części II pkt 5. 6) lit. d zamawiający wymagał: „Rozwiązanie musi posiadać wbudowaną możliwość konfiguracji ochrony serwerów aplikacyjnych (i aplikacji) przed przeciążeniem. Dla przykładu: jeśli liczba żądań do serwera/ aplikacji jest zbyt duża, serwer przekierowuje nowe żądania do innych instancji w klastrze active-active”. Jednocześnie, udzielając 1 lipca 2021 r. odpowiedzi na pytania do SWZ, na pytanie 5 zamawiający odpowiedział „Zamawiający informuje, iż docelowym modelem jaki ma powstać jest środowisko pełnej niezawodności (HA) w konfiguracji A-A (Active-Active), tak zbudowane aby wyeliminować pojedyncze źródło awarii. Dlatego konfiguracja będzie obejmowała minimum dwie instancje.”

Zamawiający, w piśmie z 31 sierpnia 2021 r., informując odwołującego o powodach odrzucenia jego oferty argumentuje, że zaoferowane rozwiązanie nie spełnia również powyższego wymagania. Po analizie dokumentacji producenta systemu, dostępnej na stronie internetowej, zamawiający wskazał na zapisy w części NetIQ Identity Manager, Rozdział „Identity Manager Deployment Configurations”, Sekcja: High Availability Configuration”,

w której przewidziano, że konfiguracja active-active nie jest możliwa. Zamawiający przytoczył tłumaczenie fragmentu dokumentacji, zgodnie z którym: „Po uruchomieniu programu Identity Vault w środowisku klastrowym silnik Identity Manager również jest klastrowany. W tej konfiguracji tylko jeden węzeł jest aktywny w dowolnym momencie. Jeśli aktywny węzeł ulegnie awarii, usługa przejdzie w tryb awaryjny do innego węzła w klastrze”.

Odwołujący nie zgadzał się z decyzją zamawiającego i podkreślał, że ten analizował niewłaściwy produkt tj. oprogramowanie Identity Manager, podczas gdy wykorzystanym w projekcie będzie oprogramowanie Tomcat. Jednocześnie odwołujący podkreślał, że serwer Tomcat udostępnia możliwość budowy klastrów Active-Active od wersji 7.0. W konsekwencji zamawiający, dokonując błędnych ustaleń - doszedł również do błędnych wniosków. Odwołujący zarzucał także, że zamawiający odrzucając jego ofertę na analizowanej podstawie rozszerzył wymaganie zamieszczone w OPZ poprzez wskazanie, że docelowym modelem jest budowa całego środowiska w modelu Active-Active.

W pierwszej kolejności Izba nie zgadza się z odwołującym, że zamawiający analizował niewłaściwy produkt tj. Identity Manager. Nie budzi wątpliwości, że to właśnie rozwiązanie odwołujący zaoferował i zamierzał wykorzystać w realizacji zamówienia. Jeśli zatem komponent ten nie spełnia wymogu w zakresie konfiguracji klastra Active-Active - wnioski zamawiającego należy uznać za słuszne.

Wyjaśnienia odwołującego, że chociaż jest to jedno z narzędzi wchodzących w skład tego pakietu, nie musi oznaczać, że będzie ono wykorzystywane przez zamawiającego, zaś uzyskanie funkcjonalności analogicznej do posiadanego przez zamawiającego oprogramowania Oracle Identity Manager możliwe jest z zastosowaniem silnika Identity Governance - należy uznać za argumentację użytą wyłącznie na potrzeby przedmiotowego odwołania. Przedmiotowe wyjaśnienia nie były bowiem częścią opisu rozwiązania równoważnego, stąd należy je uznać za spóźnione.

Podobnie, argumentacja odwołującego formułowana w piśmie z 28 września 2021 r., w zakresie w jakim podnosił, że używał zamiennie pełnej nazwy pakietu tj. NetIQ Identity Manager z modulem Identity Governance, jak też używał skrótu, który służył na określenie całego pakietu (Identity Manager) jest o tyle nietrafiona, że nie wynika to z opisu rozwiązania, załączonego do oferty. Jeśli taka była intencja odwołującego, to w sytuacji gdy po jego stronie leżał obowiązek wykazania, że oferowane rozwiązanie spełnia wymagania w zakresie równoważności, a zamawiający musiał na podstawie przedstawionego opisu ocenić, czy wszystkie one zostały spełnione, odwołujący nie może powoływać się na niejednoznaczności i brak doprecyzowania czy też okoliczności, że używając jakiegoś skrótu, w istocie miał

na myśli cały pakiet.

Bez znaczenia pozostają także wywody odwołującego, że system pozwala zarówno na budowę klastra Fail-Over, jak też klastra Active-Active, stąd chociaż nie jest to rozwiązanie rekomendowane - takie może być zastosowane. Odwołujący znając wymagania zamawiającego winien podnosić powyższe okoliczności na etapie SWZ, był to bowiem etap w którym istniała możliwość zgłaszania zapytań i wątpliwości do treści dokumentacji, w tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Jeśli odwołujący tego zaniechał i nie wskazywał wcześniej, że w jego ocenie zastosowanie klastra Active-Active nie jest celowe przy planowanej przez zamawiającego ilości licencji to stwierdzić należy, że na etapie składania ofert taka polemika z zamawiającym w zakresie jego uzasadnionych potrzeb - nie jest już możliwa. Gdyby zresztą odwołujący zwrócił się z takim zapytaniem - uzyskałby wyjaśnienia analogiczne do tych, które złożył zamawiający na rozprawie tj. że jest to początek projektu, a zatem potrzeby zamawiającego należy uznać za uzasadnione. Obowiązkiem odwołującego było jednoznaczne sprecyzowanie możliwości systemu w tym zakresie i zdefiniowanie (opisanie) w jaki sposób oferowane rozwiązanie żądane wymagania spełnia.

