

Sygn. akt KIO 3164/24

Sygn. akt KIO 3207/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2024 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 1 września 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CDEX PROSTA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, "ALMA" SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu – KIO 3164/24

B. w dniu 2 września 2024 roku przez wykonawcę CybExer Technologies OÜ z siedzibą w Tallinnie, Estonia – KIO 3207/24

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego CENTRUM ZASOBÓW CYBERPRZESTRZENI SIŁ ZBROJNYCH im. Mariana Rejewskiego w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego:

A. CybExer Technologies OÜ z siedzibą w Tallinnie, Estonia w sprawie o sygn. akt KIO 3164/24

B. TRAFFORD IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 3164/24 oraz KIO 3207/24

C. CDEX PROSTA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, "ALMA" SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu w sprawie o sygn. akt KIO 3207/24

orzeka:

KIO 3164/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako nr 2) lit. b, e, f i g oraz 4) w petitum odwołania

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako 2) lit. c. oraz 3) w petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oferty uczestnika postępowania TRAFFORD IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CDEX PROSTA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, "ALMA" SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu w części 4/6 oraz zamawiającego CENTRUM ZASOBÓW CYBERPRZESTRZENI SIŁ ZBROJNYCH im. Mariana Rejewskiego w Warszawie w części 2/6 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania, kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

4.2. zasądza od zamawiającego CENTRUM ZASOBÓW CYBERPRZESTRZENI SIŁ ZBROJNYCH im. Mariana Rejewskiego w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CDEX PROSTA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, "ALMA" SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 2/6 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 3207/24

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę CybExer Technologies OÜ z siedzibą w Tallinnie, Estonia i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero

groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2. zasądza od wykonawcy CybExer Technologies OÜ z siedzibą w Tallinnie, Estonia na rzecz zamawiającego CENTRUM ZASOBÓW CYBERPRZESTRZENI SIŁ ZBROJNYCH im. Mariana Rejewskiego w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3164/24

Sygn. akt KIO 3207/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający CENTRUM ZASOBÓW CYBERPRZESTRZENI SIŁ ZBROJNYCH im. Mariana Rejewskiego w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa oprogramowania do prowadzenia ćwiczeń, warsztatów i szkoleń”, nr referencyjny: 2616.3.2024.AC.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

OGłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lutego 2024 r. pod numerem: 125073-2024.

KIO 3164/24

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia CDEX PROSTA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, "ALMA" SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 1 września 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- błędnej ocenie oferty Odwołującego co do prawidłowości wniesienia wadium i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP;
- zaniechaniu odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP oferty spółki TRAFFORD IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP. K. („Trafford”) w sytuacji, gdy oferta Trafford pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia i w konsekwencji bezpodstawnym i bezzasadnym wyborze oferty Trafford jako oferty najkorzystniejszej;
- dokonaniu oceny oferty Trafford przy uwzględnieniu dokumentów i zrzutów ekranu sporządzonych w języku angielskim, bez dostarczenia ich tłumaczenia na język polski;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Trafford na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b PZP w sytuacji gdy Trafford nie spełnia opisanych w Rozdziale V pkt 1 podpunkt 4) SWZ warunków udziału w postępowaniu;
- ewentualnie – w razie braku uznania za niezgodną z PZP czynności błędnej oceny i odrzucenia oferty Odwołującego – wskazuję, iż odwołanie jest wnoszone także od

czynności Zamawiającego polegającej na brak unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) PZP z uwagi na fakt, że wszystkie oferty podlegają odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP w zw. z art. 97 ust. 5 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak wniesienia wadium lub wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, podczas gdy

a. wadium zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert, ponieważ Odwołujący wykonał przelew natychmiastowy typu SORBNET2, który został zrealizowany przez bank Odwołującego w dniu 26.04.2024 r. o godz. 8:36:18 (jest to godzina realizacji przelewu, a nie złożenia dyspozycji w banku) – co oznacza, iż przelew był już nieodwołalny, a środki pozostały wyłącznie w dyspozycji banku Zamawiającego i tym samym w dyspozycji samego Zamawiającego – co jest równoznaczne z „wniesieniem” wadium przed upływem terminu składania ofert w rozumieniu art. 97 ust. 5 PZP oraz z należyтым zabezpieczeniem oferty;

b. Zamawiający wraz z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego nie przedłożył właściwego dowodu braku wpływu wadium wpłaconego przez Odwołującego przed terminem składania ofert;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez brak odrzucenia oferty Trafford pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w szczególności w następującym zakresie:

a. oferowane rozwiązanie nie posiada usługi wykonywania kopii zapasowych, która w sposób niezależny od działania pozostałych funkcji pozwala w ramach awarii na odtworzenie co najmniej części użytkowej oraz wszystkich repozytoriów z jednoczesnym zapewnieniem wysokiej dostępności z automatyczną kompensacją pojedynczej awarii, a zatem nie spełnia wymogu opisanego m.in. w pkt. 3.5.47 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ) stanowiącego zał. nr 6 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) w zw. z pkt. 3.5.14 OPZ;

b. oferowane rozwiązanie nie posiada funkcjonalności wykonywania oraz przywracania zapisów stanów scenariusza oraz pojedynczych maszyn w ramach tenantów lub całych tenantów w każdy etapie trwania ćwiczenia, z uwzględnieniem uprawnień użytkowników, a zatem nie spełnia wymogu opisanego m.in. w pkt. 3.5.12 OPZ;

c. oferowane rozwiązanie nie jest wyposażone w jednolity, zintegrowany interfejs do zarządzania poniższymi warstwami Środowiska:

a) warstwa serwerów fizycznych,

b) warstwa serwerów wirtualnych,

c) warstwa tenantów,

d) warstwa sieci komunikacyjnej oraz

e) warstwa macierzy dyskowej, i to nawet przy uwzględnieniu, że Zamawiający dopuszcza posiadanie dedykowanego interfejsu graficznego spełniającego zadania wylistowane w pkt. a) – e) o odmiennym wyglądzie od interfejsu szkoleniowego, a zatem nie spełnia wymogu opisanego m.in. w pkt. 3.5.54 OPZ;

d. moduł generowania ruchu oferowanego rozwiązania nie zapewnia możliwości tworzenia i integracji z poszczególnymi scenariuszami automatycznych akcji wyzwalanych o zadanym czasie, na żądanie uczestnika, lidera lub trenera, w reakcji na wcześniej zdefiniowane zdarzenie w systemie /scenariuszu /tenancie, a także niezależnie w każdym tenancie z osobną lub jednocześnie dla wybranej grupy tenantów, a zatem nie spełnia wymogu opisanego m.in. w pkt. 3.5.44 OPZ;

e. oferowane rozwiązanie nie zapewnia możliwości stworzenia co najmniej części użytkowników, którym zostaną przypisane role opisane w pkt. 3.5.17 OPZ, z uwzględnieniem pełnego zakresu ich funkcji i uprawnień wymienionych w pkt. 3.5.183.5.23 OPZ, a zatem nie spełnia wymogu opisanego m.in. w pkt. 3.5.44 OPZ w zw. z pkt. 3.5.18-3.5.23 OPZ;

f. oferowane rozwiązanie nie zapewnia możliwości oceny na podstawie wychwyconych zdarzeń przez agentów lub bezagentowo, a zatem nie spełnia wymogu opisanego m.in. w pkt. 3.5.29 OPZ w zw. z pkt. 3.5.27b OPZ;

g. oferowane rozwiązanie nie posiada możliwości szyfrowania dysku, na którym uruchomione jest oprogramowanie, a zatem nie spełnia wymogu opisanego m.in. w pkt. 3.4.1-3.4.2 OPZ;

h. w zakresie w jakim wyjaśnienia Trafford z dn. 18 czerwca 2024 r. są niepełne – co powoduje, iż wobec braku potwierdzenia zgodności rozwiązania z parametrami wymaganymi przez OPZ na wezwane Zamawiającego z dn. 23 maja 2024 r. brak jest możliwości uznania, że rozwiązanie jest zgodne z OPZ – co powinno skutkować odrzuceniem oferty Trafford;

3) art. 20 ust. 2 PZP w zw. z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie poprzez uwzględnienie w procesie oceny oferty Trafford dokumentów złożonych w języku angielskim;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z Rozdziałem V pkt 1 podpunkt 4) SWZ, poprzez brak odrzucenia

oferty Trafford pomimo, iż Trafford nie spełnia opisanych w ww. punkcie SWZ warunków udziału w postępowaniu,

ponieważ:

- a. nie wskazał w wykazie dostaw dokładnych wartości przedmiotu umów oraz dokładnego określenia przedmiotu umów;
 - b. przedstawił referencje od Skarbu Państwa – Sąd Apelacyjny w Krakowie, z których wynika, iż i. zostało dostarczone wsparcie techniczne świadczone przez producenta, a nie przez Trafford, ii. wsparcie techniczne jeszcze nie zostało zrealizowane i w razie uznania wsparcia technicznego za usługę ciągłą referencje są wystawione zbyt wcześnie, iii. został przeprowadzony transfer wiedzy – co nie jest równoznaczne ze szkoleniem;
 - c. przedstawił referencje od Departament Infrastruktury i Bezpieczeństwa Agro Aplikacje Sp. z o.o., z których wynika, iż i. brak jest wskazania wartości brutto referencji i wartość ta nie została dookreślona przez Trafford – wobec czego nie zostało wykazane przedstawienie referencji na wymaganą kwotę brutto; i.i. nie zostało wskazane kto realizuje bezpośrednio wsparcie techniczne – a w razie jeśli realizuje je producent – to oznacza brak wykazania doświadczenia w tym zakresie przez Trafford;
- 5) ewentualnie – w razie braku uwzględnienia przez KIO zarzutu nr 1) – Odwołujący zarzuca Zamawiającemu także naruszenie art. 255 pkt 2) PZP poprzez brak unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że wszystkie oferty podlegają odrzuceniu. a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Trafford jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Trafford jako niezgodnej z warunkami zamówienia lub jako złożonej przez podmiot, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej
- 6) ewentualnie – w razie braku uwzględnienia przez KIO zarzutu nr 1) – Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) PZP.

Ponadto, wniósł o:

- 7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w wysokości wynikającej z określonych

przepisów, określonych na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, co dotyczy w szczególności:

- kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby,
- kosztów wynagrodzenia pełnomocników, jednak nie wyższych niż kwota 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Opis zarzutu nr 1

Zdaniem Odwołującego wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy ponieważ Odwołujący wykonał na rachunek bankowy Zamawiającego wskazany w SWZ przelew natychmiastowy SORBNET2 na kwotę 324.339,00 PLN. Z zaświadczenia z banku prowadzącego rachunek Odwołującego wynika, iż transakcja przelewu ww. kwoty została zrealizowana przez bank Odwołującego dnia 26.04.2024 r. o godz. 08:36:18. Odwołujący wskazał, iż nie jest to godzina złożenia dyspozycji przelewu, ale zgodnie z treścią oświadczenia banku jest to godzina realizacji tego przelewu. Powyższe oznacza, że o godzinie 08:36:16, a zatem przed upływem terminu składania ofert, pieniądze zostały wytransferowane z rachunku Odwołującego i pozostawały już w wyłącznej gestii banku Zamawiającego, którym nota bene jest NBP, czyli bank obsługujący transakcje SORBNET2.

Odwołujący podniósł, że już z samego charakteru przelewu natychmiastowego SORBNET2 wynika, że interesy Zamawiającego zostały należycie zabezpieczone. Zgodnie z § 2 pkt 9) Zarządzenia Nr 30/2017 Prezesa Narodowego Banku Polskiego z dnia 26 października 2017 r. w sprawie sposobu przeprowadzania rozliczeń międzybankowych i rozrachunków międzybankowych („Zarządzenie”) system SORBNET2 jest to system rozrachunku brutto w czasie rzeczywistym (RTGS) obsługujący rachunki prowadzone w Centrali NBP, w którym przeprowadzane są rozrachunki międzybankowe w złotych. Ponadto zgodnie z § 16 ust. 1 i 2 Zarządzenia:

- „1. Zlecenie płatnicze uznaje się za wprowadzone do systemu SORBNET2 z chwilą zarejestrowania w systemie SORBNET2.
2. Zlecenie płatnicze nie może być odwołane i jest ostateczne od chwili jego wykonania, to znaczy od momentu

obciążenia rachunku w systemie SORBNET2 wskazanego w zleceniu płatniczym”.

Zgodnie z § 18 ust. 1 Zarządzenia:

„1. Rozrachunek międzybankowy w systemie SORBNET2 jest przeprowadzany poprzez jednoczesne obciążenie i uznanie rachunków banków lub rachunków własnych NBP obsługiwanych w tym systemie, zgodnie z treścią zlecenia płatniczego [...]”.

W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, iż Odwołujący skorzystał z systemu SORBNET2 – który jest systemem rozrachunku brutto w czasie rzeczywistym. Zlecenie płatnicze wydane za pośrednictwem tego systemu nie może być odwołane i jest ostateczne od chwili

jego wykonania oraz uznaje się za wprowadzone do systemu SORBNET2 z chwilą zarejestrowania w systemie SORBNET2. Co więcej rozrachunek międzybankowy w tym systemie jest przeprowadzany w szczególny sposób – poprzez jednoczesne obciążenie i uznanie rachunków banków obsługiwanych w tym systemie. Taki mechanizm płatności w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego w sytuacji, gdy Odwołujący przed terminem składania ofert złożył polecenie przelewu w systemie SORBNET2 – ponieważ wraz z obciążeniem rachunku Odwołującego nastąpić musiało jednoczesne uznanie rachunku bankowego banku Zamawiającego, którym co istotne jest NBP, a zatem bank, w którego centrali, zgodnie z § 4 ust. 1 lit. a) Zarządzenia prowadzone są rozrachunki międzybankowe w systemie SORBNET2.

Odwołujący podkreślił, że najpóźniej w momencie złożenia dyspozycji przelewu przez Odwołującego w trybie SORBNET2 przelew ten był nieodwołalny i ostateczny, ponieważ na rachunku bankowym Odwołującego pozostawały środki pieniężne pozwalające na jego wykonanie, co jest okolicznością bezsporną. Co więcej, realizacja transakcji przez bank Odwołującego w dniu 26 kwietnia 2024 r. o godzinie 08:36:18 potwierdza, że od tego czasu środki pieniężne były w wyłącznej dyspozycji NBP, czyli banku, w którego centrali prowadzone są rozrachunki międzybankowe w systemie SORBNET2. W związku z tym, że NBP jest także bankiem Zamawiającego, należy uznać, że kwota wadium pozostawała w dyspozycji banku Zamawiającego, a zatem i samego Zamawiającego, jeszcze przed terminem składania ofert.

W ocenie Odwołującego jest to równoznaczne z „wniesieniem” wadium przed upływem terminu składania ofert w rozumieniu art. 97 ust. 5 PZP oraz z należyтым zabezpieczeniem oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, że przepis ten posługuje się właśnie terminem „wniesienie” wadium – a nie terminem „wpływ” na rachunek lub „zaksięgowanie” na rachunku bankowym Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego „wniesienie” oznacza sytuację, w której Zamawiający ma gwarancję możliwości skorzystania z wadium. Tak właśnie pozostaje w omawianej sytuacji – Zamawiający już w momencie złożenia dyspozycji przelewu przez Odwołującego w systemie SORBNET2 miał taką gwarancję, a od momentu zrealizowania transakcji przez bank Odwołującego (tj. 26 kwietnia 2024 r. godzina 08:36:17) środki pozostawały w wyłącznej dyspozycji jego banku, co skutkowało tym, że bez cienia wątpliwości Zamawiający mógł je wykorzystać w sposób opisany w PZP.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w Rozdziale XXII SWZ pkt. 4 Zamawiający wskazał, że skuteczne wniesienie wadium w formie pieniężnej następuje z chwilą uznania środków pieniężnych na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Należy jednak podkreślić, iż kwestię wymaganego momentu wniesienia wadium reguluje ww. art. 97 ust. 5 PZP – który nie może być modyfikowany postanowieniami SWZ. Zdaniem Odwołującego jest to przepis bezwzględnie obowiązujący – jako dotyczący materii uregulowanej w sposób kompletny przez PZP (wadium) i model ustawowy jest

jedynym, który może być stosowany. Postanowienie SWZ może być traktowane tylko jako wykładnia art. 97 ust. 5 PZP dokonana przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, iż zdaje sobie sprawę z linii orzeczniczej KIO, z której wynika, że wadium w formie pieniężnej, aby zabezpieczało ofertę w sposób właściwy, powinno wpłynąć na rachunek bankowy Zamawiającego przed terminem składania ofert. Podkreślił jednak, iż orzecznictwo to nie uwzględnia opisanych powyżej zasad i mechanizmów systemu SORBNET2 – który zabezpiecza ofertę i interesy Zamawiającego już w momencie zrealizowania polecenia przelewu w ramach tego systemu, a także tego, iż Zamawiający posiada konto w banku, w którego centrali prowadzone są rozrachunki międzybankowe w systemie SORBNET2.

Opis zarzutu nr 2

Kopie zapasowe – zarzut nr 2 lit a.

Odwołujący przytoczył treść pkt. 3.5.47 OPZ który stanowi, że „wymagane jest, aby Środowisko posiadało niezależną od działania pozostałych funkcji, usługę wykonywania kopii zapasowych, która w razie awarii pozwoli na odtworzenie co najmniej części użytkowej oraz wszystkich repozytoriów”. Ponadto w treści pkt. 3.5.14 OPZ Zamawiający wskazał, że „Środowisko musi zapewniać wysoką dostępność z automatyczną kompensacją pojedynczej awarii – „High Availability”. Zagadnienie dotyczące tworzenia kopii zapasowych w produkcie oferowanym przez spółkę Trafforda budziło wątpliwości Zamawiającego, dlatego w dniu 10 czerwca 2024 r. skierował do Trafforda wezwanie do wyjaśnień treści oferty, w którym znalazło się m.in. następujące pytanie: „W jakim zakresie i przy użyciu jakiego rozwiązania w oferowanym przez Państwo Wyrobie jest dostępna usługa kopii zapasowej? Jaki model i scenariusz wykonywania kopii zapasowej jest wspierany przez ww. usługę? Abstrahując od tego, że odpowiedź udzielona przez Trafforda jest wymijająca i niepełna, należy wskazać, że wskazuje ona, że w oferowanym przez Trafforda rozwiązaniu „kopia zapasowa produkcyjnej bazy danych platformy jest tworzona na maszynie wirtualnej znajdującej się poza serwerem Kubernetes. Platforma posiada kontener Docker, który wykonuje kopie zapasowe bazy danych. Jest on konfigurowalny, ale domyślne ustawienie tworzy

kopię zapasową bazy danych codziennie o północy UTC. Kopie zapasowe portalu są tworzone zarówno dla MongoDB, jak i PostgreSQL, oraz są automatycznie kompresowane i archiwizowane. W celu stworzenia pełnych kopii zapasowych wszystkich komponentów rozwiązania na poziomie sprzętowym zaleca się wykorzystanie zewnętrznej macierzy dysków”. Powyższe wskazują, że oferowany produkt co prawda zapewnia kopię zapasową produkcyjnej bazy danych oraz kopię portalu, jednakże rozwiązanie takie nie zapewnia przechowywania repozytoriów, a zatem nie umożliwia ich pełnego odtworzenia zgodnie z pkt. 3.5.47 OPZ. Należy bowiem podkreślić, że bazy danych i repozytoria to dwa różne sposoby przechowywania danych, z których każde oferuje różne opcje przechowywania i zarządzania danymi oraz ma różne funkcje i cele. Bazy

danych przechowują i zarządzają danymi w określonych celach, podczas gdy repozytoria przechowują dane w wielu celach. Na przykład rozwiązanie eCommerce może używać bazy danych do przechowywania informacji o klientach, natomiast repozytorium może przechowywać moduły kodu dla różnych projektów oprogramowania. Z samej istoty tych rozwiązań wynika zatem, że jedno nie może być przechowywane w drugim, a już na pewno repozytorium, które ma szersze zastosowanie nie może być przechowywane w ramach bazy danych. Ponadto, z odpowiedzi Trafforda w ramach pisma z 18 czerwca 2024 r. w sposób jednoznaczny wynika, że stworzenie pełnych kopii zapasowych wszystkich komponentów rozwiązania na poziomie sprzętowym, co jest wymagane zgodnie z OPZ, wymaga wykorzystania zewnętrznej macierzy dyskowej. Macierz taka nie jest jednak objęta ofertą Trafforda, a zgodnie z informacją o infrastrukturze posiadanej przez Zamawiającego (pkt. 2 OPZ), Zamawiający posiada wyłącznie jedną macierz Hitachi VANTARA/VSP/G350 153TB (pkt. 2.2.1.5 OPZ). Z powyższego wynika, że korzystając z rozwiązania oferowanego przez Trafforda, Zamawiający pełne kopie zapasowe będzie musiał zapisywać na swojej jedynej macierzy dyskowej. To z kolei oznacza, że jakkolwiek awaria takiej macierzy spowoduje, że dane zostaną utracone. Takie rozwiązanie jest nie tylko niedopuszczalne z punktu widzenia bezpieczeństwa, ale jest także wprost sprzeczne z pkt. 3.5.14 OPZ, który wymaga dostarczenia takiego rozwiązania, które zapewnia automatyczną kompensację pojedynczej awarii, czyli tzw. High Availability.

BRAK JEDNOLITEGO INTERFEJSU – zarzut nr 2 lit. c.

Odwolujący przytoczył treść pkt. 3.5.54 OPZ zgodnie z którym: „Rozwiązanie musi być wyposażone w jednolity, zintegrowany interfejs do zarządzania poniższymi warstwami Środowiska: a) warstwa serwerów fizycznych; b) warstwa serwerów wirtualnych; c) warstwy tenantów; d) warstwa sieci komunikacyjnej; e) warstwa macierzy dyskowej.

Zamawiający uwzględni możliwość posiadania dedykowanego interfejsu graficznego spełniającego zadania wylistowane w punktach a)-e) o odmiennym wyglądzie od interfejsu szkoleniowego”. Zagadnienie te było objęte przedmiotem pytania nr 19, zawartego we wniosku o udzielenie wyjaśnień z dnia 10 czerwca 2024 r. W odpowiedzi na to pytanie Trafford wskazał, że: „Interfejs administracyjny vCenter umożliwia konfigurację warstwy serwerów wirtualnych. Interfejs graficzny Platformy jest używany do konfiguracji warstwy tenantów, warstwy serwerów wirtualnych i warstwy sieci komunikacyjnej. Pozostałe elementy infrastruktury przewidzianej do wdrożenia Platformy pozostają pod kontrolą Zamawiającego z użyciem interfejsów przewidzianych do tego przez właściwych dostawców”. Analiza powyższej odpowiedzi wprost wskazuje, że oferowane narzędzie posiada co najmniej dwa różne interfejsy tj. interfejs administracyjny oraz interfejs graficzny platformy. Ponadto interfejsy te umożliwiają wyłącznie konfigurację warstw wskazanych w pkt. b) – d) pkt. 3.5.54 OPZ. Całkowicie pominięta jest zatem warstwa serwerów fizycznych (pkt. a) oraz warstwa macierzy

dyskowych (pkt. e). Oznacza to zapewne, że warstwy te są ujęte w „pozostałych elementach infrastruktury”, które kontrolowane są przez kolejne interfejsy, tym razem przewidziane przez właściwych dostawców. Powyższe jest w sposób oczywisty sprzeczne z pkt. 3.5.54 OPZ, który jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający wymaga aby rozwiązanie było wyposażone w jednolity, zintegrowany interfejs. Użyta liczba pojedyncza wprost wskazuje na to, że ma to być jeden interfejs, a nie ma być ich kilka. Co prawda na skutek odpowiedzi na pytania Zamawiający lekko zmodyfikował pkt. 3.5.54 OPZ, jednakże w żaden sposób nie wpływa to na brak zgodności oferowanego rozwiązania z wymogami OPZ. Modyfikacja ta jeszcze dobitniej bowiem wskazuje, że zadania wylistowane w pkt. a) – e) pkt. 3.5.54 OPZ mają być realizowane przez dedykowany interfejs graficzny (znowu liczba pojedyncza), który co prawda może mieć odmienny wygląd od interfejsu szkoleniowego. Odwołujący podkreślił, że słowo „dedykowany” również nie jest przypadkowe. Słowo to, w szczególności w branży IT stanowi niejako synonim zwrotu „przeznaczony do”. Oznacza to, iż intencją Zamawiającego było aby dostarczony produkt posiadał taki interfejs graficzny (jeden, a nie kilka!), który będzie przeznaczony do zarządzania wszystkimi warstwami opisanymi w pkt. 3.5.54 OPZ. Nie sposób uznać, iż wymóg ten spełnia produkt, który nie dość, że sam w sobie ma dwa różne interfejsy (tj. interfejs administracyjny oraz interfejs platformy), to jeszcze nie obsługują one wszystkich warstw wskazanych w OPZ. Oznacza to, że do zarządzania tymi warstwami Zamawiający będzie musiał zastosować więcej niż dwa interfejsy, z których część będzie interfejsami dostarczonymi przez zewnętrznych dostawców.

MODUŁ GENEROWANIA RUCHU – zarzut nr 2 lit. d.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z pkt. 3.5.44 OPZ „Moduł generowania ruchu będzie wspierać możliwość tworzenia i integracji z poszczególnymi scenariuszami automatycznych akcji wyzwalanych o zadanym czasie, na żądanie uczestnika, lidera lub trenera, w reakcji na wcześniej zdefiniowane zdarzenie w systemie /scenariuszu /tenancie, a także niezależnie w każdym tenancie z osobna lub jednocześnie dla wybranej grupy tenantów”. Powyższe oznacza, że intencją Zamawiającego było aby moduł generowania ruchu mógł obsłużyć automatyczne akcje wyzwalane: a) o zadanym czasie; b) na żądanie uczestnika, lidera lub trenera; c) w reakcji na wcześniej zdefiniowane zdarzenie w systemie/scenariuszu/tenancie; i to wszystko niezależnie w każdym tenancie z osobna lub jednocześnie dla wybranej grupy tenantów.

W odpowiedzi na pytanie nr 7 z wniosku o wyjaśnienie treści oferty z dnia 10 czerwca 2024 r. Trafford wskazał, że „Platforma zapewnia możliwość dostosowania modułu generowania ruchu, który nazywamy Emulacją użytkownika (User Emulation). Emulację użytkownika można włączyć ręcznie w określonym zakresie. Działania mogą być wykonywane niezależnie w jednym tenancie lub dla wybranej grupy tenantów”. Z powyższego wynika, że w oferowanym produkcie moduł generowania ruchu, nazywany „emulacją

użytkownika” włączany jest ręcznie. Ręczne włączenie takiego modułu nie spełnia natomiast co najmniej dwóch ze wskazanych powyżej wymogów Zamawiającego, tj. automatycznego wyzwolenia o zadanym czasie czy też w reakcji na wcześniej zdefiniowane zdarzenie. Należy zatem uznać, iż oferowany produkt nie spełnia wymagań opisanych w pkt. 3.5.44 OPZ.

Podsumowując, Odwołujący wskazuje, że opisane powyżej braki rozwiązania oferowanego przez Trafford nie będą mogły być uzupełnione na etapie realizacji zamówienia. Powyższe wynika wprost z formularza ofertowego, w którym Trafford wskazał, że oferuje produkt firmy SIMSPACE o numerze SKU SS-PERS-ENTER-SW. Numer ten oznacza, że Trafford zaoferował ściśle określony produkt, który zawiera takie funkcjonalności jakie wskazano w treści oferty oraz w treści wyjaśnień – które stanowią część oferty.

Nadto, Odwołujący wskazał, iż Trafford nie jest producentem przedmiotowego rozwiązania. Producentem tym jest bowiem SIMSPACE. Należy zatem przyjąć, że jakiegokolwiek modyfikacje oprogramowania byłyby wykonywane przez jego producenta tj. SIMSPACE, a nie resellera, którym jest Trafford. Tymczasem zgodnie z treścią formularza ofertowego Trafford zamierza zrealizować przedmiot zamówienia samodzielnie, bez udziału jakiegokolwiek podwykonawcy.

KWESTIA NIEPEŁNYCH WYJAŚNIENI – zarzut nr 2 lit. h

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w ramach pisma z dnia 23 maja 2024 r. zwrócił się z prośbą o jednoznaczne potwierdzenie, że zaoferowane przez Trafford oprogramowanie Simspace SKU SS-PERS-ENTER-SW spełnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia parametry i funkcjonalności. Zamawiającemu nie została udzielona jakakolwiek odpowiedź na to pismo.

Opis zarzutu 3

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 20 ust. 2 PZP postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Ponadto zgodnie z treścią § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Co prawda art. 20 ust. 3 PZP wskazuje, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może dopuścić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacji, oferty, oświadczeń lub innych dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane, jednakże taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe wprost wynika z odpowiedzi Zamawiającego na wniosek nr 1 z dnia

12 marca 2024 r., w którym wprost pytano czy m.in. opis techniczny platformy może być dostarczony w języku angielskim. Zamawiający w odpowiedzi na ten wniosek wprost odwołał się do wskazanych powyżej przepisów i wyraźnie zaznaczył, że wszystkie dokumenty powinny być złożone w języku polskim lub z tłumaczeniem na język polski.

W dniu 10 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał Trafford do wyjaśnień treści oferty. W ramach tego wezwania Zamawiający zadał 20 pytań technicznych zobowiązując Trafforda do udzielenia „wyczerpujących wyjaśnień”. W dniu 18 czerwca 2024 r. Trafford przesłał swoje wyjaśnienia, załączając do nich dokument pod nazwą „SimSpace Appliance On-Prem Install & Setup”, który w całości sporządzony jest w języku angielskim. Ponadto, w treści pisma z wyjaśnieniami zamieszczony został cały szereg zrzutów ekranu, które obejmowały swoim zakresem zarówno wskazany powyżej dokument jak i zapewne samą platformę. Każdy z tych zrzutów ekranów zawiera wyłącznie informacje w języku angielskim.

Odwołujący podniósł, że analiza pisma Trafforda z dnia 18 czerwca 2024 r. wprost wskazuje, że bez uwzględnienia załączonego dokumentu „SimSpace Appliance On-Prem Install & Setup” oraz zrzutów ekranu, wyjaśnienia są niepełne i nie potwierdzają, że oferowane rozwiązanie jest zgodne z OPZ. Co więcej, w wielu miejscach wprost wskazują, że rozwiązanie to jest niezgodne z OPZ, co szerzej zostało wyjaśnione w pkt. VI.2 Odwołania. Niemniej jednak, Odwołujący wskazuje, że oceniając ofertę Trafforda oraz udzielone przez Trafford wyjaśnienia Zamawiający wziął pod uwagę dokumenty sporządzone w języku angielskim, które nie zostały przetłumaczone, a zatem naruszył art. 20 ust. 2 PZP w zw. z 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien tymczasem ocenić wyjaśnienia Trafford bez uwzględniania ww. dokumentu oraz zrzutów ekranu, a takie niepełne wyjaśnienia nie mogą potwierdzić, że oferowane oprogramowanie spełnia wymogi OPZ, w szczególności mając na uwadze, iż Zamawiającemu nie została udzielona żadna odpowiedź na prośbę o jednoznaczne potwierdzenie, że zaoferowane przez Trafford oprogramowanie Simspace SKU SS-PERS-ENTER-SW spełnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia parametry i funkcjonalności. W takiej sytuacji Zamawiający winien odrzucić ofertę Trafford jako niezgodną z warunkami zamówienia.

W złożonym piśmie z dnia 11 września 2024 r. stanowiącym odpowiedź na odwołania, Zamawiający wniósł o wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Ad. zarzut w pkt 1

W ocenie Zamawiającego czynność stanowiąca polecenie wykonania przelewu nie może być utożsamiana z pojęciem wniesienia wadium w pieniądzu. W przypadku wadium wnoszonego w formie przelewu istotny jest moment zaksięgowania środków na rachunku bankowym Zamawiającego.

W realiach tej sprawy Zamawiający weryfikując stan konta nie potwierdził na moment składania ofert zaksięgowania środków na rachunku bankowym Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązują zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażone w art. 16 ustawy Pzp. Te z kolei wyrażają nakaz powstrzymywania się od nieuzasadnionego obiektywnymi względami preferowania czy to bezpośrednio, czy pośrednio poszczególnych Wykonawców w postępowaniu. Jeśli w dokumentach zamówienia określono w sposób jednoznaczny wymagania w zakresie odnoszącym się do kwestii wnoszenia, przedłużania i zwrotu wadium, to zasady te obowiązują wszystkich ubiegających się o zamówienie Wykonawców.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 sierpnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 81/22 oraz uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO/KD 8/19.

Ad. zarzut w pkt 2 lit. a.

Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi firma Trafford zaleca wykorzystanie zewnętrznej macierzy (niezależnej od sprzętu posiadanego przez Zamawiającego) ze względu na wielkość zasobów jakie są dostarczane wraz z Wyrobem (m.in. szablony maszyn wirtualnych i złożonych z nich sieci). W treści złożonej oferty zarówno CDeX jak i Trafford dostarczają pełne rozwiązanie, które nie wskazuje bezpośrednio na brak dostarczenia sprzętu do przechowywania kopii zapasowych. Zamawiający oczekuje realizacji kompletnego Wyrobu zgodnie z OPZ. Spełniony jest zatem zapis dotyczący braku pojedynczego punktu awarii.

Odnosząc się do zarzutu stanowiącego, iż rozwiązanie nie zapewnia przechowywania repozytorium – firma oświadczyła, że rozwiązanie wspiera przechowywanie repozytoriów. Na pytanie Zamawiającego dotyczące możliwości modyfikacji konfiguracji infrastruktury w tenancie firma oświadczyła (odpowiedź z dnia 18.06), że w Wyrobie zaimplementowana jest kontrola wersji, która odnosi się m.in. do szablonów wirtualnych środowisk. W odpowiedzi firmy, Trafford zaprezentował wdrożone testowe repozytorium zawierające m.in. architekturę sieci oraz szablony maszyn wirtualnych co również zostało zweryfikowane podczas Wstępnych konsultacji rynkowych.

lit. c.

Zamawiający wskazał, że w pytaniach kierowanych do Oferentów została uwzględniona możliwość wykorzystania różnych interfejsów do kontroli różnych warstw środowiska z czego skorzystała zarówno firma Trafford jak i CDeX przedstawiając odpowiedzi do pytania Zamawiającego. Zamawiający zaakceptował rozwiązania oferujące wiele interfejsów.

W dokumencie zawierającym szczegółową treść pytań do Oferentów w pytaniu nr 15 (wniosek z dnia 10 czerwca 2024 r.) ujęta jest możliwość zastosowania wielu interfejsów do zarządzania różnymi warstwami Środowiska. lit. d.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w odpowiedzi firmy otrzymanej w dniu 18.06.2024 r., Trafford przedstawił interfejs zarządzania modulem generowania ruchu jednoznacznie wskazując na to, że emulacja użytkownika jest wykonywana automatycznie w zdefiniowanym okresie. Zakres działania emulacji obejmuje m.in. generowanie ruchu zbliżonego do występującego w przedsiębiorstwie oraz wykorzystanie tzw. „Person”, które przejawiają różne symulowane osobowości, ale oferują również możliwość ręcznego dostosowania

wykonywanych czynności. Symulowany ruch można dodatkowo ręcznie zatrzymać,

a następnie wznowić co również zostało przetestowane podczas Wstępnych konsultacjach rynkowych. lit. h.

Zamawiający wskazał, że zaakceptował wyjaśnienia firm bazując na oświadczeniach z dnia 18.06.2024 r., odniesienie się w tym momencie do poprzednich zarzutów jest

nieuzasadnione. Wszystkie firmy oferują rozwiązanie ze wsparciem i pełną funkcjonalnością przewidzianą w OPZ w tym również dostarczenie rozwiązania do przechowywania kopii zapasowych. Trafford zaoferował produkt, który na chwilę składania oferty był aktualną i stabilną wersją. Zamawiający przewiduje, że w momencie wdrażania produktu będzie on zaktualizowany do najnowszej wersji. Zgodnie z cyklem życia oprogramowania (SDLC) produkty wymagają ciągłego utrzymania w tym aktualizacji, dlatego ingerencja producenta i zmiany w produkcji są wręcz pożądane.

Ad. zarzut w pkt 3

Zamawiający zwrócił uwagę, że w dniu 10 czerwca 2024 r. wezwał Trafford wyłącznie do wyjaśnienia treści złożonej oferty. W dniu 18 czerwca 2024 r. Trafford przekazał swoje wyjaśnienia, które zostały sporządzone w języku polskim. Zamawiający podkreślił, że nie wzywał Trafford do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Zamawiającego skoro wyjaśnienia treści oferty przedłożone przez Wykonawcę Trafford nie zostały sporządzone w języku obcym, uznać należy, że w realiach niniejszej sprawy nie doszło do naruszenia przywoływanych w zarzucie przepisów.

Izba pominęła argumentację Odwołującego i Zamawiającego w zakresie zarzutu oznaczonego jak: nr 2) lit. b., e., f., g., oraz nr 4) w petitum odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na cofnięcie zarzutów przez Odwołującego.

Wykonawca CybExer Technologies OÜ z siedzibą w Tallinnie, Estonia (dalej: CybExer) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wykonawca TRAFFORD IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie (dalej: „TRAFFORD”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 19 września 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego pod stronie Zamawiającego. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

KIO 3207/24

W postępowaniu tym wykonawca CybExer Technologies OÜ z siedzibą w Tallinnie, Estonia (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 września 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) nieuprawnionego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu przez TRAFFORD IT Sp. z o.o. Sp. k. (dalej odpowiednio jako „Trafford”);
- 3) bezpodstawnego wyboru oferty Trafford w sytuacji, gdy oferta ta podlegała odrzuceniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
 - 1) art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy wobec CybExer nie zachodzi podstawa odrzucenia oferty, jako że wraz z ofertą została złożona gwarancja bankowa, która skutecznie i w pełni zabezpiecza interes Zamawiającego;
 - 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trafford w sytuacji, gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), tj. ze względu na fakt, że:
 - o w oferowanym oprogramowaniu brak jest możliwości wykonywania oraz przywracania zapisów stanów scenariusza oraz pojedynczych maszyn w ramach tenantów lub całych tenantów w każdym etapie trwania ćwiczenia z uwzględnieniem uprawnień użytkowników, a więc oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań opisanych w pkt. 3.5.12 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”).
 - o w oferowanym Środowisku brak jest niezależnej od działania pozostałych funkcji, usługi wykonywania kopii zapasowych, która w razie awarii pozwoli na odtworzenie co najmniej części użytkowej oraz wszystkich repozytoriów, a więc oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań opisanych w pkt. 3.5.47 OPZ.
 - 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trafford w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a jednocześnie nie zachodzą podstawy do wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;

Jedynie z daleko posuniętej ostrożności – na wypadek uznania, że odrzucenie oferty Trafford na obecny etap jest przedwczesne – składam również zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania, tj. zaniechanie wezwania Trafford do uzupełnienia dokumentów umożliwiających wykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w pkt V.1.4) SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Trafford;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

4. odrzucenia oferty Trafford oraz wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, która jako jedyna nie podlega odrzuceniu spośród ofert złożonych w Postępowaniu.

Ponadto wnioś o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.: Niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że jest przedsiębiorcą spoza Polski, który funkcjonuje w innym otoczeniu biznesowym. W szczególności inaczej kształtuje się jego działalność w systemie bankowym.

Różnica ta ujawnia się m.in. w odniesieniu do skuteczności gwarancji bankowych. W polskim obrocie gospodarczym – a w konsekwencji w orzecznictwie KIO – rzeczywiście przyjmuje się, że wadium wnoszone w postaci gwarancji bankowej wymaga, aby gwarancja taka była złożona w formie elektronicznej, a więc aby była opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Należy zaznaczyć, że o ile wpływają na to przepisy prawa bankowego oraz Kodeksu cywilnego, to jednak przepisy prawa zamówień publicznych mają

w tym zakresie znaczenie wtórne a nie decydujące. Mianowicie art. 97 ust. 10 PZP stanowi jedynie, że „jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia (...) wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej”.

Podkreślonej w cytowanym przepisie „postaci elektronicznej” absolutnie nie należy mylić z pojęciem formy elektronicznej. Pojęcia te nie są zdefiniowane w PZP, jednakże ich znaczenie można zrekonstruować na podstawie art. 78¹ § 1 Kodeksu cywilnego, który w analizowanej sprawie ma decydujące znaczenie, ze względu na art. 8 ust. 1 PZP. Przywołana regulacja kodeksowa wyraźnie odróżnia oba pojęcia stanowiąc: „do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Tym samym upraszczając można stwierdzić, że forma elektroniczna, to takie oświadczenie złożone w postaci elektronicznej, które jest opatrzone podpisem elektronicznym. Brak podpisu zatem oznacza, że mamy do czynienia z dokumentem, który nie jest sporządzony w formie elektronicznej, ale wciąż jest dokumentem w postaci elektronicznej. Jest więc dokładnie takim dokumentem, jakiego wymaga polski ustawodawca w odniesieniu do gwarancji wadialnej.

Zdaniem Odwołującego można założyć, że polski ustawodawca celowo odwołał się właśnie do pojęcia „postać elektroniczna”, gdyż jest świadomy, że wiele spraw z zakresu prawa zamówień publicznych ma charakter transgraniczny. Zarazem zgodnie z unijnym prawem zamówień publicznych każdy prawodawca krajowy zobowiązany jest kształtować przepisy krajowe w taki sposób, aby respektować zasadę wyrażoną w pierwszych motywach unijnych dyrektyw: „udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania (...)”.

Znaczenie i zasadność tych zasad ujawnia się w niniejszym postępowaniu, gdzie Odwołujący jest przedsiębiorcą z Estonii, który na podstawie wieloletniej praktyki działał w przekonaniu, że złożony przez niego skan gwarancji wadialnej stanowi oryginał gwarancji w postaci elektronicznej, a więc spełnia wymogi określone w art. 97 ust. 10 PZP. Estoński wystawca gwarancji oświadczył – zgodnie z wcześniejszą praktyką relacji z Odwołującym – że „w przypadku, gdy Beneficjent zwróci się do Gwaranta o wywiązanie się z obowiązku wypłaty gwarancji na podstawie dokumentu Gwarancji Przetargowej przedstawionego mu przez Wnioskodawcę, Gwarant uzna swoje zobowiązanie i, pod warunkiem że spełnione są warunki określone w Gwarancji Przetargowej, wypłaci kwotę w tym dokumencie określoną”.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał następujące wnioski:

- a) to polskie przepisy prawa bankowego i cywilnego determinują, że w celu spełnienia wymogów określonych w art. 97 ust. 10 PZP konieczne jest złożenie oświadczenia gwaranta opatrzonego podpisem elektronicznym, gdyż tylko taki dokument stanowi oryginał gwarancji, umożliwiający skuteczne zabezpieczenie interesu zamawiającego;
- b) stawianie takiego wymogu wobec CybExer byłoby przejawem nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawcy zagranicznego i nieuznawania właściwego dlań reżimu prawnego, skoro takie wymogi nie obowiązują przedsiębiorcy z Estonii, co udowodnił gwarant jednoznacznie potwierdzając swoje zobowiązanie gwarancyjne wobec beneficjenta (Zamawiającego), a czemu Zamawiający nie zaprzeczył, gdyż w ogóle nie odniósł się do stanowiska Odwołującego;
- c) skoro Odwołujący przedstawił gwarancję bankową (oświadczenie gwaranta) w postaci elektronicznej, a gwarant jednoznacznie potwierdza swoje zobowiązanie względem Zamawiającego, to jest oczywiste, że spełnione są zarówno wymogi formalne wynikające z art. 97 ust. 10 PZP, jak również w pełni zrealizowana jest naczelną funkcja wadium – zabezpieczenie interesu Zamawiającego.

Niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Trafford ze względu na niezgodność oferty tego wykonawcy z SWZ

Odwołujący wskazał, że w pkt. 3.5.12. OPZ Zamawiający określił, iż dla oprogramowania w zakresie scenariuszy, „Wymagana jest możliwość wykonywania oraz przywracania zapisów stanów scenariusza oraz pojedynczych maszyn w ramach tenantów lub całych tenantów w każdym etapie trwania ćwiczenia z uwzględnieniem uprawnień użytkowników”.

Wnioskiem z dnia 10.06.2024 r. Zamawiający zwrócił się do Trafford m.in. o wskazanie W jakim zakresie Wyrób pozwala zarządzać poprzez interfejs graficzny przebiegiem ćwiczenia lub szkolenia? Czy jest możliwość w razie potrzeby przywrócić działanie modułów generujących ruch (zwykły i szkodliwy) do ustalonego punktu w czasie? (Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z dnia 10.06.2024 r., pytanie nr 16 – w aktach Postępowania). Zamawiający oczekiwał zatem potwierdzenia, że oferowane przez Trafford oprogramowanie umożliwi przywrócenie działania modułów generujących ruch do ustalonego punktu w czasie. W odpowiedzi z dnia 18.06.2024 r. Trafford wskazał, że „Zarządzanie ćwiczeniami odbywa się całkowicie przez graficzny interfejs użytkownika. Zarówno zwykły ruch sieciowy symulowanego środowiska, jak i szkodliwe działania strony atakującej, mogą być zaplanowane, cofnięte do punktu początkowego i uruchomione ponownie”.

Odwołujący wskazał, że z wyjaśnień udzielonych przez Trafford wynika zatem, że co prawda oferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie umożliwi cofnięcie ruchów, niemniej jedynie do punktu początkowego, co jednocześnie wiąże się z koniecznością ponownego uruchomienia. Proponowane przez Trafford rozwiązanie nie umożliwi zatem

cofnięcia się do jakiegokolwiek ustalonego punktu w czasie, a konieczność ponownego uruchomienia stanowi w konsekwencji restart scenariusza lub pojedynczych maszyn. W tym kontekście należy zatem rozróżnić możliwość dokonania zapisu i przywrócenia działania do ustalonego punktu w czasie, a więc wymagania opisanego w pkt. 3.5.12. OPZ od cofnięcia do punktu początkowego i uruchomienia ponownego, czyli rozwiązania proponowanego przez Trafford.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 3.5.47. OPZ, „Wymagane jest, aby Środowisko posiadało niezależną od działania pozostałych funkcji, usługę wykonywania kopii zapasowych, która w razie awarii pozwoli na odtworzenie co najmniej części użytkowej oraz wszystkich repozytoriów”. W związku ze zidentyfikowanymi wątpliwościami, Zamawiający pismem z dnia 10.06.2024 r. zwrócił się do Trafford z wnioskiem o wyjaśnienie W jakim zakresie i przy użyciu jakiego rozwiązania w oferowanym przez Państwo Wyrobie jest dostępna usługa kopii zapasowej? Jaki model i scenariusz wykonywania kopii zapasowej jest wspierany przez ww. usługę? (Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z dnia 10.06.2024 r., pytanie nr 20 – w aktach Postępowania).

W odpowiedzi, Trafford wskazał, iż „Kopia zapasowa produkcyjnej bazy danych platformy jest tworzona na maszynie wirtualnej znajdującej się poza serwerem Kubernetes. Platforma posiada kontener Docker, który wykonuje kopie zapasowe bazy danych. Jest on konfigurowalny, ale domyślne ustawienie tworzy kopię zapasową bazy danych codziennie o północy UTC. Kopie zapasowe portalu są tworzone zarówno dla MongoDB, jak i PostgreSQL, oraz są automatycznie kompresowane i archiwizowane. W celu stworzenia pełnych kopii zapasowych wszystkich komponentów rozwiązania na poziomie sprzętowym zaleca się wykorzystanie zewnętrznej macierzy dysków.”

Rozwiązanie oferowane przez Trafford umożliwia zatem tworzenie kopii zapasowych baz danych, niemniej, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt. 3.5.47. OPZ, oferowane oprogramowanie posiadać musi usługę wykonywania kopii zapasowych umożliwiającą odtworzenie m.in. wszystkich repozytoriów. Udzielone wyjaśnienia nie potwierdzają jednak takiej możliwości w sposób, który eliminowałby wątpliwości Zamawiającego.

Niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Trafford ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), w celu wykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zobowiązani byli wykazać się referencyjnym doświadczeniem obejmującym „co najmniej jedną (1) dostawę oprogramowania wraz ze szkoleniem, osadzeniem na platformie sprzętowej i wsparciem technicznym o wartości nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł brutto każda, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty

wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy te były wykonywane oraz załączyć dowody potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Dodatkowo udzielając odpowiedzi na Wniosek nr 4 z dnia 20 marca 2024 r. zamawiający doprecyzował, że „dopuszcza możliwość wykazania przez Wykonawcę wartości netto pod warunkiem określenia rzeczywiście doliczonej kwoty podatku VAT, która umożliwi Zamawiającemu ocenę warunku udziału w postępowaniu”.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Trafford złożył nie jedną, lecz dwie referencje: wystawioną przez Departament Infrastruktury i Bezpieczeństwa Agro Aplikacje Sp. z o.o. (dalej jako „Referencja 1”) a także przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie działającego w imieniu Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny w Krakowie (dalej jako „Referencja 2”). Zdaniem Odwołującego żadna z tych referencji nie potwierdza jednak, jakoby Trafford posiadał wymagane doświadczenie. Mianowicie:

- a) Referencja 1 została wystawiona przez Departament Infrastruktury i Bezpieczeństwa Agro Aplikacje Sp. z o.o., chociaż – jak wynika z samej treści Referencji 1 – rzekomo relewantne doświadczenie było zdobywane w ramach umowy zawartej przez Trafford z Agencją Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie. Jednocześnie z udostępnionej Wykonawcy dokumentacji nie wynika, jakoby Trafford podjął jakąkolwiek próbę wyjaśnienia, dlaczego wystawcą referencji nie jest podmiot, na rzecz którego wykonywano referencyjne zadanie.

b) Ponadto, Referencja 1 potwierdza jedynie, że wartość zrealizowanych świadczeń wynosiła 2 997 000,00 zł netto. Jak już wspomniano powyżej, posłużenie się taką referencją byłoby dopuszczalne wyłącznie w przypadku, gdyby Trafford „określił rzeczywiście doliczoną kwotę podatku VAT, która umożliwi Zamawiającemu ocenę warunku udziału w postępowaniu”, co było jednoznacznym wymaganiem SWZ. Tymczasem Trafford ograniczył się jedynie do lakonicznej informacji zawartej w wykazie dostaw o treści „powyżej 3 500 000,00 zł”. Tym samym w świetle jednoznacznego brzmienia postanowień SWZ Referencja 1 nie potwierdza spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Z udostępnionych Wykonawcy dokumentów nie wynika również, aby Zamawiający wyjaśniał tę kwestię.

c) Natomiast odnośnie do Referencji 2 należy podkreślić, że w żadnym jej miejscu nie potwierdza ona, jakoby Trafford zdobył doświadczenie w zakresie prowadzenia szkoleń. Wystawca referencji potwierdził jedynie, że „usługi dostarczenia i wdrożenia Systemu zrealizowane zostały z należytą starannością (...)”, nie wspominając o jakichkolwiek usługach szkoleniowych. W referencji wymieniono jedynie enigmatyczne pojęcie „transfer wiedzy”, które jednak nie może być utożsamiane z usługami szkoleniowymi. Nadto, Odwołujący podkreślił, że analiza wykazanej w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego

przedmiotu działalności nie potwierdza, aby – choć w tym formalnym aspekcie – Trafford prowadził działalność polegającą na prowadzeniu specjalistycznych szkoleń.

Odwołujący zwrócił uwagę, że teoretycznie Zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Jednakże zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1 PZP czyni to tylko w sytuacji, gdy oferta nie podlega odrzuceniu również z innych przyczyn niż samo niewykazanie spełniania warunków udziału. Tymczasem jak wykazano, oferta Trafford podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, a więc nie ma podstaw do uzupełnienia dokumentu. Dlatego Odwołujący jedynie z daleko posuniętej ostrożności, w charakterze zarzutu ewentualnego, wskazał na zaniechanie zastosowania art. 128 ust. 1 PZP – gdyby bowiem uznano, że wprawdzie oferta Trafford nie jest niezgodna z wymaganiami SWZ (choć dla takiego wniosku nie ma podstaw), to nie ulega wątpliwości, że Zamawiający powinien co najmniej wezwać Trafford do złożenia dokumentów które potwierdzą spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Dokumenty złożone dotychczas są niekompletne i oczywiście nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

W złożonym piśmie z dnia 11 września 2024 r. stanowiącym odpowiedź na odwołania, Zamawiający wniósł o wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Ad. zarzut w pkt 1

Zamawiający wskazał, że art. 97 ust. 10 ustawy Pzp wskazuje na obowiązek złożenia oryginału gwarancji lub poręczenia, co za tym idzie nie istnieje potrzeba sięgania po wykładnię celowościową tego przepisu. Niezłożenie oryginału dokumentu gwarancji podlega kwalifikacji jako wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, co stanowi podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Wykonawca CybExer Technologies OÜ złożył wraz z ofertą cyfrowe odwzorowanie gwarancji bankowej w postaci papierowej.

Ad. zarzut w pkt 2

Odnosząc się do zarzutu o treści: w oferowanym oprogramowaniu brak jest możliwości wykonywania oraz przywracania zapisów stanów scenariusza oraz pojedynczych maszyn w ramach tenantów lub całych tenantów w każdym etapie trwania ćwiczenia z uwzględnieniem uprawnień użytkowników, a więc oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań opisanych w pkt 3.5.12 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”), w tym do twierdzeń odnoszących się do wyżej wskazanego zarzutu prezentowanych przez Odwołującego w uzasadnieniu Zamawiający podniósł, co następuje.

W odpowiedzi otrzymanej dnia 18.06.2024 r. firma Trafford oświadczyła, że jest możliwość ręcznej konfiguracji symulowanego ruchu oraz jego uruchamianie o ustalonym czasie. Funkcjonalność została przetestowana w czasie Wstępnych konsultacji rynkowych.

Biorąc pod uwagę możliwość zatrzymania emulowanego ruchu oraz jego wznowienia w dowolnym momencie zarzut należy uznać za bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu o treści: w oferowanym Środowisku brak jest niezależnej od działania pozostałych funkcji, usługi wykonywania kopii zapasowych, która w razie awarii pozwoli na odtworzenie co najmniej części użytkowej oraz wszystkich repozytoriów, a więc oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań opisanych w pkt 3.5.47 OPZ, w tym do twierdzeń odnoszących się do wyżej wskazanego zarzutu prezentowanych przez Odwołującego w uzasadnieniu Zamawiający podniósł, co następuje:

Trafford w odpowiedzi otrzymanej w dniu 18.06.2024 r. wskazał, że zaleca wykorzystanie zewnętrznej macierzy (niezależnej od sprzętu posiadanego przez Zamawiającego) ze względu na wielkość zasobów jakie są dostarczane wraz z Wyrobem (m.in. szablony maszyn wirtualnych i złożonych z nich sieci). W treści złożonej oferty firmy dostarczają pełne rozwiązanie, które nie wskazuje bezpośrednio na brak dostarczenia sprzętu do przechowywania kopii zapasowych. Zamawiający oczekuje realizacji kompletnego Wyrobu zgodnie z OPZ. Firma ponadto oświadczyła, że rozwiązanie wspiera przechowywanie repozytoriów. Na pytanie Zamawiającego dotyczące możliwości modyfikacji konfiguracji infrastruktury w tenancie firma odpowiedziała (odpowiedź z dnia 18.06.2024 r.), że w Wyrobie

zaimplementowana jest kontrola wersji, która odnosi się m.in. do szablonów wirtualnych środowisk. W odpowiedzi firmy, Trafford zaprezentował wdrożone testowe repozytorium zawierające m.in. architekturę sieci oraz szablony maszyn wirtualnych, co również zostało zweryfikowane podczas Wstępnych konsultacjach rynkowych.

Ad. zarzut w pkt 3

Zamawiający przytoczył treść pkt 1 ppkt 4 Rozdział V SWZ który stanowi, że: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną (1) dostawę oprogramowania wraz ze szkoleniem, osadzeniem na platformie sprzętowej i wsparciem technicznym o wartości nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł brutto każda, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy te były wykonywane oraz załączy dowody potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.), Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, może,

w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu dostaw żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Mając na uwadze przytoczony powyżej przepis prawa Zamawiający wskazał, że potwierdzeniem spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu jest Wykaz dostaw. Natomiast referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych.

Powyższe potwierdza również treść Załącznika nr 8 do SWZ Wykaz dostaw, gdzie wprost wskazano: „Uwaga: Do wykazu dostaw Wykonawca musi dołączyć referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz, którego dostawy były realizowane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”

Zamawiający wskazał, że wykonawca Trafford w przedłożonym Wykazie dostaw wskazał zarówno wartość dostawy oraz przedmiot realizacji dostawy. Wskazując przedmiot realizacji dostawy zarówno w poz. 1. jak i poz. 2 Wykonawca Trafford oświadczył, że przedmiot realizacji dostawy obejmował dostawę oprogramowania wraz ze szkoleniem, osadzeniem na platformie sprzętowej i wsparciem technicznym.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie wskazał, ani też nie wykazał, aby informacje zawarte w Wykazie dostaw zostały podane w sposób niezgodny ze stanem rzeczywistym.

Zamawiający podkreślił, że referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia, a wykonawcy nie mają wpływu na ich treść, gdyż te wystawiane są przez podmiot od nich niezależny.

Wykonawca CDEX PROSTA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, "ALMA" SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu (dalej: „CDEX”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wykonawca TRAFFORD IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie (dalej: „TRAFFORD”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 19 września 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego pod stronie Zamawiającego. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania oraz w pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zwraca uwagę, że interes w uzyskaniu zamówienia materializuje się zarówno w sytuacji, gdy wykonawca może uzyskać zamówienie w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, jak i może być upatrywany we wszczęciu nowego postępowania o udzielenie tego zamówienia. Zwrócić należy również uwagę, że art. 505 ust. 1 ustawy Pzp referuje do interesu w uzyskaniu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 7 pkt 32 ustawy Pzp przez zamówienia należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Skład orzekający podziela podgląd, który sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot,

przyjmując, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny.

Zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie podnosi się, że wykonawca nie traci interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli w wyniku wniesionego przez niego odwołania miałyby dojść do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skład orzekający podziela zawartą w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017r. w sprawie C-131/16 ocenę prawną dotyczącą ww. kwestii i przyjmuje ją za własną.

KIO 3164/24

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez: 1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: zaświadczenie Banku na fakt: realizacji przelewu zleconego przez Odwołującego

2. Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj. potwierdzenia wpływu kwoty wadium na fakt: wniesienia wadium po terminie składania ofert
3. Uczestnika CybExer na posiedzeniu z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, tj. wydruku korespondencji z centrum pomocy Banku City Handlowy na fakt: że środki pieniężne zlecone przez SORBNET mogą znaleźć się na koncie odbiorcy w czasie do jednej godziny.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów niestanowiących części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. wydruk strony jako zbędne z uwagi na cofnięcie zarzutu w zakresie oceny wychwyconych zdarzeń. Jak również złożonego na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania, tj. tłumaczenie załącznika do wyjaśnień uczestnika TRAFFORD uznając je jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.
2. Zamawiającego na posiedzeniu z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, tj. notatki z konsultacji rynkowych uznając je jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba postanowiła pominąć twierdzenia Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3164/24 dotyczące konieczności ustalenia terminu waluty. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Podkreślić należy, że wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Podkreślić

należy, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone po wniesieniu odwołania stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

Izba postanowiła pominąć dokumenty złożone w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski, przez uczestnika TRAFFORD wraz z wyjaśnieniami z dnia 18 czerwca 2024r.

KIO 3207/24

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Uczestnika TRAFFORD na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania, tj. oświadczenie ARiMR na fakt: że referencje w zakresie projektu referencyjnego nr 1 zostały wystawione przez właściwy podmiot.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów niestanowiących części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Zamawiającego na posiedzeniu z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, tj. notatki z konsultacji rynkowych uznając dowód jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa oprogramowania do prowadzenia ćwiczeń, warsztatów i szkoleń.

W przedmiotowej sprawie stan faktyczny, zapisy specyfikacji warunków zamówienia oraz załączników, treść pytań i odpowiedzi, treść wyjaśnień jak również treść wykazu dostaw i referencji uczestnika TRAFFORD, nie był sporny pomiędzy Stronami oraz Uczestnikami postępowania i zostały przytoczone w odwołaniach oraz odpowiedziach na odwołania, jak również w pismach procesowych. Izba ustaliła, że ich treść odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należało uznać ich powtarzanie.

Zarzuty w przedmiotowych sprawach dotyczyły prawidłowości wniesienia wadium oraz interpretacji wymagań Zamawiającego i zgodności oferty uczestnika TRAFFORD z warunkami zamówienia jak również spełniania przez TRAFFORD warunków udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

KIO 3164/24

Art. 520 ustawy Pzp stanowi, że: w ust 1 – odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 – cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako nr: 2) lit. b, e, f i g oraz 4) w petitum odwołania wobec ich cofnięcia przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2 lit. c oraz 3 w petitum odwołania.

Zarzut nr 2 lit. c - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Tytułem wstępu, w doktrynie i judykaturze sformułowana została reguła określająca następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). Podkreślić należy, że można odchodzić od wykładni językowej na rzecz innych wykładni, bowiem powodowałoby to, że oświadczenia byłyby odczytywane wbrew nadanemu im brzmieniu, powodując brak zaufania niezbędnego w obrocie gospodarczym.

Twierdzenia Zamawiającego oraz uczestnika TRAFFORD nie zasługiwały na aprobatę. Zdaniem Izby z treści pkt 3.5.54 OPZ, jak również odpowiedzi Zamawiającego na wniosek nr 51 z dnia 20 marca 2024 r. nie wynika dopuszczenie różnych interfejsów wykorzystywanych do realizacji zadań wymienionych w lit. a-e. Wręcz przeciwnie, Zamawiający wskazał wprost, że uwzględnia możliwość posiadania dedykowanego interfejsu graficznego spełniającego zadania wylistowane w punktach A-E o odmiennym wyglądzie od interfejsu szkoleniowego.

Interpretacja uczestnika TRAFFORD, że z powyższego wynika możliwość posiadania dedykowanego interfejsu graficznego do każdego zadania z wymienionego lit. a)-e) w pkt. 3.5.54 OPZ co do zasady pełniącego inne funkcje dla każdej z warstw wymienionych w lit. a)-e), a więc każdorazowo o odmiennym wyglądzie od interfejsu szkoleniowego jest w sposób oczywisty błędna.

Niejako na marginesie, Uczestnik TRAFFORD jako profesjonalista zapoznał się z dokumentami zamówienia, zatem miał możliwość zarówno zadawania pytań, jak i zaskarżenia zapisów specyfikacji. Skoro TRAFFORD nie kwestionował zapisów ww.

zakresie, stały się one wiążące zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców i Krajowa Izba Odwoławcza orzekać może wyłącznie w ich ramach.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 20 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie

Art. 20 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Z kolei zgodnie z ust. 3 W uzasadnionych przypadkach zamawiający może dopuścić w dokumentach zamówienia lub w

ogłoszeniu o zamówieniu możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacom, oferty, oświadczeń lub innych dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Zgodnie z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 3 ustawy.

Twierdzenia Odwołującego uznać należało za w pełni zasadne. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Co za tym idzie, jeżeli dokumenty zostały sporządzone w języku obcym, wykonawca, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Nie ma przy tym znaczenia, że Zamawiający (czy też inny wykonawca) jest w stanie samodzielnie dokonać tłumaczenia.

Wywody Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, w tym przytoczona teza wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 277/24, mają irrelevantne znaczenie dla oceny wyjaśnień złożonych przez uczestnika TRAFFORD. Odwołujący nie podniósł, że w zasadzie wyjaśnienia treści oferty stanowiły jej uzupełnienie.

Faktem jest, że uczestnik TRAFFORD załączył dokumenty sporządzone w języku angielskim, bez tłumaczenia ich na język polski. Mimo powyższego, Zamawiający ocenił wyjaśnienia i na ich podstawie uznał, że treść oferty uczestnika TRAFFORD jest zgodna z warunkami zamówienia.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Art. 97 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Twierdzenia Odwołującego nie zasługiwały na aprobatę. Przede wszystkim nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że „kwota wadium pozostawała w dyspozycji banku Zamawiającego, a zatem i samego Zamawiającego” – jak słusznie zauważył Odwołujący, kwota wadium pozostawała w dyspozycji banku, a contrario nie pozostawała w dyspozycji Zamawiającego. W jaki sposób Zamawiający mógłby skorzystać ze środków, których nie posiadał na rachunku bankowym, tego już Odwołujący w sposób logiczny nie wyjaśnił – a szkoda bo zapewne niejedynemu podmiotowi chciałoby dysponować środkami pieniężnymi, których na rachunku bankowym nie ma.

Analizując zaświadczenie banku jak również potwierdzenie wpływu wadium na rachunek bankowy Zamawiającego oraz korespondencję z centrum pomocy, przelew realizowany w systemie SORBNET2 nie powoduje jednoczesnego obciążenia rachunku Odwołującego i uznania środków pieniężnych na rachunku odbiorcy.

Izba zwraca uwagę, że w orzecznictwie już dawno przesądzono, że spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony stosunku zobowiązaniowego postanowiły inaczej (np. uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 4 stycznia 1995 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 164/94).

Zarzut nr 2 lit. a - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Wbrew twierdzeniom Odwołującego z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika w sposób jednoznaczny konieczność dostarczenia przez wykonawcę macierzy dyskowej, zresztą sam Odwołujący na pytanie Przewodniczącej, czy jego oferta zawiera również macierz dyskową, wskazał, że zastosował inne rozwiązanie.

Zamawiający w pkt 2.1 opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że Oprogramowanie dostarczone przez Wykonawcę powinno wykorzystywać zasoby Zamawiającego. W pkt 2.2 Zamawiający wskazał posiadaną w swoich zasobach infrastrukturę, w tym macierz Hitachi. Poza sporem było to, że wskazaną macierz można wykorzystać. Jednak zdaniem Odwołującego nie zapewni to automatyczną kompensację pojedynczej awarii. Odwołujący

wskazał, że korzystając z macierzy Zamawiającego, w sytuacji gdy macierz zostanie całkowicie uszkodzona, dane zostaną utracone. Odwołujący przywołał jako przykład telefon komórkowy wyjaśniając, że w sytuacji gdy telefon zostanie uszkodzony, a dane z telefonu nie zostaną zgrane na dysk zewnętrzny, to zostaną one utracone. W ocenie Izby nie są pozbawione racji twierdzenia Odwołującego jednak Zamawiający nie sformułował jednoznacznych postanowień w tym zakresie, a rolą Izby nie jest racjonalizowanie czynności Zamawiającego. Izba ocenia działania i zaniechania zamawiających pod kątem ich zgodności z prawem.

Powyższe doprowadziło Izbę do przekonania, że nie potwierdził się ww. zarzut. W sytuacji, gdy w dokumentach zamówienia nie znajdują się precyzyjne i jednoznaczne postanowienia to brak jest podstawy faktycznej i prawnej do odrzucenia oferty uczestnika TRAFFORD.

Odnosząc się do repozytorium – Odwołujący nie wykazał aby rozwiązanie oferowane przez TRAFFORD było niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Uczestnik TRAFFORD wskazał, że interfejs graficzny systemu umożliwia wykonanie kopii zapasowej wskazanej części użytkowej oraz repozytoriów poprzez wykorzystanie funkcji Archiwizuj. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego. Co za tym idzie, Izba uznała, że wyjaśnienia uczestnika TRAFFORD w tym zakresie są wystarczające.

Zarzut nr 2 lit. d. – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji pozwalającej na uwzględnienie odwołania w tym zakresie. Tym samym Odwołujący nie sprostował obowiązkowi wykazywania zasadności swego zarzutu. Warto przypomnieć, że to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem, a nie Zamawiający, a tym bardziej Uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt Zs 86/22).

Z pisma procesowego uczestnika TRAFFORD, w tym z rysunków w nim zawartych, wynika, że w tym zakresie oferta TRAFFORD zgodna jest z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący nie odniósł się do wyjaśnień TRAFFORD dotyczących możliwości zareagowania przez agenta, który śledzi użytkownika.

Zarzut nr 2 lit. h. – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Zarzut okazał się niezasadny w stopniu oczywistym. Z okazanego na rozprawie przez Zamawiającego oraz Odwołującego pisma z dnia 23 maja 2024 r. wynika, że Zamawiający zwrócił się o potwierdzenie, że zaoferowane przez TRAFFORD oprogramowanie Simspace SKU SS-PERS-ENTER-SW spełnia wymagania Zamawiającego, do producenta oprogramowania, tj. firmy SIMSPACE, a nie do uczestnika TRAFFORD.

KIO 3207/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 226 ust 1 pkt 14 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Poza sporem było to, że Odwołujący złożył wraz z ofertą cyfrowe odwzorowanie gwarancji bankowej. Twierdzenia Zamawiającego oraz Uczestników postępowania Izba podziela w całości i przyjmuje za własne, zatem nie powiela.

Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego aby na przedmiotową sprawę spojrzeć znacznie szerzej i mniej szablonowo, z uwzględnieniem wieloletniej praktyki Odwołującego oraz faktu, że jest przedsiębiorcą z Estonii. Obowiązujące przepisy nie różnicują sytuacji wykonawców, którzy są przedsiębiorcami z Estonii, do tych, którzy są przedsiębiorcami z Polski.

Niejako na marginesie, Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że rzeczywiście w Estonii przepisy krajowe dopuszczają złożenie cyfrowego odwzorowania gwarancji bankowej. Samo oświadczenie Gwaranta należało uznać za niewystarczające i wytworzone jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

o w oferowanym oprogramowaniu brak jest możliwości wykonywania oraz przywracania zapisów stanów scenariusza oraz pojedynczych maszyn w ramach tenantów lub całych tenantów w każdym etapie trwania ćwiczenia z uwzględnieniem uprawnień użytkowników, a więc oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań opisanych w pkt. 3.5.12 OPZ

Odwołujący nie wykazał aby rozwiązanie oferowane przez TRAFFORD było niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Uczestnik TRAFFORD wskazał, że Snapshot w kontekście oferowanego rozwiązania daje możliwość wykonywania oraz przywracania zapisów stanów scenariusza oraz pojedynczych maszyn w ramach tenantów lub całych tenantów w każdym etapie trwania ćwiczenia z uwzględnieniem uprawnień użytkowników. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego. Co za tym idzie, Izba uznała, że wyjaśnienia uczestnika TRAFFORD w tym zakresie są wystarczające. Warto przypomnieć, że to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem, a nie Zamawiający, a tym bardziej Uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022r., sygn. akt Zs 86/22).

o w oferowanym Środowisku brak jest niezależnej od działania pozostałych funkcji, usługi wykonywania kopii zapasowych, która w razie awarii pozwoli na odtworzenie co najmniej części użytkowej oraz wszystkich repozytoriów, a więc oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań opisanych w pkt. 3.5.47 OPZ.

Odwołujący nie wykazał aby rozwiązanie oferowane przez TRAFFORD było niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Uczestnik TRAFFORD wskazał, że interfejs graficzny systemu umożliwia wykonanie kopii zapasowej wskazanej części użytkowej oraz repozytoriów poprzez wykorzystanie funkcji Archiwizuj. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego. Co za tym idzie, Izba uznała, że wyjaśnienia uczestnika TRAFFORD w tym zakresie są wystarczające. Tym samym Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazywania zasadności swego zarzutu.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp

Zdaniem Izby uczestnik TRAFFORD wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Referencje 1 – z oświadczenia Zamawiającego wynika, że posiadał on wiedzę odnośnie utworzenia przez ARiMR spółki Agro Aplikacje Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący nie kwestionował, że powyższe jest wiedzą powszechną.

Odnosząc się do wartości zrealizowanych świadczeń - z wykazu dostaw wynika, że wartość dostawy wynosiła powyżej 3 500 000 zł brutto. Z kolei w liście referencyjnym wskazano kwotę netto, tj. 2 997 000 zł. Dodanie wartości podatku VAT do kwoty netto z listu referencyjnego jest prostym działaniem matematycznym. Kwota brutto wynosi 3 686 310 zł, a zatem przewyższa kwotę 3 500 000 zł brutto.

Referencje 2 – Odwołujący nie wykazał, że uczestnik TRAFFORD nie zdobył doświadczenia w zakresie prowadzenia szkoleń. Niewystarczające jest stwierdzenie, że pojęcie „transfer wiedzy” nie może być utożsamiane z usługami szkoleniowymi. Przedstawione przez Odwołującego twierdzenia należało uznać za gołosłowne, nieoparte jakimkolwiek materiałem dowodowym.

Zarzut ewentualny - naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp

W związku z tym, że zarzut nr 2 nie został przez Izbę uwzględniony, zarzut ewentualny podlegał rozpoznaniu i również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”

Zarzut nie mógł zostać uwzględniony przede wszystkim dlatego, że uczestnik TRAFFORD wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zatem odwołanie w tym zakresie należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 i 2, § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 lit a oraz 2 lit. b w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 574 ustawy Pzp do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw. Dalej, zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu na usługi lub dostawy o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15 000 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 PLN.

§ 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

§ 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1 wpis

stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

§ 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: zamawiającego.

KIO 3164/24 – w przedmiotowej sprawie, Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród sześciu zarzutów dwa okazały się zasadne, zaś cztery – niezasadne.

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 4/6 i Zamawiający w części 2/6. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 PLN, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 PLN, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 PLN. Łącznie koszty postępowania odwoławczego – 22 200 PLN. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 PLN, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika (15 000 PLN + 3 600 PLN), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 14 800 PLN (22 200 PLN x 4/6). Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 PLN tytułem wynagrodzenia swego pełnomocnika tymczasem odpowiadała za nie do wysokości 7 400 PLN (22 200 PLN x 2/6). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 800 PLN stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi

dotychczas przez Zamawiającego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

KIO 3207/24 – Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 PLN uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę po 3 600 PLN tytułem wynagrodzenia pełnomocników. Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 PLN stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: