sygn. akt: KIO 2994/22

WYROK

z dnia 1 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 i 30 listopada 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2022 r. przez wykonawcę MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., ul. Willowa 87; 32-085 Modlniczka, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, ul. Energetyczna 4; 53-330 Wrocław,

przy udziale wykonawcy Omnilogy sp. z o.o., ul. B. Prusa 2; 00-493 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów: #1.1 - 1.8, #2.2 #2.5, #2.6, #2.7,

   #2.12, #2.14, #2.16, 2.20, #4.1- 4.3, #5, #6, #7, #2.3, #2.4, #2.8, #2.9, #2.10, #2.11, #2.13, #2.15, #2.17, #2.18, #8, #2.1, #2.19.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MAXTO Spółka z ograniczoną

   odpowiedzialnością S.K.A., ul. Willowa 87; 32-085 Modlniczka i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MAXTO Spółka

   z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., ul. Willowa 87; 32-085 Modlniczka,

   tytułem wpisu od odwołania,

   3.2. zasądza od wykonawcy MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., ul. Willowa 87; 32-085 Modlniczka na rzecz zamawiającego Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, ul. Energetyczna 4; 53-330 Wrocław, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:

   trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 2994/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Usługa monitorowania systemów informatycznych przy wykorzystaniu narzędzia klasy APM. Numer referencyjny: Z-2502-37/22".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 31 października 2022 r., pod nr Dz.U. 2022/S 210-603180.

Dnia 10 listopada 2022 roku, wykonawca MAXTO sp. z o.o. S.K.A. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyniku odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (pismo z 23 listopada 2022 roku) oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, składanych w toku postepowania przygotowawczego, do merytorycznego rozpoznania na rozprawie pozostał zarzut opisany przez odwołującego, jako „zarzut #3 dotyczący pkt 1 i pkt 2.1 OPZ".

W zakresie przedmiotowego zarzutu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, poprzez niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia w zakresie opisu środowiska monitorowania systemów zamawiającego, co uniemożliwia rzetelne sporządzenie oferty, kalkulację ceny oferty oraz ocenę realnych ryzyk związanych z realizacją umowy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uzupełnienie pkt 1 OPZ oraz 2.1 OPZ o informacje opisujące Środowisko monitorowania systemów zamawiającego w następującym zakresie:

1) lista serwerów aplikacyjnych i bazodanowych wraz ze szczegółowymi informacjami:

   a) liczba vCPU lub core'ów logicznych per server,

   b) ilość pamięci RAM per server,

   c) stos technologiczny z dokładnymi wersjami (dokładna specyfikacja wszystkich technologii zainstalowanych i używanych na konkretnym serwerze),

   d) rola każdego serwera w infrastrukturze klienta,

   e) Wirtualizator (np. VMWare),

2) liczba wywołań stron w zakresie monitoringu User Experience,

3) informacja o zbudowanych kokpitach operacyjnych, raportach, alarmach oraz niestandardowych integracjach, które muszą być odtworzone,

4) architektura techniczna aplikacji wraz z powiązaniami.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i zamierza w nim złożyć ofertę, a czynności zamawiającego polegające na wadliwym sporządzeniu dokumentacji zamówienia uniemożliwiają mu udział w postępowaniu i złożenie konkurencyjnej oferty, czego skutkiem będzie poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby
w przypadku uzyskania zamówienia. Uwzględnienie odwołania będzie skutkowało nakazaniem zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentacji postępowania oraz umożliwienie złożenia przez odwołującego konkurencyjnej oferty i ubiegania się o uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Argumentując zarzut będący przedmiotem merytoryczne rozpoznania, odwołujący wskazał, iż nie jest w stanie przygotować oferty w sytuacji, gdy nie posiada informacji na temat środowiska, które ma być monitorowane. Brak takich informacji uniemożliwia identyfikację rozwiązania i jego zakresu, które powinien otrzymać zamawiający. Bez szczegółowej wiedzy na temat środowiska monitorowania systemów zamawiającego, wykonawcy nie są w stanie ocenić realnej czasochłonności realizacji zamówienia a tym samym ryzyk związanych

z realizacją umowy w czasach określonych przez zamawiającego. Zaniechanie zamawiającego polegające na nieudostępnieniu ww. informacji stanowi naruszenie jednej z głównych zasad zamówień publicznych „określoności przedmiotu zamówienia" polegającej na jednoznacznym i wyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym stanowią także naruszenie konkurencyjności postępowania, gdyż jedynie aktualny dostawca rozwiązania, które w chwili obecnej posiada zamawiający, jest w stanie złożyć w postępowaniu rzetelnie przygotowaną ofertę, posiadając wiedzę, która jest niedostępna dla wykonawców chcących zaoferować rozwiązanie równoważne.

W dodatkowym piśmie procesowym z 28 listopada 2022 roku, odwołujący wskazał, iż wykonawca, który oferuje rozwiązanie równoważne nie jest w stanie przygotować oferty w sytuacji, gdy nie posiada informacji na temat środowiska, które ma być monitorowane. Zamawiający (wbrew twierdzeniu zamieszczonemu w odpowiedzi na odwołanie) nie udostępnił wszystkich niezbędnych informacji umożliwiających złożenie oferty przez wykonawcę, który aktualnie nie realizuje umowy dla zamawiającego. Zamawiający nie udostępnił informacji (które były podniesione w żądaniu):

a. dotyczących serwerów aplikacyjnych i bazodanowych, to jest stosu technologicznego z dokładanymi wersjami (dokładnej specyfikacji wszystkich technologii zainstalowanych i używanych na konkretnym serwerze);

b. liczby wywołań stron w zakresie monitoringu User Experience.

Odnośnie stosu technologicznego - zamawiający w ogóle nie podał informacji, o które wnosił odwołujący, natomiast w zakresie liczby wywołań zamawiający wskazał, że „liczba

wywołań stron w zakresie monitoringu User Experience w okresie ostatnich 36 - miesięcy wynosiła 9,75 ml sesji", myląc pojęcie „liczby wywołań" z „liczbą sesji". Pojęcia te nie są tożsame. W celu sporządzenia oferty dla wykonawców istotna jest liczba wywołań, a nie sesji, ponieważ licencjonowanie wybranych rozwiązań równoważnych jakim jest np. AppDynamics, opiera się o wyświetlenie stron. Koncept sesji nie wskazuje w żaden sposób, ile było takich wyświetleń, co uniemożliwia poprawne wyliczenie licencji i tym samym przygotowania

i kalkulacji ceny oferty. Opis środowiska monitorowania systemów zamieszczony przez zamawiającego nie jest spotykany na rynku. W innych postępowaniach, w których przedmiotem była usługa monitorowania systemów, środowisko opisano w taki sposób, aby wykonawcy posiadali niezbędne informacje umożliwiające im przygotowanie oferty. Przykładowo, w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Informatyki Resortu Finansów pn. „Zaproszenie do składania ofert cenowych w celu oszacowania wartości zamówienia w zakresie dostarczenia oprogramowania Dynatrace wraz z licencjami lub równoważnego, składającego się na oprogramowanie klasy APM w modelu subskrypcyjnym na okres 36 miesięcy wraz z gwarancją" zamawiający zamieścił w załączniku nr 3 szczegółowy opis środowiska, które ma być monitorowane. Również zamawiający, w poprzednim postępowaniu z 2019 roku był w stanie bardziej szczegółowo opisać monitorowane

środowisko. Należy także podkreślić, że samo wymiarowanie oparte o ilość pamięci RAM jest charakterystyczne tylko dla rozwiązania Dynatrace. Każde inne rozwiązanie równoważne opiera swoje licencjonowanie o inne parametry. Przykładowo Instana przyjęła model licencjonowania oparty o liczbę serwerów (hostów) - każda maszyna odpowiada jednemu agentowi. W takim wypadku konieczne jest podanie informacji zawierających listę serwerów z technologiami i funkcjami, celem ustalenia, na których z nich powinien zostać posadowiony agent (dowód: Instana Pricing wraz z tłumaczeniem - załącznik nr 6, źródło:).

Odwołujący w treści odwołania wskazał wymaganie w postaci wymiarowania licencji do monitoringu z perspektywy użytkownika w oparciu o sesje wskazuje na rozwiązanie Dynatrace. Dynatrace w zakresie licencjonowania monitoringu perspektywy użytkownika opiera się o koncept tzw. sesji użytkownika, które stanowią rozpoczęte 60 minut pracy lub 200 zarejestrowanych akcji. W związku z czym same informacje o liczbie sesji są niewystarczające również w przypadku tego rozwiązania bez danych z monitorowanego środowiska. Podana przez zamawiającego w treści dokumentacji informacja dotycząca liczby sesji pozwala jedynie w bardzo ogólnym stopniu oszacować zapotrzebowanie na tego typu licencje dla Dynatrace. Standardowa sesja użytkownika konsumuje 0,25 jednostki licencyjnej DEM (Digital Experience Monitoring) (dowód: Digital Experience Monitoring wraz z tłumaczeniem - Załącznik nr 7 (źródło:).

Natomiast rozwiązanie równoważne AppDynamics posługuje się w powyższym zakresie jednostką token, która stanowi pojedyncze wyświetlenie danej strony WWW. W związku z tym bez informacji o średniej ilości Page Views per sesja użytkownika lub wartości tego parametru w jednostce czasu, nie jest możliwe określenie zapotrzebowania licencyjnego (dowód: Real User Monitoring Licenses wraz z tłumaczeniem - Załącznik nr 8 (źródło:).

Należy także wskazać, że rozwiązanie NewRelic licencjonuje liczbę użytkowników w systemie oraz ilość danych wysyłanych do rozwiązania. W związku z tym niezbędne jest określenie, ile danych zostanie przesłanych do rozwiązania celem kalkulacji licencji. W tym celu konieczne jest zapoznanie się z rozmiarem sesji (ilości akcji), co przełoży się na wielkość porcji danych (dowód: Transparent Pricing Plans New Relic wraz z tłumaczeniem - Załącznik nr 9 (źródło:).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (z 23 listopada 2022 roku) wskazał, iż dokonał modyfikacji w zakresie pkt 1 OPZ przez uzupełnienie postulowanych danych, w tym przez dodanie załącznika nr 1 do OPZ. Ponadto w piśmie procesowym (z 29 listopada 2022 roku) podniósł, iż zgodnie z pismem odwołującego, żąda on udostępnienia następujących danych:

1) dotyczących serwerów aplikacyjnych i bazodanowych, to jest stosu technologicznego z dokładanymi wersjami (dokładnej specyfikacji wszystkich technologii zainstalowanych i używanych na konkretnym serwerze);

2) liczby wywołań stron w zakresie monitoringu User Experience.

Odnosząc się do żądania danych wspomnianych w pkt 1 należy wskazać, że pomimo jego wywiedzenia, odwołujący w żaden sposób - tak obecnie jak i w odwołaniu - nie wykazał konieczności podania tych danych na potrzeby zidentyfikowania przedmiotu zamówienia, w szczególności, w jaki sposób, posiadanie tych informacji miałoby się przełożyć na możliwość złożenia przez niego oferty w toku postępowania. Podnieść też trzeba, że zamawiający nie dysponuje tak szczegółowymi informacjami o systemach, które mają być objęte monitorowaniem. Nawet gdyby jednak zamawiający takie dane posiadał, nie mogłyby być one udostępnione, gdyż byłoby to niezgodne z wymaganiami cyberbezpieczeństwa. Odnosząc się do nieudostępnienia przez zamawiającego liczby wywołań należy wskazać, że w pkt 2.2. OPZ, zamawiający podał liczbę monitorowanych sesji, a więc zakres danych możliwy - mając na uwadze stosowany dotychczas system - do ustalenia. Ponadto w pkt 1.3 (skorygowanym przez zamawiającego w dniu 28 listopada 2022 r.) zostały wskazane dane historyczne.

W ocenie zamawiającego - czego nie wykazuje też sam odwołujący - w celu opisania przedmiotu zamówienia, zbędnymi będą inne niż opublikowane historyczne dane, tj. dotyczące innych historycznych okresów czasowych, historycznych liczb użytkowników i mniejszej liczby systemów. Ponadto zamawiający wskazał, iż odnośnie stosu technologicznego, wykonawca nie wykazał konieczności podania tych danych na potrzeby szacowania wartości zamówienia. Zamawiający nie dysponuje tak szczegółowymi informacjami o systemach, które mają być objęte monitorowaniem, a ich ustalenie mogłoby zająć nawet kilka tygodni. Nawet po ustaleniu nie wszystkie informacje mogłyby zostać udostępnione z uwagi na względy cyberbezpieczeństwa. Mając na uwadze jednak, co należy podkreślić, że wykonawca nie wykazał związku pomiędzy szacowaniem a stosem

technologicznym, w ocenie zamawiającego brak jest potrzeby dodatkowego uzupełnienia informacji podanych w OPZ.

Odnośnie liczby wywołań zamawiający wskazał, że w pkt 2.2. OPZ jednoznacznie wskazano liczbę monitorowanych sesji. Ponadto w pkt 1.3. zostały wskazane dane historyczne (przy okazji zamawiający dokonał sprostowania pkt 1.3. OPZ). Na potrzeby szacowania wartości zamówienia wykonawcy są zbędne dane historyczne, które dotyczyły innych historycznych okresów czasowych, historycznej liczby użytkowników i mniejszej liczby systemów. Ponadto zamawiający wskazał w pkt 2.2. OPZ liczbę monitorowanych sesji, bowiem na podstawie posiadanych danych historycznych tylko takie dane może podać. Ale skoro jak wskazał sam odwołujący w pkt 3.7 odwołania, że dla systemu Dyntrace jedna sesja = maksymalnie 200 akcji, w ocenie zamawiającego odwołujący posiada wystarczające dane, by dokonać szacowania w oparciu o system licencjonowania bazujący na licznie wywołań.

Zamawiający prostuje pkt 1.3. OPZ

Było: „1.3. Liczba wywołań stron w zakresie monitoringu User Experience w okresie ostatnich 36 - miesięcy wynosiła 9,75 ml sesji".

Jest: „1.3. Liczba sesji w zakresie monitoringu User Experience w okresie ostatnich 36 - miesięcy wynosiła 9,75 ml sesji".

Niezależnie od powyższego zamawiający wskazał, że ograniczenie dotyczące „on premise" i wykluczenie modelu SaaS podyktowane jest względami bezpieczeństwa, bowiem w systemach typu APM przetwarzane są dane osobowe użytkowników, stąd z uwagi na charakter przetwarzanych danych dopuszczalne są jedynie rozwiązania typu „on-premise", co jest spełnione przez co najmniej kilka rozwiązań istniejących na rynku (okoliczność bezsporna pomiędzy stronami, pkt 2.2. pisma odwołującego).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustęp 4 ww. art. 99 stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Odwołujący wykonawca, który twierdzi, iż ww. przepisy ustawy Pzp zostały naruszone przez zamawiającego winien takie okoliczności bezwzględnie wykazać. Zważywszy, że adresatem opisu przedmiotu zamówienia są wykonawcy, a zatem profesjonaliści działający w danej branży, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w języku fachowym, tj. za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wykonawców działających

w branży, która dotyczy przedmiotu zamówienia. Używane w opisie określenia winny uwzględniać (wszystkie) wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży (vide: Prawo zamówień publicznych - Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021).

Odnośnie liczby wywołań stron Izba wskazuje, że zamawiający działający na obecnie posiadanym systemie, który działa w oparciu o ustalone dla tego systemu parametry podał wykonawcom posiadane przez siebie dane, w których wskazano liczbę monitorowanych sesji, czyli dane jakie generuje obecnie użytkowany system. Na uwagę zasługuje tutaj fakt, iż sam odwołujący powołując się na dane wygenerowane przez obecny system potrafi zidentyfikować i ustalić, ile takich wywołań może być. Tym samym nie istnieją podstawy do twierdzenia,

że wykonawca nie jest w stanie ocenić ryzyk związanych ze sposobem licencjonowania oferowanego przez siebie produktu. Ponadto trudno postawić zamawiającemu zarzut nieprzekazania pełnych informacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, albowiem zamawiający przekazał wykonawcom wszystkie informacje jakie sam posiadał. Skoro bowiem system, który obecnie użytkuje zamawiający nie generuje innych danych niż te, które udostępnił wykonawcom zamawiający, to nie sposób twierdzić, że zamawiający postąpił niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zarzut w tym zakresie należało uznać za

bezzasadny.

Co do drugiej części zarzutu dotyczącego systemów objętych monitorowaniem, wskazać należy na ubogą w swojej treści argumentację odwołującego podniesioną w odwołaniu. Odwołujący w stanowisku swoim ogólnie odnosi się do kwestii, które jego zdaniem uniemożliwiają mu zidentyfikowanie rozwiązania i jego zakresu, nie precyzując jakich konkretnie informacji nie przekazał zamawiający, które utrudniają mu ocenić realnej czasochłonności realizacji zamówienia. O szczegółach tych wątpliwości odwołującego można de facto dowiedzieć się dopiero z żądania odwołującego. Jednakże w myśl obowiązujących przepisów Izba nie jest związana żądaniami wykonawcy, albowiem orzeka jedynie w zakresie postawionych, wykazanych, udowodnionych i uargumentowanych zarzutów odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu, takich istotnych elementów odwołania brak. Również w dodatkowym piśmie procesowym odwołujący bardzo pobieżnie odnosi się do wskazywanych kwestii.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie tej części zarzutu stwierdzić należało, iż argumentacja odwołującego prezentowana na rozprawie de facto zmieniająca zakres podniesionego zarzutu stanowi niedopuszczalną modyfikację/doprecyzowanie zarzutu odwołania polegające na wskazaniu, że odwołujący wymaga podania, nie dokładnej specyfikacji wszystkich technologii zainstalowanych i używanych na konkretnym serwerze, co de facto mogłoby prowadzić do naruszenia cyberbezpieczeństwa, ale ogólnie jakie technologie są zainstalowane na serwerach. Istotna zmiana stanowiska odwołującego, nie poparta zarzutem odwołania, skutkuje uznaniem go za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 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: .....