Nie sposób również podzielić zastrzeżeń odwołującego co do tego, że zamawiający, odrzucając jego ofertę, rozszerzał wymagania zawarte w OPZ. Jak już wcześniej zauważono wymagania w tym zakresie zostały precyzyjnie opisane w SWZ, wyjaśnienia do SWZ są bowiem integralną częścią dokumentacji przetargowej. Wyżej przytoczono treść odpowiedzi na pytanie nr 5 z 1 lipca 2021 r. gdzie w sposób nie budzący wątpliwości, zamawiający wymagał dla docelowego środowiska modelu Active14. Powyższe przesądza o zasadności żądania spełnienia powyższych wymogów przez odwołującego.

Tym samym nie został spełniony wymóg zamawiającego o możliwości zbudowania konfiguracji, kiedy w klastrze obydwa instancje będą pracowały w trybie active-active, stąd decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na tej podstawie należy uznać za zasadną.

Ostatnim z argumentów, który posłużył zamawiającemu przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego była kwestia braku jednego repozytorium systemu. Zgodnie z analizą przekazaną odwołującemu, zamawiający przytaczał zapisy części II pkt 5. 2) lit. a „Opisu Przedmiotu Zamówienia” w których wymagał: „Repozytorium (tożsamości) rozwiązania musi znajdować się w relacyjnej bazie danych Oracle posiadanej przez zamawiającego. Niedopuszczalne jest przechowywanie jakichkolwiek danych konfiguracyjnych związanych

z podłączonymi systemami, poza bazą relacyjną.” Dalej wskazał, że w architekturze proponowanego rozwiązania dużą rolę odgrywa komponent Identity Vault, służący jako repozytorium dla użytkowników. Konfiguracja, w której informacje systemu IDM są częściowo w repozytorium Oracle, a częściowo w Identity Vault naraża zamawiającego na brak spójności w zakresie bezpieczeństwa i nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego

w „Opisie Przedmiotów Zamówienia”. Jak wynika z dokumentacji producenta oprogramowania NetIQ Identity Manager: „W architekturze NetIQ Identity Manager

fundamentalną rolę odgrywa Identity Vault, który przechowuje konfigurację konektorów (driverów), użytkowników

(na potrzeby synchronizacji z systemami), parametry, polityki, czyli kluczowe dane. Repozytorium Identity Vaulta jest typu eDirectory czyli usługa katalogowa (LDAP), którą trudno się zabezpiecza i nie ma mechanizmów bezpieczeństwa na takim wysokim poziomie jak

w bazie danych.” Zamawiający podkreślił, że szczegółowo przeanalizował, co przedstawił w cytowanym piśmie, w jaki sposób pracuje oferowane rozwiązanie. W konsekwencji uznał, że nie został spełniony wymóg sformułowany w „Opisie Przedmiotu Zamówienia”, ograniczający możliwość przechowywania repozytorium (tożsamości) systemu tylko do relacyjnej bazy danych, bez możliwości przechowywania jakichkolwiek danych konfiguracyjnych związanych z podłączonymi systemami, poza tą bazą.

W odniesieniu do tego wymagania odwołujący, analogicznie jak to miało miejsce w przypadku poprzedniego wymagania podnosił, że zamawiający rzekomo błędnie założył, że wykorzystywane będzie oprogramowanie Identity Manager. Podkreślał, że to zamawiający błędnie zinterpretował intencję odwołującego przyjmując, że w projekcie wykorzystywane będzie oprogramowanie Identity Manager, wchodzące w skład pakietu NetIQ Identity Manager z modulem Identity Governance.

Również w tym przypadku Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Ten bowiem wielokrotnie wskazywał na komponent Identity Manager, jako istotny w swojej ofercie. To na nim opierał całość systemu, opisywał jak ważne funkcje pełni, w tym w kontekście repozytorium. Jak w przypadku poprzednich elementów oferty, co do których zamawiający stwierdził brak ich zgodności z treścią SWZ, również w odniesieniu do tego wymagania odwołujący rozszerzał argumentację na etapie postępowania odwoławczego, próbując dowieść równoważności deklarowanego rozwiązania.

Dodatkowo odwołujący stwierdzał również, że skierowanie do niego żądania wyjaśnień kwestii dotyczących np. zasad udzielonych licencji, pozwoliłoby zamawiającemu na właściwą interpretację zapisów i uniknięcie błędnych wniosków które, w ocenie odwołującego, zamawiający poczynił. Wprawdzie zarzut taki nie został wprost sformułowany w treści odwołania, w kontekście naruszenia określonego przepisu ustawy Pzp, jednakże Izba odnie się do niego z tego powodu, że takie zastrzeżenia były przez odwołującego formułowane

w treści uzasadnienia odwołania. W tej kwestii skład orzekający uznał, że wprawdzie przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zezwala na wyjaśnianie treści złożonej oferty, jednakże wyraźnie też wskazuje, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 ustawy Pzp, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. W przypadku, gdy stwierdzona została niezgodność w treści oferty odwołującego z treścią SWZ, to nie sposób błędów tych następnie sanować, na drodze wezwania do wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz mając na uwadze treść §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: