

WYROK

z dnia 14 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ATERIS S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz SAVANGARD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie

przy udziale wykonawcy BOC Information Technologies Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3684/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania 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 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 3684/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na zakup narzędzia do modelowania organizacji (znak postępowania:

DZA-DZAZP.2610.2.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 166-433301.

W dniu 20 grudnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ATERIS S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz SAVANGARD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 66 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych;
 2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
 3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp;
- oraz ewentualnie
4. art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylecia czynności wyboru oferty BOC Information Technologies Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „BOC”];
 2. odrzucenia oferty BOC;
 3. dokonania ponownej oceny ofert;
- ewentualnie
4. unieważnienia postępowania;
 5. przeprowadzenia dowodów powołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane przy powołaniu każdego z dowodów;
 6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że na dzień złożenia ofert (12 października 2021 r.) oprogramowanie ADONIS było dostępne w wersji 10 oraz w wersji 12. Na temat wersji 11 Odwołujący nie znalazł żadnych oficjalnych publikacji, co jednak pozwala na domniemanie, iż taka wersja jest także dostępna skoro jest dostępna wersja 10. Po złożeniu ofert w początku grudnia 2021 r. pojawiła się informacja o dostępności wersji 13. Odwołujący przedstawił stosowne wydruki ze strony internetowej BOC z dnia 20 grudnia 2021 r. na okoliczność dostępności wersji 10 w języku angielskim, wersji 12 w języku polskim, wersji 13 w języku polskim oraz e-maile BOC z dnia 30 listopada

2021 r., 6 grudnia 2021 r. i 7 grudnia 2021 r. anonsujące dostępność ADONIS wersja 13 - na okoliczność dostępności wersji 13 po dacie złożenia ofert. Zdaniem Odwołującego powyższe przesądza o tym, iż w dniu składania ofert BOC mogła złożyć ofertę co najmniej na dwie wersje oprogramowania ADONIS na wersję 10 i wersję 12, być może też na wersję 11. Tymczasem w ofercie BOC zaoferował realizację zamówienia za pomocą systemu ADONIS, którego producentem jest BOC Group. Powyższe określenie - zdaniem Odwołującego - nie wskazuje jaka wersja oprogramowania została zaoferowana przez BOC.

Odwołujący wskazał, że powyższe określenie nie wskazuje jaka wersja oprogramowania została zaoferowana przez BOC. Uzasadniał, że w sytuacji w której na rynku dostępne jest oprogramowanie pod nazwą ADONIS, które występuje w kilku wersjach o różnych funkcjonalnościach określenie numeru wersji stanowi niezbędny element definiujący zaoferowane oprogramowanie. Numer wersji jako przesądzający o funkcjonalności oprogramowania jest konieczny dla prawidłowej identyfikacji zaoferowanego oprogramowania i ma kardynalne znaczenie dla określenia essentialia negotii złożonej oferty. Zgodnie z § 14 wzoru umowy Zamawiający w wyniku realizacji umowy nabędzie licencję na zaoferowane oprogramowanie (od wykonawcy lub od osoby trzeciej w wyniku starań wykonawcy). Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 66 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jedynym essentialia negotii czynności

prawnej jaką jest udzielenie licencji jest zdefiniowanie utworu będącego przedmiotem licencji. Brak określenia w ofercie BOC takiego essentialia negotii prowadzi do nieważności czynności prawnej BOC w postaci złożenia oferty, a to z kolei determinuje konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący na poparcie stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2013 r. sygn. akt: KIO 2517/13. Ponadto wskazał, że określenie numeru wersji oferowanego narzędzia jest warunkiem identyfikacji przedmiotu oferty na potrzeby dokonania przez Zamawiającego oceny zgodności zaoferowanego z wymaganiami przedmiotowym oraz dla dokonania przez Zamawiającego oceny oferty pod kątem kryterium dodatkowe wymagania funkcjonalne i poza funkcjonalne.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący zakwestionował spełnienie przez BOC funkcjonalności F-39. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z dokumentacją dla użytkowników „The ADONIS 12.0 User Manual” oraz dostępną dokumentacją dla administratorów „The ADONIS 12.0 Administration Manual”, narzędzie to nie posiada możliwości definiowania kalendarzy odzwierciedlających specyfikę pracy zasobów i organizacji. W szczególności, w narzędziu tym nie można zdefiniować kalendarzy jako sekwencji dni roboczych, dni wolnych od pracy i dni świątecznych, zgrupowanych w miesiąc. W narzędziu tym można jedynie określić liczby dni roboczych w ciągu roku oraz liczby godzin pracy w ciągu dnia. Parametry te trzeba określać dla każdego symulowanego modelu. W wyjaśnieniach firma BOC powołuje się na możliwość pobierania kalendarzy prac dla zasobów z logów systemowych lub z plików generowanych przez narzędzia Process Mining. Wspomniane źródła dostarczają wielu przydatnych w symulacji danych, ale z pewnością nie obejmują do kalendarzy w przytoczonym rozumieniu. Reasumując Odwołujący wskazał, że narzędzie ADONIS wersja 12 nie posiada możliwości definiowania kalendarzy i tym samym nie spełnia wymagania Zamawiającego.

Odwołujący zakwestionował spełnienie przez BOC funkcjonalności F-74. Wskazał, że zgodnie z dostępną w ramach pomocy dokumentacją dla administratorów „The ADONIS 12.0 Administration Manual”, narzędzie ADONIS nie posiada możliwości definiowania filtrów ograniczających dostęp do typów obiektów i typów modeli dla użytkowników modelujących. ADONIS posiada jedynie mechanizm filtrów ograniczających widoczność grup właściwości (atrybutów) obiektów, tak zwany „Property Filter”. Opisuje to poniższy tekst na zdjęciu ekranu dokumentacji online. W szczególności zastosowanie i zakres filtra właściwości (property filter) określone są tam w następujący sposób: „Kiedy filtr właściwości jest aktywny, niepotrzebne atrybuty są ukryte. Zależnie od Twojej systemowej roli (ról) w [systemie] ADONIS i scenariusza zastosowań, będziesz miał dostęp do różnych filtrów właściwości. [Na przykład], filtr dla użytkowników posiadających prostą rolę przeglądania, mógłby znacząco zmniejszyć liczbę widocznych atrybutów w notatniku obiektu. Filtr właściwości zaprojektowany dla osoby modelującej natomiast, nie ukrywałby lub ukrywałby niewiele atrybutów z tego samego notatnika”. Efekty zastosowania filtrów widoczne są na przykładowych zdjęciach ekranów zamieszczonych w załączniku na kolejnych dwóch print screenach. Zdjęcie ekranu ilustruje efekt włączenia jednego z dostępnych standardowych filtrów, w szczególności tak zwanego filtra kompaktowego. Dla kroku (zadania) procesu przykładowego widać jedynie trzy grupy atrybutów - „Ogólne informacje”, „RACI” oraz „Reprezentacja”. Natomiast kolejne zdjęcie ilustruje pełny zakres grup atrybutów kroku (zadania) „Przeprowadź wywiad z klientem” w przykładowym procesie. Po wyłączeniu filtra kompaktowego widocznych jest pięć grup właściwości - „Ogólne informacje”, „RACI”, „Ryzyka”, „Dane symulacji” oraz „Reprezentacja”. Filtry właściwości upraszczają widok charakterystyk modeli i obiektów, przez co ułatwiają ich przeglądanie. Filtry właściwości nie ograniczają natomiast zakresu dostępnych użytkownikom typów modeli i typów obiektów, czego wymaga Zamawiający. Odwołujący wskazał, iż zarówno we wspomnianej dokumentacji, jak i w wyjaśnieniach firmy BOC brak dowodów, że narzędzie ADONIS posiada mechanizm filtrowania typów modeli i typów obiektów, ograniczających dostęp do tychże dla użytkowników modelujących. Reasumując, narzędzie ADONIS nie posiada możliwości definiowania kalendarzy i tym samym nie spełnia tego wymagania Zamawiającego. Znamiennym jest, iż BOC w wyjaśnieniach odnoszących się do funkcjonalności F-74 posłużył się print screen'em z ADONIS wersja 13 (dostępna od grudnia 2021), która to informacja zawarta jest w lewym górnym rogu print screen'u z wyjaśnień. Wskazał, że w dniu składania ofert, wersja ADONIS 13 nie była dostępna, zatem powołanie się przez BOC w wyjaśnieniach prints screen dla wersji 13 oznacza, iż funkcjonalność ta nie występowała w wersjach poprzednich.

Wobec niespełnienia przez oprogramowanie ADONIS wymagań obligatoryjnych F-39 i F-74 oferta BOC podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodna z dokumentacją postępowania.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający bezzasadnie przyznał ofercie BOC punkty za poniższe funkcjonalności fakultatywne:

1. F-8 Możliwość modelowania w notacji SysML - 1 pkt

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z dokumentacją dla użytkowników „The ADONIS 12.0 User Manual” oraz dostępną dokumentacją dla administratorów „The ADONIS 12.0 Administration Manual” narzędzie ADONIS takiej możliwości nie posiada. Wyjaśnienia firmy BOC również nie udowadniają takiej możliwości. Notacja SysML jest szczegółowa określona w standardzie opracowanym i opublikowanym przez organizację OMG, dostępnym w Internecie. Standard ten określa 9 typów modeli tej notacji. W odpowiedzi firmy BOC nie zamieszczono ani jednego przykładu takiego modelu. Oznacza to, że narzędzie ADONIS nie posiada takiej możliwości i tym samym nie spełnia wymagania Zamawiającego.

2. F-48 Możliwość walidacji tworzonego w Narzędziu raportu celem uniknięcia lub wykrycia błędów raportów (1 pkt)

Odwołujący wskazał, że Firma BOC w swoich wyjaśnieniach nie zamieściła dowodu na spełnienie tego wymagania, to jest przykładu wykrycia błędu w tworzonego raportu. Zamieszczony przykład ilustruje jedynie wynik uruchomienia raportu, wykryte błędy dotyczą natomiast niekompletnych danych zawartych w repozytorium. Dotyczą więc wyniku przetwarzania danych przez raport, zamiast sposobu jego uzyskania.

Uzasadniał, że zgodnie z regułami inżynierii oprogramowania, walidacja raportu tworzonego w narzędziu wymaga jego uruchomienia na danych testowych, na przykład dla kilku wybranych modeli procesów, w celu wykrycia i usunięcia ewentualnych błędów. Umożliwia to uniknięcie błędów w trakcie realizacji raportu z wykorzystaniem pełnego zakresu danych, na przykład dla wszystkich modeli procesów w repozytorium. W swoich wyjaśnieniach dotyczących tego wymagania firma BOC nie przedstawia mechanizmów walidacji tworzonego raportu w taki sposób. Co więcej, zgodnie z dostępną w ramach pomocy dokumentacją dla administratorów „The ADONIS 12.0 Administration Manual”, narzędzie ADONIS nie posiada w ogóle możliwości tworzenia własnych raportów przy użyciu jakichkolwiek języków programistycznych. Wynika z tego, że raporty są tworzone i walidowane przez deweloperów w środowiskach programowania zewnętrznych w stosunku do narzędzia ADONIS. W związku z tym, narzędzie ADONIS nie posiada wymaganych możliwości walidacji i tym samym nie spełnia tego wymagania Zamawiającego.

3. F-49 Możliwość definiowania raportów / kwerend / wyszukiwań w zakresie sprawdzenia kompletności opisu modelu, istotnych atrybutów modelu oraz obiektu w zakresie istotnych atrybutów obiektu (S)

Odwołujący wskazał, że znamienym jest, że BOC w wyjaśnieniach odnoszących się do funkcjonalności F-49 posłużył się print screen'em z ADONIS wersja 13, która to informacja zawarta jest w lewym górnym rogu print screen'u z wyjaśnień. Odwołujący wskazał, iż wersja ADONIS 13 nie była dostępna w dacie składania ofert, zatem powołanie się przez BOC w wyjaśnieniach dla wersji 13 oznacza, iż funkcjonalność ta nie występowała w wersjach poprzednich.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż Zamawiający bezpodstawnie przyznał ofercie BOC 3 pkt w kategorii wymagania funkcjonalne i pozafunkcjonalne. BOC udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego posłużył się dowolnie ekranami z wersji 12 i 13 (przypadek z F-49 i F-74) w celu rozwiązania wątpliwości Zamawiającego, podczas gdy takie wyjaśnienia powinny zostać oparte na jednej skonkretyzowanej wersji wskazanej w ofercie.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 4. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że w podsumowaniu wyjaśnień z dnia 26 października 2021 r. BOC złożył następujące oświadczenie: „Ponadto system ADONIS jest zbudowany na elastycznej platformie, która pozwala stworzyć nowe funkcjonalności realizowane jako konfiguracje i kustomizacje na etapie wdrażania narzędzia. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający określił termin dostawy i wdrożenia Narzędzia do 4-ch miesięcy od dnia podpisania umowy, potwierdzamy, że wszystkie wymagane funkcjonalności zostaną skonfigurowane i wdrożone zgodnie z OPZ”.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że BOC uznał, iż zaoferowane narzędzie może dysponować określoną funkcjonalnością w wyniku podjęcia prac objętych zamówieniem. Wobec powyższego z daleko idącej ostrożności, na wypadek podniesienia przez Zamawiającego zarzutu, iż Zamawiający dopuszczał, iż pewne funkcjonalności mogą zostać wprowadzone do narzędzia na etapie realizacji wdrożenia Odwołujący przedstawia poniższe stanowisko. Zarówno odnoszące się narzędzia wymagania podmiotowe (funkcjonalności obligatoryjne) jak wymagania punktowane odnoszą się do oprogramowania standardowego w zakresie funkcjonalnym istniejącym na dzień złożenia ofert. Świadczą o tym następujące elementy SWZ:

1. Treść oświadczenia w formularzu ofertowym, cyt. „Oświadczam, iż oferowane Narzędzie posiada następujące cechy opcjonalne (zgodnie z pkt 9.3. SWZ): (...) ” gdzie użycie terminu „posiada” wskazuje, Zamawiający wymaga zaoferowane narzędzie posiadało cechy

opcjonalne w dacie podpisania formularza, co a contrario wyklucza aby oświadczenie to miało taki sens, iż funkcjonalności tamże wymienione miały być uzupełnione w ramach wdrożenia;

2. Wymagania podmiotowe określone w pkt 8.1.4 SWZ, gdzie Zamawiający wymaga 8 referencji przy czym każda z referencji musi odnosić się do oferowanego Narzędzia:

- a) cyt z 8.1.4.1 1) „2 usługi polegające na wdrożeniu oferowanego narzędzia”
- b) cyt z 8.1.4.1 2) „3 usługi polegające na modelowaniu organizacji (w tym: struktury, procesy, zasoby, cele, zadania, IT) w oferowanym narzędziu”
- c) cyt z 8.1.4.1 1) „3 usługi utrzymania oferowanego narzędzia”

3. Relacja definicji Narzędzia/Oprogramowania i definicji Oprogramowania Dedykowanego.

Odwolujący wskazał, że definicja Narzędzia/Oprogramowania (zawarta w bloku Definicje wzoru Umowy) wskazuje, iż przez Narzędzie Zamawiający rozumie standardowe

oprogramowanie, co nie obejmuje oprogramowanie tworzonego w ramach realizacji zamówienia na potrzeby zaspokojenia potrzeb funkcjonalnych Zamawiającego. Z kolei

definicja Oprogramowania Dedykowanego (zawarta w bloku Definicje wzoru Umowy)

wskazuje, iż jest to oprogramowanie odrębne od Narzędzia pozwalająca na poprawienie funkcjonalności (ale już nie na jej uzupełnienia), użyteczności i sprawności działania.

Odwolujący podniósł, że skoro Zamawiający wymagał do wskazania z formularza ofertowym dodatkowych punktowanych funkcjonalności Narzędzia, to oczywistym jest że funkcjonalności te muszą być dostępne w standardowym oprogramowaniu i nie mogą w zakresie oceny ofert w kryterium dodatkowych wymagań funkcjonalnych i poza funkcjonalnych wynikać z uzupełnień funkcjonalności jakie BOC zamierza wprowadzić w toku wdrożenia z wykorzystaniem Oprogramowania Dedykowanego. Wobec powyższego, jeżeli pomimo argumentów powołanych w pkt 1/-3/ powyżej Zamawiający podniesie w odpowiedzi na Odwołanie, iż dodatkowe punktowane funkcjonalności każdy z wykonawców mógł zapewnić poza standardowym Narzędziem, w tym za pomocą Oprogramowania Dedykowanego to słusznym będzie twierdzenie, iż Zamawiający naruszył art. 240 ustawy Pzp poprzez wieloznaczność kryteriów oceny ofert (§ 1) oraz zarezerwowanie Zamawiającemu arbitralności w uznaniu spełnienia poszczególnych kryteriów ofert przez wykonawców (§ 2). Tym samym w Postępowaniu doszłoby do złożenia oferty przez Odwołującego powołującego się funkcjonalności dostępne tylko w Narzędziu oraz oferty złożonej przez BOC powołującej się na funkcjonalności dostępne w Narzędziu oraz takie jakie zostaną przez BOC opracowane w ramach wdrożenia Narzędzia. Tym samym każda z ofert obejmuje inny zakres świadczeń dewastujących możliwość ich porównania, bowiem: 1. oferta Odwołującego obejmuje dostarczenie Narzędzia i jego wdrożenie, 2. oferta BOC obejmuje dostarczenie Narzędzia, uzupełnienie funkcjonalności Narzędzia i jego wdrożenie.

Odwolujący uzasadniał, że z braku odrębnych regulacji SWZ wobec obligatoryjnych i fakultatywnych funkcjonalności, dowolny wykonawca mógłby zaoferować Narzędzie nieposiadające obligatoryjnych funkcjonalności i zapewnić Zamawiającego o uzupełnieniu tych funkcjonalności w ramach wdrożenia Narzędzia. W takim przypadku postępowanie byłoby obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6) Ustawy z uwagi na nieporównywalność ofert: 1. w kryterium oceny dodatkowe funkcjonalności, jak również 2. w opacznym traktowaniu przez Zamawiającego obligatoryjnych wymagań przedmiotowych dla Narzędzia, które mogą zostać spełnione w wyniku realizacji zamówienia a nie w momencie złożenia oferty. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO o sygn. akt: 237/21, KIO 3521/20 oraz KIO 2438/20.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 stycznia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz ewentualnie o jego odrzucenie w zakresie zarzutu sformułowanego w punkcie 4. odwołania.

Oдноśnie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Zamawiający wskazał,

że u podstaw przedmiotowego zarzutu leży bowiem błędna teza Odwołującego, zgodnie z którą: „Ponadto należy zauważyć, iż określenie numeru wersji jest warunkiem identyfikacji

przedmiotu oferty na potrzeby dokonania przez Zamawiającego oceny zgodności zaoferowanego z wymaganiami przedmiotowymi oraz dla dokonania przez Zamawiającego oceny oferty pod kątem kryterium dodatkowe wymagania funkcjonalne i poza funkcjonalne.” Zamawiający wskazał, iż powyższe stwierdzenie jest w świetle treści SWZ całkowicie nieuprawnione, ponieważ w żadnym miejscu specyfikacji Zamawiający nie postawił wymagania dotyczącego podania w treści oferty „wersji” oferowanego narzędzia. Nigdzie w treści SWZ Zamawiający nie wskazał także, że w celu wykazania, że oferowane przez wykonawców dostawy i usługi odpowiadają treści SWZ, należy wskazać „wersję” oferowanego Narzędzia. Zamawiający swoje szczegółowe wymagania względem oferowanego narzędzia zawarł na ponad 20 str. opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy. W świetle powyższego nie jest także właściwą teza Odwołującego, zgodnie z którą: „Powyższe określenie nie wskazuje jaka wersja oprogramowania została zaoferowana przez BOC. Niewątpliwie, w sytuacji w której na rynku dostępne jest oprogramowania pod nazwą ADONIS które występuje w kilku wersjach o różnych funkcjonalnościach określenie numeru wersji stanowi niezbędny element definiujący zaoferowane oprogramowanie. Numer wersji jako przesądający o funkcjonalności oprogramowania jest konieczny dla prawidłowej identyfikacji zaoferowanego oprogramowania i ma kardynalne znaczenie dla określenia essentialia negotii złożonej oferty”.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący stawia zarzut, zgodnie z którym wybrana oferta winna podlegać odrzuceniu, ponieważ jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów (jak twierdzi Odwołujący koliduje z przepisami ustawy o Prawie autorskim

i prawach pokrewnych oraz KC). Jednakże użyta, w celu uprawdopodobnienia postulowanego przez Odwołującego skutku, argumentacja de facto odnosi się do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia i dopiero wykazanie takiej niezgodności mogłoby potencjalnie skutkować w sposób opisany przez Odwołującego - co jednak nie ma miejsca w omawianym stanie faktycznym.

Zamawiający wskazał, że o zgodności treści oferty z treścią SWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu, wbrew powyższemu wywodowi, numer wersji, na której Odwołujący opiera główną argumentację odwołania, wcale nie stanowi „niezbędnego elementu definiującego zaoferowane oprogramowanie” - twierdzenie takie należy uznać za swoistą nadinterpretację Odwołującego lub celowe nadużycie na potrzeby konstruowania przez Odwołującego powyższego zarzutu. Zamawiający w sposób celowy nie oczekiwał ani nie wymagał wskazywania wersji oferowanego narzędzia, a ocena ofert dokonywana była w oparciu o oświadczenia składane przez wykonawców w ofertach oraz składanych w toku postępowania w wyjaśnieniach. Poprawność dokonanych przez Zamawiającego czynności w tym zakresie potwierdza także orzecznictwo KIO, w tym wyrok KIO 1704/18 z dnia 6 września 2018 r., wyrok KIO z dnia 17 maja 2021 r. sygn. akt: KIO 974/21.

Zamawiający podkreślał, że w zakresie zadań Zamawiającego leży określenie w treści SWZ stopnia konkretyzacji oferowanego przedmiotu zamówienia, tzn. w jaki sposób wykonawcy mają zaprezentować dane dotyczące treści składanego zobowiązania, w tym na ile szczegółowo mają określić co i na jakich zasadach oferują. Skoro zatem w analogicznej sytuacji jaka występuje w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie oczekiwał podania „wersji” oferowanego narzędzia to nawet gdyby została ona podana (jak w przypadku autonomicznej decyzji Odwołującego w tym zakresie w Jego ofercie) to nie stanowi ona treści a co za tym idzie brak tej informacji nie może przesądzać o tym, że oferta która tej (niewymaganej) informacji nie zawiera obarczona jest wadą rozumianą jako brak essentialia negotii w tej ofercie. Uzasadniał, że ocena oferty w zakresie jej zgodności z treścią SWZ, a co za tym idzie także skutek w postaci oceny czy oferta określa jej istotne elementy, które stanowią essentialia negotii przyszłej umowy o zamówienie publiczne, są ze sobą nierozzerwalnie połączone. Odwołujący jednak „obchodzi” de facto formułowanie zarzutu w zakresie potencjalnej niezgodności oferty z SWZ w zakresie rzekomego wymagania „wersji” oferowanego narzędzia w sposób celowy, ponieważ zarzut taki, co oczywiste, byłby pozbawiony podstaw w zderzeniu z faktyczną treścią SWZ. Formułowanie zarzutu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp ma zatem charakter stricte zastępczy ponieważ zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO odrzuceniu podlegają jedynie oferty nie zawierające w treści „wersji”, w postępowaniach gdzie przedmiotem zamówienia była dostawa, a Zamawiający wprost (literalnie) wymagali z jakichś powodów wskazania takiej informacji, co nie ma miejsca w omawianym stanie faktycznym, (KIO 1553/19, 1558/19, XXIII Ga 1629/19 - Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 lipca 2020 r.).

Zamawiający podniósł, że w formularzu ofertowym wprost wskazał, że „należy podać

nazwę oferowanego Narzędzia oraz nazwę producenta Narzędzia, które zostanie

dostarczone”, a dodatkowo wykonawcy zobowiązani byli także oświadczyć, iż „oferowane Narzędzie spełnia wszystkie wymagania funkcjonalne i pozafunkcjonalne oznaczone jako M - MUST (musi być) w części I OPZ (wymagania dla Narzędzia)”. Jednocześnie integralną częścią oferty stanowiła tabela / zestawienie funkcjonalności w treści którego wykonawcy składali oświadczenie, iż oferowane narzędzie posiada oznaczone (wybrane) cechy opcjonalne (zgodnie z pkt 9.3. SWZ). Treść powyższych oświadczeń stanowi w tym przypadku zarówno o zgodności oferty z treścią SWZ, jak również stanowi essentialia negotii danej oferty, ponieważ określa wszystkie istotne elementy danej oferty w ujęciu wymaganych treścią SWZ.

Odnosząc się do kwestii licencji Zamawiający wskazał, iż oczywistym jest, że Zamawiający wymagać będzie po wdrożeniu oferowanego rozwiązania dostarczenia licencji oraz przeniesienia majątkowych praw autorskich w sposób zdefiniowany w projekcie umowy wraz z załącznikami. Zamawiający przywołał brzmienie punktu II opisu przedmiotu zamówienia oraz § 14 ust. 1 projektu umowy i wskazał, że wobec powyższego utwór w tym przypadku w sposób oczywisty jest i będzie „zdefiniowany” niezależnie od tego czy w ofercie znalazło się określenie jego „wersji” (czego Zamawiający celowo nie wymagał) czy też nie, ponieważ jest on definiowany nie oznaczeniem wersji ale nazwą i co kluczowe, wymaganymi i opcjonalnymi funkcjonalnościami. Wersja jest jedynie oznaczeniem liczbowym nadawanym w toku procesu rozwijania oprogramowania przez jego producenta - z punktu widzenia istoty zdefiniowanego w SWZ sposobu i zakresu realizacji przedmiotu zamówienia dla Zamawiającego nie ma znaczenia liczbowe oznaczenie własne oprogramowania, ale fakt posiadania przez to oprogramowanie określonych zarówno w SWZ jak i ofercie funkcjonalności. Wykonawcy zobligowani są do dostarczenia licencji dla oprogramowania spełniającego wymagania SWZ, a weryfikacja w tym zakresie nie będzie następować w oparciu o oznaczenie liczbowe - wersje tylko w oparciu o testy akceptacyjne, o których mowa w §6 projektu umowy na zasadach tam określonych.

Odnosząc się do złożonej przez Odwołującego korespondencji elektronicznej z BOC

(z listopada 2021 r.) oraz publikacji na stronie internetowej BOC (z lipca 2021 r. oraz grudnia

2021 r.) Zamawiający wskazał, iż z powyższego wynika, że dokonana przez Odwołującego analiza jest niepełna / niedokładna i opiera się na domniemaniach - ponieważ nie „odnalazł” wszystkich informacji o wszystkich wersjach oprogramowania BOC. Zamawiający podkreślał, że na okoliczność potwierdzenia stawianych zarzutów Odwołujący dołączył korespondencję e-mailową z BOC oraz wybiórcze wydruki ze stron internetowych w wersjach angielskojęzycznych lub też nie obejmujące pełnej treści. Nie można więc przyjąć ich za dokumenty zawierające kompletną dokumentację techniczną narzędzia, a więc nie mogą one stanowić wiarygodnych dowodów w sprawie. Po drugie teza co do „zaoferowanej wersji” pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia wymagań zdefiniowanych w SWZ (ponieważ określenie wersji jak już wskazano nie było wymagane), jak również w konsekwencji

z punktu widzenia sankcji przewidzianej art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Ponadto co istotne teza o pojawieniu się w obrocie „wersji 13” narzędzia „w początku grudnia 2021 roku” jest zwyczajnie pozbawiona podstaw co da się stwierdzić i to w wyniku wyjaśnień BOC, na które w dalszej części odwołania powołuje się sam Odwołujący, ponieważ dokumenty te zawierające informację i zrzuty ekranu z wersji 13 narzędzia BOC zostały przesłane Zamawiającemu w październiku 2021 r. Powyższe wprost świadczy o tym, że wersja 13 mogła, niezależnie od marketingowej korespondencji elektronicznej producenta czy jakiegokolwiek publikacji na jego stronie internetowej, powstać i być dystrybuowana i oferowana indywidualnie nawet wcześniej. Powyższa rozbieżność w datach może zatem co najwyżej świadczyć o braku aktualizacji strony internetowej producenta czy też o rozdzieleniu kanału sprzedaży indywidualnej od oficjalnej oferty kierowanej do szerszego grona odbiorców a nie o braku możliwości zaferowania w ramach niniejszego postępowania jakiejś konkretnej wersji oprogramowania abstrahując już nawet od tego czy wymaganie w tym zakresie było czy nie zdefiniowane w SWZ.

W świetle powyższego postawiony zarzut jest całkowicie bezpodstawny ponieważ Odwołujący u jego podstawy stawia fałszywą tezę, zgodnie z którą wskazanie wersji oferowanego narzędzia było wymagane zgodnie z SWZ. Zamawiający podkreślał, że takiego wymagania w sposób celowy nie formułował a zatem „wersja” narzędzia nie może i nie stanowi ani treści ani co za tym idzie essentialia negotii wybranej oferty, czy też oferty Odwołującego. Wybrana przez Zamawiającego oferta jest kompletna, dotyczy bowiem wszystkich istotnych elementów (postanowień) zdefiniowanych przez Zamawiającego, a w takim przypadku nie materializuje się przesłanka, o której mowa w cytowanym przez Odwołującego wyroku KIO z dnia 11 grudnia 2013 (KIO 2517/13).

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. i 3. petitum odwołania Zamawiający

zauważył, że u podstaw obu zarzutów de facto leży: 1. Poczynione w sposób bezpodstawny przyjęcie „wersji” oprogramowania, którą zaoferowano w wybranej przez Zamawiającego ofercie (lub której nie zaoferowano), 2. Rzekoma weryfikacja „wersji”, co do której założenie, że została zaoferowana, czyni sam Odwołujący z niewiadomej zawartości ogólnodostępnymi w Internecie materiałami o charakterze marketingowym.

Zamawiający wskazał, że u podstaw przedmiotu niniejszego zamówienia leży możliwość „kastomizacji” wdrażanego oprogramowania, także przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu, co wynika z charakteru tego produktu, jak i na etapie wdrożenia, co wynika z kompleksowego charakteru zamówienia, zawartego w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. Jak zauważył w treści odwołania sam Odwołujący, Zamawiający w wyniku otrzymania informacji (od Odwołującego na etapie toczącego się postępowania), iż oferowane przez BOC rozwiązanie nie posiada kwestionowanych (także w odwołaniu) funkcjonalności, wezwał Wykonawcę BOC do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Wykonawca w dniu 20.10.2021 r. przesłał Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, w których w sposób szczegółowy odniósł się do zgłoszonych wątpliwości oraz zaprezentował (na załączonych zrzutach ekranu), że oferowane przez Niego narzędzie posiada zarówno funkcjonalności wymagane jak i opcjonalne wskazane w ofercie.

Zamawiający zwracał uwagę, że Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, zarówno organizacyjnie jak i kapitałowo jest powiązany z producentem oferowanego przez Niego narzędzia. Natomiast informacje, na które powołuje się Odwołujący są jedynie materiałami o charakterze marketingowym i edukacyjnym (user manual), które zostały znalezione w Internecie a nie są dokumentacją systemu i nie mogą być dowodem na brak konkretnych funkcjonalności w oprogramowaniu. Podręczników (manuali) nie można traktować jako dokumentacji technicznej opisującej całą funkcjonalność oferowanego narzędzia. Są one obszerne i mają za zadanie stopniowo wprowadzać użytkowników i administratorów w logikę korzystania z narzędzia i w wybrane funkcjonalności narzędzia, a nie dokumentować wszystkie jego funkcjonalności. Podobnie sytuacja ma się z informacjami udostępnianymi na stronie BOC o nowościach w kolejnych wersjach - są to jedynie anonsy o wybranych przez producenta funkcjonalnościach w kolejnych wersjach narzędzia, o których w danym momencie chce powiadomić użytkowników korzystających już z narzędzia lub nowych potencjalnych użytkowników. Zatem brak zapisu o funkcjonalności w manualu lub informacjach o nowych wydaniach nie może stanowić dowodu na brak tej funkcjonalności w narzędziu.

Odnosząc się ponownie (względem oceny dokonanej na etapie oceny ofert) do kwestionowanych funkcjonalności oraz podstaw do ich kwestionowania wskazanych przez Odwołującego Zamawiający zauważył, że:

1) Rzekomy brak funkcjonalności F-39 (M) - zgodnie z oświadczeniami składanymi przez BOC w ofercie oraz wyjaśnieniach oferowane narzędzie posiada wskazaną funkcjonalność. Natomiast dokumenty przywołane przez Odwołującego tj. The ADONIS 12.0 User Manual i The ADONIS 12.0 Administrator Manual nie zawierają informacji o definiowaniu kalendarzy na potrzeby symulacji.

2) Rzekomy brak funkcjonalności F-74 (M)

Zamawiający wskazał, że zgodnie z oświadczeniami składanymi przez BOC w ofercie oraz wyjaśnieniach oferowane narzędzie posiada wskazaną funkcjonalność. Natomiast dokumenty przywołane przez Odwołującego tj. The ADONIS 12.0 User Manual i The ADONIS 12.0 Administrator Manual zawierają informację o definiowaniu filtrów. W The ADONIS 12.0 Administrator Manual zawarte jest następująca informacja o zarządzaniu rolami systemowymi:

Zarządzanie rolami systemu

System zarządzania rolami systemowymi spełnia dwie funkcje. Możesz go użyć do:

1. Przyznania dostępu do funkcji klienta WWW ADONIS. Na przykład można określić, czy użytkownicy mogą tworzyć mapy klastrow lub jakie scenariusze aplikacji są dla nich dostępne w kliencie sieci Web ADONIS.

2. Przypisania użytkownikowi praw dostępu do elementów metamodelu (=prawa metamodelu). Na przykład można określić, czy użytkownicy mogą tworzyć modele określonego typu, czy otwierać je tylko w trybie tylko do odczytu.

(...)

Edytuj prawa do metamodelu

Aby edytować prawa roli systemowej do metamodelu:

Wybierz rolę systemową, którą chcesz edytować w katalogu Role systemowe.

Kliknij prawym przyciskiem myszy rolę systemową, a następnie kliknij Edytuj prawa metamodelu

Otworzy się edytor praw metamodelu.

UWAGA

Pole wyboru Odpowiednie dla praw metamodelu musi być aktywowane, zanim będzie można edytować prawa metamodelu roli systemowej.

Do jakich elementów metamodelu mogę przypisać prawa do metamodelu?

Prawa do metamodelu umożliwiają przypisanie praw użytkownika do następujących elementów metamodelu:

Typy modeli

Klasy (= klasy obiektów)

Relacje (= klasy relacji)

Atrybuty

Rodzaje uprawnień dostępu do elementów metamodelu

Mogą wystąpić następujące rodzaje dostępu:

Nie ustawiony

Żadne prawa nie są wyraźnie określone dla tego elementu.

Zapis (ze szczegółowymi uprawnieniami do tworzenia, usuwania i edycji)

Użytkownik może dowolnie tworzyć, usuwać i edytować element.

Możesz określić, które akcje są dozwolone, przypisując szczegółowe prawa do metamodelu. Odczyt z opcją tłumaczenia

Użytkownik może przetłumaczyć wartości atrybutów na inne języki treści.

Odczyt

Użytkownik ma dostęp do tego elementu, ale nie może wprowadzać zmian ani zapisywać potencjalnych zmian.

Brak dostępu

Ten element nie jest dostępny dla użytkownika

(jest dla niego niewidoczny na różnych listach i katalogach).

Zamawiający wskazał, że zacytowany w tłumaczeniu powyższy fragment The ADONIS 12.0 Administrator Manual wskazuje, że zaoferowane narzędzie w wersji 12.0 spełniało wymaganie F-74 (M).

Ponadto Wykonawca BOC w wyjaśnieniach dodatkowo zaprezentował przedmiotową funkcjonalność na załączonym zrzucie ekranu.

3) Rzekomy brak funkcjonalności F-8 (S)

Zgodnie z oświadczeniami składanymi przez BOC w ofercie oraz wyjaśnieniach oferowane narzędzie posiada wskazaną funkcjonalność. Natomiast dokumenty przywołane przez Odwołującego tj. The ADONIS 12.0 User Manual i The ADONIS 12.0 Administrator Manual nie zawierają informacji o definiowaniu filtrów. Ponadto Wykonawca BOC w wyjaśnieniach dodatkowo zaprezentował przedmiotową funkcjonalność na załączonym zrzucie ekranu.

4) Rzekomy brak funkcjonalności F-48 (S)

Zamawiający wskazał, że zgodnie z oświadczeniami składanymi przez BOC w ofercie oraz w wyjaśnieniach, oferowane narzędzie posiada wskazaną funkcjonalność. W wyjaśnieniach BOC zaprezentował (łącznie ze zrzutem ekranowym) i omówił mechanizm walidacji raportów oparty o zasadę WYSIWG („what you see is what you get” tj. metody powszechnie stosowana w IT, która pozwala uzyskać wynik w publikacji identyczny lub bardzo zbliżony do obrazu na ekranie) - co dla Zamawiającego w sposób przekonujący potwierdza występowanie przedmiotowej funkcjonalności w oferowanym narzędziu. Natomiast dokumenty przywołane przez Odwołującego tj. The ADONIS 12.0 User Manual i The ADONIS 12.0 Administrator Manual nie zawierają informacji o zasadach tworzenia raportów umożliwiających wykrywanie błędów budowanych w narzędziu raportów i jednocześnie nie przeczą o występowaniu przedmiotowej funkcjonalności w zaoferowanym narzędziu.

5) Rzekomy brak funkcjonalności F-49 (S)

Zamawiający zauważył, że zgodnie z oświadczeniami składanymi przez BOC w ofercie oraz w wyjaśnieniach oferowane narzędzie posiada wskazaną funkcjonalność. Ponadto w tym przypadku dodatkowo posiadanie przez oferowane narzędzie przedmiotowej funkcjonalności potwierdza także dokumentacja np. Adonis 12.0 User Manual — Validation and Release Validation. Opisuje ona sposób wykonywania sprawdzeń poprawności modelu i wchodzących w jego skład obiektów ze wskazaniem, że sprawdzenia definiowane są w module administracyjnym Adonis (tj. Narzędziu oferowanym przez Przystępującego). Jest to funkcjonalność jakiej wymagał Zamawiający. Zamawiający zamieścił wyciąg z ww. dokumentu wraz z tłumaczeniem.

Zamawiający wskazał, że w przypadku funkcjonalności F-74 (M), F-8 (S) oraz F-49 (S) Odwołujący podnosi dodatkowo, że nie można uznać, że Przystępujący skutecznie w swoich wyjaśnieniach wykazał posiadanie przez oferowane przez niego narzędzie przedmiotowych funkcjonalności ponieważ zaprezentował ich posiadanie na „wersji 13” narzędzia, której zdaniem Odwołującego Przystępujący nie mógł zaoferować. Zamawiający podniósł, że nie wymagał wskazania wersji oferowanego rozwiązania w treści oferty, zatem Odwołujący nie może w oparciu o ofertę Przystępującego czynić założeń co do „wersji” narzędzia, która zaoferował Przystępujący. Ponadto informacja taka jak już wskazano jest zbędna do przeprowadzenia skutecznej oceny oferty. Dodatkowo każdy wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu mógł potencjalnie dostosować (zwłaszcza kiedy jest jednocześnie producentem oferowanego rozwiązania) posiadane rozwiązanie do wymagań określonych w SWZ. W tym kontekście także jak już wcześniej wskazywano nie jest nawet poprawną konkluzją Odwołującego jakoby „wersja 13” narzędzia BOC była dostępna „dopiero od grudnia 2021 roku”, ponieważ same wyjaśnienia i załączone do nich zrzuty ekranu z „wersji 13” sporządzone zostały w październiku 2021 r. Także twierdzenia Odwołującego zgodnie, z którymi to, że określoną funkcjonalność prezentuje się na danej wersji nie oznacza automatycznie, że funkcjonalność ta nie istniała także w wersji poprzedniej - stwierdzenie takie jest nadużyciem, co potwierdza choćby przykład rzekomego braku funkcjonalności F-49 (S), gdzie w tylko w oparciu o analogiczny do prezentowanego przez Odwołującego materiał da się stwierdzić, że funkcjonalność ta występowała choćby także w wersji 12. Zatem nie do przyjęcia jest poczyniona w ramach tego zarzutu konkluzja

Odwołującego, że „wyjaśnienia powinny zostać oparte na jednej skonkretyzowanej wersji wskazanej w ofercie”.

Ponadto Zamawiający wskazał, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są zapisy SWZ, gdzie są wyrażone oczekiwania Zamawiającego. Ustalenie niezgodności oferty Wykonawcy na podstawie subiektywnej, rozszerzającej interpretacji zapisów SWZ, czy też ocena oferty przez pryzmat oczekiwań (w tym przypadku Odwołującego) nieznajdujących odzwierciedlenia w SWZ jest niedopuszczalna. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, winien opierać się na dosłownym brzmieniu zapisów SWZ. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie udowodnił za pomocą przytoczonych dokumentów czy materiałów, że zaoferowane przez Przystępującego narzędzie nie posiada określonych funkcjonalności, a jedynie wykazał, że w materiałach marketingowych czy podręcznikach użytkownika, które udało mu się znaleźć w ogólnodostępnych źródłach nie ma szczegółowych informacji na ten temat. Niewątpliwie jednak brak informacji na temat danej funkcjonalności w tego rodzaju dokumentacji nie może automatycznie przesądzać o jej faktycznym braku w oferowanym narzędziu. Natomiast brak tych informacji we wskazanych materiałach determinowany jest po prostu ich przeznaczeniem.

W zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż u podstaw jego sformułowania leży ewentualna „nieprecyzyjność SWZ”, a co za tym idzie potencjalna „nieporównywalność ofert”. Zdaniem Zamawiającego w świetle obecnie obowiązujących przepisów zarzut ten jest spóźniony. Zamawiający wskazał, iż SWZ została opublikowana w dniu 27 sierpnia 2021 r.

Z kolei zgodnie z art. 515 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Powyższe oznacza wprost, że odwołanie wobec czynności wskazanych faktycznie w tej części odwołania (uzasadnieniu), winno zostać wniesione do dnia 06.09.2021 r., aby można było uznać je za wniesione w sposób skuteczny.

Zdaniem Zamawiającego w zakresie przywołanych w ramach zarzutu ewentualnego rzekomych podstaw do wniesienia odwołania termin przewidziany ustawą PZP na wniesienie odwołania w tym zakresie z uwzględnieniem faktycznych okoliczności (czynności), których de facto ono dotyczy ekspirował. Jeżeli Odwołujący uważał, że opis kryteriów oceny ofert sformułowany w SWZ narusza w jakikolwiek sposób przesłanki określone w art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (niejako na marginesie Zamawiający podkreśla jednak, że stan taki nie ma miejsca w omawianym przypadku), winien był wnieść środki ochrony prawnej w tym zakresie w terminie przewidzianym na ich wniesienie przez ustawodawcę - czego Odwołujący nie uczynił. W świetle powyższego odwołanie w zakresie zarzutu ewentualnego sformułowanego w pkt IV odwołania podlega odrzuceniu na mocy art. 528 pkt 3) ustawy Pzp, ewentualnie zarzuty w tym zakresie winny pozostać bez rozpoznania.

Zamawiający dodatkowo wskazał, że kwestia rzekomej nieprecyzyjności opisu kryteriów oceny ofert nie była przedmiotem wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, w tym także wniosków przesyłanych przez samego Odwołującego. Zwrócił uwagę, że jeżeli Odwołujący miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości jego uprawnienie do kierowania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ przeradza się w Jego obowiązek jako profesjonalisty. Jeżeli Odwołujący nie kwestionuje zapisów SWZ, czy to na drodze wniosków o wyjaśnienie jej treści, czy to na drodze wnoszonych środków ochrony prawnej w przewidzianych w tym celu przez ustawodawcę terminach należy uznać, że zarówno On jak i pozostałe strony postępowania są postanowieniami SWZ związane w ich niezakwestionowanym brzmieniu. Zamawiający na potwierdzenie stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 1000/15 oraz wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 757/16.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią złożonych przez Przystępującego oświadczeń zarówno w treści oferty jak i składanych w toku postępowania wyjaśnieniach potwierdzają, że oferowane przez niego narzędzie posiada wymagane funkcjonalności oraz wskazane w ofercie funkcjonalności opcjonalne. Jak słusznie zauważył sam Odwołujący, Wykonawca BOC oprócz oświadczeń złożonych w treści oferty dodatkowo w wyjaśnieniach z dnia 26.10.2021 r. oświadczył: „Ponadto system ADONIS jest zbudowany na elastycznej platformie, która pozwala stworzyć nowe funkcjonalności realizowane jako konfiguracje i kustomizacje na etapie wdrażania narzędzia. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający określił termin dostawy i wdrożenia Narzędzia do 4-ch miesięcy od dnia podpisania umowy, potwierdzamy, że wszystkie wymagane funkcjonalności zostaną skonfigurowane i wdrożone zgodnie z OPZ”. Powyższe stwierdzenie jednak zostało zawarte na końcu przesłanych przez Wykonawcę BOC wyjaśnień i zgodnie z jego literalnym brzmieniem z uwzględnieniem całej treści tych wyjaśnień, a nie jako wyrwane z kontekstu zdanie, nie oznacza, że oferowane narzędzie nie posiada wskazanych funkcjonalności i będą one niejako „dorabiane” tylko jest dodatkowym zapewnieniem oferenta, że wykona zamówienie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego w treści SWZ. Powyższe oświadczenie Wykonawcy oznacza nawet, że w przypadku pojawienia się potrzeby Zamawiającego w przyszłości co do zupełnie nowej funkcjonalności, nie wymienionej w SWZ, taka funkcjonalność może zostać wykonana - ma to zaświadczać w ocenie Zamawiającego o swoistej. Poza wskazanym powyżej stwierdzeniem oraz szczegółowym odniesieniem się do poszczególnych funkcjonalności w ramach tych samych wyjaśnień Wykonawca BOC oświadcza także, że „W związku ze zgłoszonymi wątpliwościami opisu technicznego i funkcjonalnego, przesyłamy poniżej nasze wyjaśnienia i potwierdzenie spełnianie wszystkich wymogów Zamawiającego. Dla wybranych punktów załączyliśmy także zrzuty ekranu z systemu pokazujące przykładowe realizacje danej funkcjonalności w praktyce. Zwracamy przy tym uwagę, że na większość zgłoszonych wątpliwości można przedstawić różne możliwe rozwiązania dostępne w systemie ADONIS. Z powodu ograniczonych możliwości czasowych oraz chcąc zachować przejrzystość odpowiedzi, nasze wyjaśnienia i przykłady zrzutów ekranu obejmują naszym zdaniem najbardziej trafną funkcjonalność, co nie wyklucza, że ADONIS posiada także inne rozwiązania które spełniają dany wymóg”.

Powyższe oznacza, że Odwołujący w sposób celowy dokonuje także w tym zakresie swoistej nadinterpretacji, nadając wypowiedzi Wykonawcy BOC wypaczony sens i zakwestionować tym sposobem prawdziwość pozostałych składanych przez Niego oświadczeń. W świetle dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert należy stwierdzić, że wszystkie złożone w niniejszym postępowaniu oferty są ze sobą porównywalne, a czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonana przez Zamawiającego nie jest obarczona wadą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę BOC Information Technologies Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Przystępujący” lub „BOC”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 24 grudnia 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, wezwanie skierowane do Przystępującego pismem z dnia 20 października 2021 r. oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 grudnia 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie oraz pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 stycznia 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego wskazane w odwołaniu oraz opinię dr hab. Inż. P. S. z dnia 7 stycznia 2022 r. wraz z aktu notarialnym protokołu przebiegu z otwarcia stron www, jak również dowody załączone przy piśmie procesowym Przystępującego z dnia 10 stycznia 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ stanowiącym opis przedmiotu zamówienia: Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia wszystkich wymagań funkcjonalnych i pozafunkcyjnych określonych w poniższych tabelach jako M - MUST (musi być). Wymagania określone jako S - SHOULD (powinien być) oraz C - COULD (może być) stanowią wymagania dodatkowe i podlegają ocenie jako kryterium pozacenowe oceny Ofert. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia tych wymagań dodatkowych, jakie zaoferował w swojej Ofercie.

Zamawiający określił następujące wymagania funkcjonalne, m.in.:

1. F-8 Możliwość modelowania w notacji SysML (S);
2. F-39 Możliwość definiowania kalendarzy odzwierciedlających specyfikę pracy zasobów i organizacji oraz uwzględnienia ich w symulacji procesów (M);
3. F-48 Możliwość walidacji tworzonego w Narzędziu raportu celem uniknięcia lub wykrycia błędów raportów (S);
4. F-49 Możliwość definiowania raportów / kwerend / wyszukiwań w zakresie sprawdzenia kompletności opisu modelu, istotnych atrybutów modelu oraz obiektu w zakresie istotnych atrybutów obiektu (S);
5. F-74 Możliwość definiowania filtrów ograniczających dostęp do typów obiektów i typów modeli dla użytkowników modelujących (M).

Zgodnie z punktem 13 SWZ, kryteriami oceny ofert były: cena o wadze 55%, spełnienie dodatkowych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcyjnych o wadze 31% oraz występowanie oferowanego Narzędzia, w przewodniku Gartner'a o wadze 14%. Zamawiający wskazał, iż w ramach kryterium „spełnienie dodatkowych wymagań

funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych" oferta Wykonawcy otrzyma 1 pkt za każde spełnione dodatkowe wymaganie funkcjonalne albo pozafunkcjonalne oznaczone jako S - SHOULD (powinien być). Oferta Wykonawcy otrzyma 0,5 pkt za każde spełnione dodatkowe wymaganie funkcjonalne albo pozafunkcjonalne oznaczone jako C - COULD (może być).

W punkcie 13.2.2. SWZ Zamawiający wskazał, że w kryterium „Spełnienie dodatkowych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych”: Oferta Wykonawcy może otrzymać maksymalnie 31,00 pkt. Ocena oferty zostanie dokonana na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w Formularzu Ofertowym, poprzez odpowiednie skreślenie. W sytuacji, kiedy Wykonawca nie złoży oświadczenia w danym podkryterium w tym zakresie w Formularzu Ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający przyjmie, że nie zaoferował Narzędzia spełniającego dodatkowe wymagania funkcjonalne/pozafunkcjonalne i przyzna 0,00 pkt w danym podkryterium.

W formularz oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców podania oświadczenia w następującym zakresie: „OFERUJĘ realizację

zamówienia za pomocą.....(UWAGA: należy podać

nazwę oferowanego Narzędzia oraz nazwę producenta Narzędzia, które zostanie dostarczone)”.

Jednocześnie wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenie o treści: „Oświadczam, że oferowane Narzędzie spełnia wszystkie wymagania funkcjonalne i pozafunkcjonalne oznaczone jako M - MUST (musi być) w części I OPZ (wymagania dla Narzędzia).”

W formularzu ofertowym wykonawcy deklarowali również spełnienie przez oferowane narzędzie poszczególnych opcjonalnych funkcjonalności (tabela).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców.

Zgodnie z treścią oferty BOC wykonawca zaoferował realizację zamówienia za pomocą systemu ADONIS, którego producentem jest BOC Group.

Wykonawca BOC w ofercie oświadczył, że oferowane narzędzie spełnia wymagania funkcjonalne i pozafunkcjonalne oznaczone jako M - MUST oraz oceniane w ramach kryterium pozacenowego dotyczące m.in. funkcjonalności F-8 (S), F-48 (S) i F-49 (S).

Pismem z dnia 20 października 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BOC na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji zawartych w treści oferty. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień i potwierdzenia, czy zaoferowane narzędzie posiada niżej wymienione obligatoryjne (M) i fakultatywne (C i S) wymagania OPZ, zgodnie ze złożonym oświadczeniem m.in. w zakresie funkcjonalności F-8, F-39, F-48, F-49 i F-74. W dalszej części pisma Zamawiający wskazał, że celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących treści oferty, w zakresie oświadczeń zawartych w Formularzu oferty, co do spełniania wskazanych wymagań. Wraz z wyjaśnieniami Wykonawca może przedstawić dokumentację zaoferowanego Narzędzia jako dowód na okoliczność spełnienia przez oferowane Narzędzie wymagań, które zostały wskazane powyżej.

Wykonawca BOC pismem z dnia 26 października 2021 r. w zakresie poszczególnych funkcjonalności wskazał następująco:

1. F-8 Możliwość modelowania w notacji SysML (S) - Tak, narzędzie ADONIS spełnia przedstawiony wymóg. Zwracamy uwagę, że tzw. meta-model systemu ADONIS (dostępne modele, obiekty modelowania wraz z atrybutami i relacjami) może być dowolnie modyfikowany i rozszerzany, co oznacza, że w systemie ADONIS można zaimplementować dowolną notację (metodę modelowania), w tym także SysML;
2. F-39 Możliwość definiowania kalendarzy odzwierciedlających specyfikę pracy zasobów i organizacji oraz uwzględnienia ich w symulacji procesów (M) - Tak, narzędzie ADONIS spełnia przedstawiony wymóg. System ADONIS pozwala na uwzględnienie w symulacji procesów również danych rzeczywistych odnośnie harmonogramów wykonywania procesów, momentów wykonania poszczególnych zadań, częstości ścieżek, kalendarzy prac dla zasobów itp. Mogą one być przykładowo oparte o logi z systemów lub pliki generowane przez narzędzia Process Mining. Takie rzeczywiste harmonogramy i kalendarze prac mogą być zaimportowane do systemu z użyciem plików Excel lub innych technicznych rozwiązań;
3. F-48 Możliwość walidacji tworzonego w Narzędziu raportu celem uniknięcia lub wykrycia błędów raportów (S) - Tak, narzędzie ADONIS spełnia przedstawiony wymóg. Najbardziej

przyjazną użytkownikowi formą walidacji raportów jest mechanizm walidacji na zasadzie WYSIWIG już podczas tworzenia raportu, przykład którego znajduje się poniżej. W takim raporcie widoczne są np. elementy bez żadnych referencji, itd., dzięki czemu użytkownik może uniknąć błędów już na etapie definiowania raportu. Ponadto, ADONIS dysponuje szeregiem możliwości tworzenia raportów w językach programistycznych (JavaScript, transformacja XML, języki definiowania raportów Word/PDF), dla których także dostępna jest walidacja (np. składni tworzonych raportów);

4. F-49 Możliwość definiowania raportów / kwerend / wyszukiwań w zakresie sprawdzenia kompletności opisu modelu, istotnych atrybutów modelu oraz obiektu w zakresie istotnych atrybutów obiektu (S) - Tak, narzędzie ADONIS spełnia przedstawiony wymóg Użytkownicy systemu mogą tworzyć dowolne kwerendy weryfikujące kompletność czy też wizualizujące kluczowe atrybuty modeli / obiektów, np. „Znajdź wszystkie diagramy bez zdefiniowanego właściciela procesu”, Pokaż wszystkie procesy w statusie „zaakceptowany” bez zdefiniowanego celu, itd. Innym rodzajem funkcjonalności jest tutaj mechanizm weryfikacji np. kompletności modelu zaprezentowany w ramach opisu F-19 powyżej. Administratorzy systemu mogą tutaj tworzyć bibliotekę raportów/kwerend weryfikujących kompletność i poprawność modeli, np. w celu uruchamiania automatycznych weryfikacji w workflow opiniowania/akceptacji modelu. Przykładowy panel w którym definiuje się takie kwerendy pokazany jest na poniższym ekranie;

5. F-74 Możliwość definiowania filtrów ograniczających dostęp do typów obiektów i typów modeli dla użytkowników modelujących (M) - Tak, narzędzie ADONIS spełnia przedstawiony wymóg. Przykład panelu administracyjnego służącego do definiowania filtrów ograniczających dostęp do typów obiektów i typów modeli znajduje się na grafice.

W końcowej części ww. pisma BOC wskazał, że system ADONIS jest zbudowany na elastycznej platformie, która pozwala stworzyć nowe funkcjonalności realizowane jako konfiguracje i kustomizacje na etapie wdrażania narzędzia. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający określił termin dostawy i wdrożenia Narzędzia do 4-ch miesięcy od dnia podpisania umowy, potwierdzamy, że wszystkie wymagane funkcjonalności zostaną skonfigurowane i wdrożone zgodnie z OPZ.

W dniu 10 grudnia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty BOC jako najkorzystniejszej. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego. Oferta wykonawcy BOC otrzymała łącznie 99,74 pkt, w tym w kryterium „Spełnienie dodatkowych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych” 31 punktów (maksymalna ilość), z kolei oferta Odwołującego otrzymała łącznie 97,00 pkt, w tym w kryterium „Spełnienie dodatkowych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych” 28 punktów.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 66 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych dotyczący oferty BOC.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W myśl art. 58 § 1 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Z kolei stosownie do treści art. 66 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1062 ze zm.), umowa licencyjna uprawnia do korzystania z utworu w okresie pięciu lat na terytorium państwa, w którym licencjodawca ma swoją siedzibę, chyba że w umowie postanowiono inaczej.

Odwołujący w zakresie ww. zarzutu argumentował, że określenie numeru wersji oferowanego narzędzia jest warunkiem identyfikacji przedmiotu oferty na potrzeby dokonania przez Zamawiającego oceny zgodności z wymaganiami przedmiotowymi oraz dla dokonania oceny oferty w kryterium „spełnienie dodatkowych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych”. W zaniechaniu powyższego Odwołujący upatrywał konieczność odrzucenia oferty wykonawcy BOC jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów z uwagi na brak zdefiniowania utworu będącego przedmiotem licencji.

Odnosząc się do postawionego zarzutu Izba wskazuje, że w okolicznościach

przedmiotowej sprawy bezsporne było to, iż Przystępujący w formularzu oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia podał wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego wynikające z treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. wskazał nazwę oferowanego narzędzia oraz nazwę producenta narzędzia, które zostanie dostarczone (ADONIS, którego producentem jest BOC Group), czyniąc tym samym zadość warunkom zamówienia. Poza sporem było również to, że Zamawiający - gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie postawił w SWZ wymogu podania przez wykonawców w treści oferty „wersji” oferowanego oprogramowania. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że w sposób celowy nie oczekiwał ani nie wymagał wskazywania wersji oferowanego narzędzia, a ocena ofert dokonywana była w oparciu o oświadczenia składane przez wykonawców w ofertach oraz składanych w toku postępowania w wyjaśnieniach. Dalej wskazać należy, iż Przystępujący w złożonej ofercie oświadczył, że oferowane narzędzie spełnia wszystkie wymagania funkcjonalne i pozafunkcjonalne oznaczone jako M - MUST (musi być) w części I OPZ (wymagania dla Narzędzia) zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Kolejną integralną częścią oferty było oświadczenie Wykonawcy dotyczące oferowanych funkcjonalności opcjonalnych ocenianych w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert (tabela zawarta w formularzu ofertowym) poprzez odpowiednie skreślenie.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiane narzędzie - utwór w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych - został zdefiniowany wskazaną w ofercie nazwą oraz wymaganymi i opcjonalnymi funkcjonalnościami deklarowanymi przez wykonawcę BOC. Innymi słowy, w świetle wymogów specyfikacji ukształtowanych zgodnie z wolą Zamawiającego treść oferty stanowiły nazwa oferowanego oprogramowania oraz jego poszczególne funkcjonalności (obligatoryjne i funkcjonalne). Z kolei jak wyjaśnił Zamawiający - wersja narzędzia będąca jedynie oznaczeniem liczbowym nadawanym w toku procesu rozwijania oprogramowania przez jego producenta - z punktu widzenia istoty zdefiniowanego w SWZ przedmiotu zamówienia nie ma żadnego znaczenia. Kluczowe było bowiem posiadanie przez oferowane (nazwane) oprogramowanie określonych funkcjonalności obligatoryjnych oraz funkcjonalnych. Tym samym zwycięski wykonawca, zgodnie z oświadczeniem woli złożonym w ofercie, zobowiązany będzie do dostarczenia licencji na oferowane oprogramowanie, którego weryfikacja nie będzie następować w oparciu o oznaczenie liczbowe - wersję, lecz w oparciu o testy akceptacyjne, o których mowa w §6 projektu umowy na zasadach tam określonych.

Za bez znaczenia dla istoty niniejszego zarzutu Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego w postaci korespondencji elektronicznej z BOC oraz publikacji na stronie internetowej na okoliczność dostępności wersji 10, 12, 13 narzędzia ADONIS oraz że wersja 13 narzędzia ADONIS była dostępna po dacie złożenia ofert w świetle braku wymogu Zamawiającego w przedmiocie podania w ofercie wersji oferowanego oprogramowania, jak również wobec sankcji przewidzianej art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W świetle powyższego w niniejszej sprawie nie sposób stwierdzić, że oferta wykonawcy BOC jest nieważna z uwagi na brak zdefiniowania przedmiotu oferty - utworu będącego przedmiotem licencji. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 66 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie mógł zostać uznany za zasadny.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BOC z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia dotyczącymi funkcjonalności F-39 i F-74, których spełnienie było obligatoryjne. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp polegający na nieprawidłowym przyznaniu przez Zamawiającego ofercie wykonawcy BOC punktów w kryterium pozacenowym dotyczącym spełnienia dodatkowych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych w zakresie funkcjonalności F-8, F-48 oraz F-49.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym

punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż badanie i ocena ofert dokonywana jest przez Zamawiającego w granicach wyznaczonych treścią specyfikacji. To w dokumentach zamówienia Zamawiający precyzuje swoje oczekiwania oraz konkretyzuje w jaki sposób wykonawcy zainteresowani danym zamówieniem publicznym winni wykazać ich spełnienie. Zamawiający uprawniony jest zatem do dokonania oceny oferty danego wykonawcy wyłącznie na podstawie stosownych oświadczeń, co też miało miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Wykonawca BOC w formularzu ofertowym oświadczył, że oferowane narzędzie ADONIS spełnia wymagania funkcjonalne i pozafunkcjonalne oznaczone jako M-MUST oraz oceniane w ramach kryterium pozacenowego dotyczące m.in. funkcjonalności F-8 (S), F-48 (S) i F-49 (S). Powyższe oświadczenie BOC zostało zweryfikowane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku wystosowanego do ww. wykonawcy wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący w sposób szczegółowy odniósł się do zgłoszonych przez Zamawiającego wątpliwości oraz przedstawił na zrzutach z ekranu sposób spełnienia poszczególnych funkcjonalności obligatoryjnych lub opcjonalnych. Nie można zatem podzielić argumentacji Odwołującego jakoby Zamawiający nie zamierzał zweryfikować na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, czy oferowane przez Przystępującego narzędzie spełnia deklarowane funkcjonalności.

Odnosząc się do funkcjonalności F-39 (obligatoryjnej) dotyczącej „możliwości definiowania kalendarzy odzwierciedlających specyfikę pracy zasobów i organizacji oraz uwzględnienia ich w symulacji procesów” (M) przede wszystkim zauważyć należy, iż z opisu ww. funkcjonalności nie wynika, że możliwość definiowania kalendarza winna być rozumiana w sposób prezentowany przez Odwołującego, tj. jako sekwencja dni roboczych, dni wolnych od pracy i dni świątecznych zgrupowanych w miesiąc. Nie można zatem przyjąć sposobu realizacji ww. funkcjonalności przedstawionej przez Odwołującego za jedyną właściwą na gruncie postanowień specyfikacji, skoro Zamawiający nie określił w SWZ szczegółów dotyczących zdefiniowania kalendarzy odzwierciedlających specyfikę pracy zasobów i organizacji oraz uwzględnienia ich w symulacji procesów, pozostawiając tym samym wykonawcom dowolność w sposobie spełnienia ww. funkcjonalności. Jak wyjaśnił bowiem w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający „chodziło o kalendarz pracy, a nie o kalendarz w rozumieniu 365 dni, 52 tygodnie itd.”, tym samym zgodnie z wymogami Zamawiającego kalendarz mógł stanowić jeden wers zapisu jako praca od godziny 8 do 16. Ponadto spełnienie ww. funkcjonalności potwierdza oświadczenie producenta oprogramowania z dnia 3 stycznia 2022 r., z którego wynika, że oprogramowanie ADONIS zaoferowane 11 października 2021 r. przez Przystępującego zawierało moduł standardowy - symulacja zaawansowana, poparte załącznikiem dotyczącym tego modułu dostępnym dla wersji ADONIS 10, 11, 12 i 13.

Przechodząc następnie do funkcjonalności F-74 (obligatoryjnej) dotyczącej „możliwości definiowania filtrów ograniczających dostęp do typów obiektów i typów modeli dla użytkowników modelujących” (M) wskazać należy, iż Odwołujący nie odparł stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie na s. 8 i 9 oraz argumentacji Przystępującego wskazanej w piśmie procesowym z dnia 10 stycznia 2022 r. na s. 7 - 10, iż podręcznik The ADONIS 12.0 Administrator Manual, na który powoływał się sam Odwołujący, potwierdzał, że zaoferowane narzędzie w wersji 12.0 spełniało wymaganie F-74. Odwołujący nie polemizował ze stanowiskiem Przystępującego, że podręcznik ten wprost na s. 61 wskazuje na możliwość definiowania dostępów m.in. do typów obiektów (ang. Classes) oraz typów modeli (ang. Model types) oraz nie zakwestionował zawartych w ww. piśmie procesowym trzech kroków potwierdzających możliwość ustawienia filtrów ograniczających dostęp do typów modeli oraz typów obiektów. Powyższa funkcjonalność dostępna jest także w standardowej wersji systemu ADONIS 10, 11 i 13, co potwierdza oświadczenie producenta z dnia 3 stycznia 2022 r. Ww. oświadczenie producenta systemu podważa także stanowisko Odwołującego jakoby omawiana funkcjonalność nie występowała w poprzednich wersjach systemu ADONIS.

W zakresie akcentowanej przez Odwołującego kwestii, iż wykonawca BOC nie mógł w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zaoferować wersji ADONIS 13 z uwagi na okoliczność, iż ta została udostępniona w grudniu 2021 r., tj. po upływie terminu składania ofert Izba wskazuje, iż powyższemu przeczy treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w październiku 2021 r. referujących do ADONIS 13. W ocenie Izby okoliczność, że ADONIS wersja 13 została oficjalnie zaanonsowana na stronie internetowej producenta oprogramowania w grudniu 2021 r., nie potwierdza, że Przystępujący faktycznie nie dysponował tą wersją narzędzia wcześniej, celem przeprowadzenia wewnętrznych testów oraz instalacji u pierwszy klientów. Jak wyjaśnił w piśmie procesowym Przystępujący w dniu składania ofert, tj. 11 października 2021 r. polski oddział BOC posiadał już do swojej

dyspozycji wersję 13. oprogramowania, na podstawie której sporządził ofertę. Powyższe z kolei zostało potwierdzone oświadczeniem producenta narzędzia z dnia 3 stycznia 2022 r., które nie zostało podważone przez Odwołującego. Tym samym złożone przez Odwołującego dowody w postaci korespondencji elektronicznej z BOC oraz wydruku ze strony internetowej BOC z dnia 20 grudnia 2021 r. nie uwiarygodniają stanowiska odwołującego się Wykonawcy co do braku możliwości zaoferowania przez Przystępującego w ramach niniejszego postępowania ww. wersji oprogramowania, lecz co najwyżej świadczą o braku aktualizacji strony internetowej producenta, prowadzonej polityce marketingowej czy też rozdzieleniu kanału sprzedaży indywidualnej od oficjalnej oferty kierowanej do szerszego grona odbiorców.

Odnosząc się kolejno do funkcjonalności opcjonalnych ocenianych przez Zamawiającego w ramach kryterium pozacenowego pn. „spełnienie dodatkowych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych” wskazać należy, iż za nieprawidłowe Izba uznała stanowisko Odwołującego dotyczące braku spełnienia przez oferowane przez BOC narzędzie funkcjonalności F-8 - Możliwość modelowania w notacji SysML. Powyższe stanowisko Odwołujący oparł na okoliczności, że BOC w złożonych wyjaśnieniach z dnia 26 października 2021 r. nie zamieścił żadnego przykładu modelu standardu SysML. Odnosząc się do powyższego przede wszystkim podkreślić należy, iż Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Przystępującego nie oczekiwał podania przykładowego modelu standardu SysML na potwierdzenie spełniania funkcjonalności F-8. Ponadto spełnienie ww. funkcjonalności potwierdza oświadczenie producenta oprogramowania z dnia 3 stycznia 2022 r., z którego wynika, że oprogramowanie ADONIS zaoferowane 11 października 2021 r. przez Przystępującego zawierało moduł standardowy - UML+, poparte załącznikiem dotyczącym tego modułu dostępnym dla wersji ADONIS 10, 11, 12 i 13.

W przedmiocie funkcjonalności F-48 - Możliwość walidacji tworzonego w Narzędziu raportu celem uniknięcia lub wykrycia błędów raportów (S) wskazać należy, że zarzut Odwołującego jakoby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 26 października 2021 r. nie przedstawił dowodu na spełnienie ww. funkcjonalności nie znajduje uzasadnienia w świetle wymogów specyfikacji (jak już wskazano powyżej, Zamawiający opierał się na oświadczeniach wykonawców). Dalej Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zakwestionował stanowiska Przystępującego, który w piśmie procesowym z dnia 10 stycznia 2022 r. przedstawił procedurę walidacji składającą się z trzech „kroków” zgodną z definicją Odwołującego zawartą w odwołaniu. Ponadto w toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż nie żądał wskazania konkretnej linii błędów, lecz wskazania, że w raporcie występują błędy. Na podstawie oferowanego przez Przystępującego rozwiązania Zamawiający jest w stanie sprawdzić wyniki raportu oraz ustalić gdzie są błędy i dokonać ich poprawy. Jednocześnie spełnienie ww. funkcjonalności w narzędziu ADONIS wersja 10, 11, 12 i 13 potwierdza oświadczenie producenta oprogramowania z dnia 3 stycznia 2022 r., a Izba nie znalazła podstaw do jego podważenia.

W zakresie braku spełnienia funkcjonalności F-49 - Możliwość definiowania raportów / kwerend / wyszukiwań w zakresie sprawdzenia kompletności opisu modelu, istotnych atrybutów modelu oraz obiektu w zakresie istotnych atrybutów obiektu (S) ocenianej w ramach kryterium pozacenowego wskazać należy, iż powyższy zarzut Odwołujący oparł na twierdzeniu, że BOC w złożonych wyjaśnieniach dla wykazania spełnienia omawianej funkcjonalności posłużył się print screen'em z ADONIS wersja 13, podczas gdy wersja ta była dostępna w grudniu 2021 r., tj. po upływie terminu składania ofert. Ponadto Odwołujący wskazał, że funkcjonalność ta nie występowała w wersjach poprzednich.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż Odwołujący nie wszedł w polemikę z Zamawiającym, który wskazywał, że omawiana funkcjonalność był dostępna już w wersji ADONIS 12, co potwierdza wyciąg z dokumentu The ADONIS 12.0 User Manual. Powyższe jest z kolei spójne z oświadczeniem producenta oprogramowania z dnia 3 stycznia 2022 r., który potwierdził, że rzeczona funkcjonalność jest dostępna w standardowej wersji systemu ADONIS 10, 11, 12 oraz 13. W zakresie zagadnienia jakoby wersja ADONIS 13 była dostępna dla Przystępującego dopiero w grudniu 2021 r. (po upływie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu) Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną powyżej w zakresie funkcjonalności F-74 wskazującą na bezzasadność stanowiska Odwołującego.

Ponadto za nieprawidłową Izba uznała argumentację Odwołującego jakoby brak wskazania w ogólnodostępnej dokumentacji dedykowanej dla użytkowników i administratorów urządzenia ADONIS 12.0 potwierdzał, że oferowane przez Przystępującego narzędzie nie posiada określonych funkcjonalności. W zakresie powyższego wskazać należy, iż Odwołujący nie odparł stanowiska Zamawiającego, który podniósł, że ww. dokumenty są materiałami o charakterze marketingowym i edukacyjnym, które zostały znalezione w Internecie i nie stanowią dokumentacji systemu. Podręczników nie można traktować jako dokumentacji technicznej opisującej całą funkcjonalność oferowanego narzędzia. Są one obszerne i mają za zadanie stopniowo wprowadzać użytkowników i administratorów w logikę korzystania z narzędzia i w wybrane

funkcjonalności narzędzia, a nie dokumentować wszystkie jego funkcjonalności. Podobnie sytuacja ma się z informacjami udostępnianymi na stronie BOC o nowościach w kolejnych wersjach – są to jedynie anonsy o wybranych przez producenta funkcjonalnościach w kolejnych wersjach narzędzia. Tym samym brak informacji o danej funkcjonalności w ogólnie dostępnych podręcznikach lub informacjach o nowych wydaniach nie może stanowić dowodu na brak tej funkcjonalności w narzędziu.

W końcu wskazać należy, iż złożone przez Odwołującego dowody w postaci opinii dr hab. inż. P. S. z dnia 7 stycznia 2022 r. wraz z aktem notarialnym z przebiegu otwarcia stron internetowych referujące do ADONIS 12 nie miały znaczenia dla sprawy, jako że nie dotyczyły narzędzia oferowanego przez Przystępującego. Poczynione przez Odwołującego założenie co do wersji narzędzia ADONIS zaoferowanej przez BOC w niniejszym postępowaniu lub wersji, której wykonawca nie mógł zaoferować było bezpodstawne. Jak wskazał w piśmie procesowym Przystępujący oferta wykonawcy mogła dotyczyć i dotyczyła narzędzia ADONIS 13.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi funkcjonalności F-8 oraz F-74, co też miałyby uzasadniać konieczność odrzucenia oferty BOC na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. W okolicznościach tej sprawy brak było również podstaw do uznania, iż Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp przyznał punkty ofercie wykonawcy BOC w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „spełnienie dodatkowych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych” w zakresie funkcjonalności F-8, F-48 oraz F-49. W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie podważał oświadczenia wykonawcy BOC złożonego w ofercie oraz wyjaśnieniach z dnia 26 października 2021 r., jak również dowodach przedstawionych przez Przystępującego w toku rozprawy.

W konsekwencji powyższego nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący stał na stanowisku, że w sytuacji gdyby Zamawiający podniósł w odpowiedzi na odwołanie, że dodatkowe punktowane funkcjonalności każdy z wykonawców mógł zapewnić poza standardowym narzędziem, w tym za pomocą oprogramowania dedykowanego, to słuszne będzie twierdzenie, iż Zamawiający naruszył art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wieloznaczność kryteriów oraz zarezerwowanie Zamawiającemu arbitralności w uznaniu spełnienia poszczególnych kryteriów oceny ofert przez wykonawców. Tym samym w niniejszym postępowaniu doszłoby do złożenia nieporównywalnych ofert, tj. oferty Odwołującego obejmującej dostarczenie narzędzia i jego wdrożenie oraz oferty Przystępującego obejmującej dostarczenie narzędzia, uzupełnienie funkcjonalności narzędzia i jego wdrożenie, co z kolei oznacza, iż przedmiotowe postępowanie obciążone byłoby wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Stosownie do treści art. 240 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (art. 240 ust. 2 ustawy Pzp). Zgodnie natomiast z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, którzy wskazywali, iż podniesiony zarzut jest spóźniony, ponieważ u podstaw jego sformułowania leży ewentualna „nieprecyzyjność SWZ”, a co za tym idzie potencjalna „nieporównywalność ofert”, wobec czego winien zostać odrzucony w świetle art. 528 pkt 3 ustawy Pzp lub pozostawiony bez rozpoznania. Skład orzekający doszedł do przekonania, że niniejszy zarzut nie stanowi (spóźnionego) zarzutu odwołania od treści postanowień SWZ. Nie dotyczy opisu kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu, ale dokonania takiej wykładni wyjaśnień Przystępującego zawartych w piśmie z dnia 26 października 2021 r., które winny zaprowadzić Zamawiającego do ustalenia, iż Przystępujący zaoferował narzędzie, które zostanie uzupełnione o określone funkcjonalności dopiero na etapie wdrożenia, co z kolei przekładałoby się na nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu, skutkującą zasadnością unieważnienia prowadzonego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu wskazać należy po pierwsze, że Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie twierdził, iż dodatkowe punktowane

funkcjonalności każdy z wykonawców mógł zapewnić poza standardowym narzędziem, w tym za pomocą oprogramowania dedykowanego. Po drugie, Odwołujący nie podważył w toku postępowania odwoławczego złożonych przez Przystępującego oświadczeń zawartych w treści oferty oraz w wyjaśnieniach z dnia 26 października 2021 r., które potwierdzają, że oferowane przez BOC narzędzie posiada wymagane funkcjonalności oraz funkcjonalności opcjonalne. Po trzecie, nie można zgodzić się z Odwołującym, że wskazane w końcowej części pisma BOC z dnia 26 października 2021 r. stwierdzenie, iż „system ADONIS jest zbudowany na elastycznej platformie, która pozwala stworzyć nowe funkcjonalności realizowane jako konfiguracje i kustomizacje na etapie wdrażania narzędzia. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający określił termin dostawy i wdrożenia Narzędzia do 4- ch miesięcy od dnia podpisania umowy, potwierdzamy, że wszystkie wymagane funkcjonalności zostaną skonfigurowane i wdrożone zgodnie z OPZ”. oznacza, że oferowane przez BOC narzędzie nie posiada kwestionowanych funkcjonalności i że zostaną one uzupełnione na etapie wdrożenia narzędzia. Przeczą temu oświadczenia wykonawcy BOC złożone w ofercie i wyjaśnieniach, poparte złożonymi w toku postępowania odwoławczego dowodami omówionymi powyżej.

Powyższe wyklucza zatem możliwość stwierdzenia, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z uwagi na złożenie nieporównywalnych ofert. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: