Sygn. akt: KIO 1487/15
Sygn. akt: KIO 1524/15

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Izabela Kuciak
Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
1) w dniu 13 lipca 2015 r. przez Odwołującego **– Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin** (sygn. akt KIO 1487/15),
2) w dniu 17 lipca 2015 r. przez Odwołującego **– Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa** (sygn. akt KIO 1524/15),
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa,**

przy udziale:
A. **wykonawcy Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1487/15 po stronie Zamawiającego;
B. **Niver N. Sp. j., ul. Tuwima 97, 90-031 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1524/15 po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1.1. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1524/15;**
1.2. **uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1487/15 w zakresie dotyczącym zaniechania odtajnienia dokumentów z oferty wykonawcy Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Warszawie w postaci: wykazu usług (str. 47-48**

---

oferty) oraz wykazu osób (str. 53-54 oferty), nakazując Zamawiającemu ich odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu; w pozostałym zaś zakresie odwołanie oddala.

2. kosztami postępowania:
2.1. w sprawie **o sygn. akt KIO 1524/15 obciąża Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. w sprawie **o sygn. akt KIO 1487/15 obciąża Zamawiającego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania oraz zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 1487/15
Sygn. akt: KIO 1524/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Uzupełnienie infrastruktury teleinformatycznej w celu elastycznego zarządzania danymi modelowania numerycznego na potrzeby PSHM".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 maja 2015 r., pod nr: 2015/S 088-158897.

Pismem z dnia 7 lipca 2015 r., Zamawiający poinformował o wyniku postępowania i wyborze, jako najkorzystniejszej oferty: w zakresie Zadania 1 – wykonawcy Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa; w zakresie Zadania 3 – wykonawcy Niver N. Sp. j., ul. Tuwima 97, 90-031 Łódź.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1487/15.

W dniu 13 lipca 2015 r., Odwołujący – Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin (dalej także: Unizeto; Odwołujący) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie rozstrzygnięcia Zadania 1, zarzucając Zamawiającemu:

1) niezgodną z przepisami PZP czynność Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Malkom jako oferty najkorzystniejszej,
2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Malkom części oferty – wykazu osób, wykazu usług, wyników podzadania b, zobowiązania do udostępnienia zasobów, pomimo że informacje zawarte w tych

dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
3) naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 4) Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Malkom, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4) naruszenie przepisu art.89 ust 1 pkt 4 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Malkom, pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5) naruszenie przepisu w art. 90 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechania wezwania Malkom do złożenia wyjaśnień, pomimo iż cena oferty Malkom wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
6) z ostrożności procesowej - jeśli Malkom nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - naruszenie przepisu art 26 ust 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Małkom do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
7) naruszenie przepisu art. 91 ust 1 i 2 Ustawy w związku z art. 7 i art 96 ust. 2 Ustawy, poprzez ocenę oferty Malkom w kryterium „Zadanie" z naruszeniem zasad oceny ofert określonych w SIWZ dla tego kryterium, tj. brak uzasadnienia dla oceny oferty oraz przyznanej ilości punktów, a także przyznanie za wykonanie podzadania b) 15 pkt, mimo iż Wykonawca Malkom nie przedstawił w rozwiązaniu zadania przykładu wywołania funkcji sieciowych (warunek niezbędny do przyznania 15 pkt) oraz nie zachował zgodności z SIWZ ponieważ nie „uwzględnił dostępności funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ w pkt. 16.7.9 oraz w założenia Systemu zawarte w Załączniku nr 10 do SIWZ, (rozdział 16)" a zachowanie zgodności z SIWZ było

warunkiem koniecznym przyznania 15 pkt.

W odwołaniu Odwołujący wniósł o jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności oceny ofert,
2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3) odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
4) wykluczenia z postępowania Malkom,
5) odrzucenia oferty Malkom,
6) z ostrożności procesowej - wezwania Malkom do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
7) wezwania Malkom do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Ustawy,
8) dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ,

9) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Przed rozpoznaniem odwołanie Zamawiający odtajnił i udostępnił Odwołującemu dokument w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów, unieważnił wybór oferty, wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokonał ponownie wyboru wykonawcy Malkom.

Na rozprawie Odwołujący wycofał zarzut z pkt 2 w części dotyczącej zaniechania odtajnienia dokumentu – zobowiązania do udostępnienia zasobów. Ponadto, Odwołujący wycofał zarzuty z pkt 3, pkt 5, pkt 6.

W uzasadnieniu odwołania – w zakresie zarzutów, które nie zostały wycofane – Odwołujący wskazał, co następuje:

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia części oferty Malkom.

Odwołujący wskazał, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:
1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnośnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony

W ocenie Odwołującego dokonane przez Malkom zastrzeżenie jawności części oferty było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują bowiem

łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, że w „Zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy" Malkom w ogóle nie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych, pomijając w ogóle ten niezbędny element. Konieczność takiego wykazania wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 roku, sygn.. akt KIO 2784/14. Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz - a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro Malkom nie wykazał tej niezbędnej przesłanki, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia części oferty.

Odnośnie braku odtajnienia wyników wykonania podzadania b) Odwołujący argumentował, że w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa sposobu rozwiązania zadania Wykonawca Malkom wskazuje, iż [str. 44 oferty] przedmiotowe informacje mają charakter techniczny i technologiczny (w zakresie podzadania a i b), gdyż sposób wykonania Zadania, oferowany zestaw narzędzi i komponentów oraz produktów stanowi tzw. know-how Wykonawcy dotyczące opracowania projektów technicznych systemów informatycznych oraz zawiera autorską metodykę obejmującą przygotowanie szczegółowych rozwiązań dla realizacji zamówienia architektonicznych systemów informatycznych. Sposób zaproponowany przez Wykonawcę przewiduje wykorzystanie specyficznych technologii, i na potrzeby których połączenie konfiguracja zostały przygotowane konkretnie przedmiotowego zamówienia. Powyższe uzasadnienie nie dotyczy realizacji zadania, w szczególności podzadania b, ponieważ:

1) w ramach wykonania podzadania b żaden wykonawca nie wykazywał żadnych „oferowanych narzędzi i komponentów oraz produktów“ - a to ze względu na fakt, że w zakresie SIWZ poza dostarczeniem komponentu GIS (niezwiązanego z wykonaniem podzadań a i b) nie dostarczano innych gotowych elementów, a wykonawca musi po prostu wykonać oprogramowanie „szyte na miarę", zamówione przez Zamawiającego,

2) w ramach wykonania podzadania b) Wykonawca nie wykorzystywał specyficznych technologii, których połączenie i konfiguracja zostały przygotowane na potrzeby tego zamówienia - a to ze względu na fakt, iż w ramach podzadania b wykonawcy zgodnie z SIWZ mieli we wskazanym standardzie (język UML 2.0) dokonać zamodelowania funkcjonalności

---

exportu danych, który miał uwzględniać istniejące funkcjonalności systemu C2.6 opublikowane w Dokumentacji Technicznej systemu C2.6, stanowiącym Załącznik nr 10 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt. 16.7.9 oraz założenia Systemu zawarte w Załączniku nr 10 do SIWZ, (rozdział 16). Zatem w ramach zaprezentowania wyniku podzadania b nie było miejsca na stosowanie unikalnych technologii, komponentów, specyficznych konfiguracji. Albo zatem Wykonawca Malkom wykonał podzadanie b) niezgodnie z SIWZ, albo nie mógł używać jakiegoś specyficznego, unikalnego know-how. Nawet jeśli w ramach opisu rozwiązania podzadania b) znalazłyby się sugestie wykorzystania specyficznych technologii, produktów, komponentów, to w zakresie ocenianym przez Zamawiającego uzasadnienie utajnienia jest oderwane od faktów i stanowi standardową formułę nieodnoszącą się do tych konkretnych fragmentów oferty. Tym samym należy uznać, że Malkom nie spełnił wymagań art. 8 ust. 3 PZP i nie wykazał, że informacje zawarte w wyniku wykonania podzadania b) mają charakter technologiczny i techniczny, a jednocześnie mają wartość gospodarczą dla Malkom i nie zostały wcześniej nigdzie upublicznione. Malkom w wyniku tego podzadania b) wykorzystał jedynie informacje określone przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący podkreśla, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać informacje spełniające przesłanki definicji legalnej, a nie - całe dokumenty. Stąd też Zamawiający powinien przeanalizować jeszcze raz przedmiotowy dokument i ujawnić go, z ewentualnym wyłączeniem informacji, które wykraczają poza w/w treść SIWZ, a w stosunku do których spełnione byłyby przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym zastrzeżenie jawności tej części oferty Malkom jest nieskuteczne. Prawidłowa realizacja tego podzadania powinna być uzupełnieniem obecnie dostępnych funkcjonalności systemu C2.6, a cała wiedza, zestawy narzędzi, zestawy komponentów, czy też autorskie metodyki zawarte są w ogólnodostępnej (udostępnionej w SIWZ) Dokumentacji Technicznej systemu C2.6 i to z nich Malkom powinien korzystać przy realizacji podzadania b). Zatem Malkom po prostu nie mógł w przedmiotowej części oferty zamieścić informacji innych, niż informacje jawne, ogólnodostępne, zawarte w Dokumentacji

Technicznej systemu C2.6.

W odniesieniu do wykazu usług dla Zadania 1 Odwołujący argumentował, że informacje zawarte w wykazie nie mają wartości uzasadniającej utajnienie - nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, czy też inne, które posiadałyby jednocześnie wartość gospodarczą. A to ze względu na fakt, że zawierają wyłącznie dane o dacie wykonania oraz podmiocie zamawiającym. Co więcej - skoro mają one potwierdzać spełniania warunków określonych w SIWZ - to przedmiotowy wykaz zawiera de facto powtórzenie treści SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Malkom podkreślił, że projekty zawarte w Wykazie usług w części tajnej wykonane były na rzecz podmiotów prywatnych. Wskazać należy, że także w

---

takiej sytuacji nie można przyjmować bezkrytycznie skuteczności objęcia całości wykazu tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący odwołał się w tym zakresie do stanowiska KIO zawartego choćby w wyroku z dnia 4 marca 2011 roku o sygnaturze akt: KIO 322/11, wyroku o sygn. akt KIO/UZP 371/10, wyroku o sygn. akt KIO 1730/11, wyroku o sygn. akt: KIO/447/11, KI0/449/11, KIO/452/11, wyroku o sygn. akt KIO 331/12 i KIO 333/12.

Odwołujący podniósł następnie, że istotna jest też okoliczność, że wykonawca dokonujący zastrzeżenia jawności części oferty musi takie swoje działanie uzasadnić wraz ze złożeniem oferty. Tymczasem w uzasadnieniu znajdującym się na stronach oferty Malkom na stronach 43 - 45 brak należytego uzasadnienia. Odnośnie spełnienia pierwszego warunku definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie Wykazu usług uzasadnienie sprowadza się do jednego zdania: „Projekty wykonane na rzecz Zamawiających z rynku prywatnego są realizowane na podstawie umów, w których zawarto klauzule o poufności w zakresie przedmiotu zamówienia oraz warunków handlowych“. Twierdzenia te są zarówno gołosłowne (Malkom nie załączył do uzasadnienia kopii umów, potwierdzające to twierdzenie), jak i nie odnoszą się do wszystkich informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Jedynie powołanie się na klauzule, bez wykazania ich istnienia, jest niewystarczające z punktu widzenia wymagań, jakie postawił Ustawodawca wykonawcom w znowelizowanym przepisie art. 8 ust. 3 Ustawy. Gdyż nie miało miejsce „wykazanie", którego przepis ten po nowelizacji wymaga. Odwołujący podkreślił ponadto, że nawet, jeśli Malkom obecnie przedstawiłby odpowiednie dokumenty, to byłoby to działanie, spóźnione, gdyż wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie można uzupełniać w trybie wyjaśnień do oferty. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 kwietnia 2015 roku, KIO 568/15 i KIO 570/15. Po drugie, Odwołujący wskazał, że sam Malkom wskazuje, że zastrzeżono wyłącznie przedmiot zamówienia oraz warunki handlowe, zatem co najmniej dane zamawiającego, jak i daty wykonania nie podlegają w ogóle zastrzeżeniu jako tajemnica, gdyż nie obejmuje ich klauzula poufności z umowy.

Odnośnie wykazu osób, Odwołujący podkreślił, że informacje zawarte w Wykazie osób są informacjami, które nie dotyczą wykonawcy Malkom, ale są informacjami dotyczącymi poszczególnych wskazanych w tabeli osób fizycznych. Wykaz osób zawiera bowiem wyłącznie informacje o wykształceniu i doświadczeniu poszczególnych specjalistów. Informacje te w żadnym przypadku nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa Malkom, gdyż w ogóle nie dotyczą jego przedsiębiorstwa. Tym samym - nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 stycznia 2014 roku, KIO 2784/14.

Wskazać ponadto należy, że Malkom według wiedzy Odwołującego zatrudnia na umowę o pracę zaledwie kilka osób. Zatem osoby, które zostały wskazane w Wykazie osób stanowią przypuszczalnie specjalistów posiadających własną działalność gospodarczą, które

---

to osoby są zatrudniane przez różne firmy informatyczne na potrzeby konkretnych kontraktów. Skutkiem tej sytuacji jest, że tacy specjaliści powszechnie udostępniają swoje dane, w tym informacje o posiadanej wiedzy i doświadczeniu, przykładowo chociażby przez portal www.linkedin.pl. Zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować zasadności zastrzeżenie jawności, ale powinien dokonać kontroli zgodności z prawem. W przypadku zastrzeżenia jawności Wykazu osób sprawdzenie takie powinno obejmować właśnie sprawdzenie, czy dane zawarte w Wykazie osób nie funkcjonują już w domenie publicznej, jaką jest Internet.

Odwołujący podniósł także, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Odwołujący przytoczył szereg orzeczeń KIO w tym zakresie.

Końcowo, Odwołujący argumentował, że skoro objęcie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu" tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo", że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Malkom na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z zarzutem zaniechania wystąpienia do Malkom o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przed otwarciem ofert wskazał, iż na realizację Zadania 1 przeznacza kwotę 7.749.000 złotych brutto. Oferta Malkom zawiera cenę 5.473.500 złotych brutto. Zatem cena oferty Malkom stanowi 70,63 % wartości zamówienia i jest niższa od wartości zamówienia o 29,37%.

Co prawda ustawodawca w art. 90 ust. 1 Ustawy wskazał, że obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień powstaje w przypadku, gdy cena danej oferty jest niższa o 30% od wartości

zamówienia, jednakże jest to tylko jeden ze wskazanych przypadków. Wiążąca dla Zamawiającego jest klauzula generalna, która znajduje się na początku przedmiotowego przepisu – „Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego“. Zdaniem Odwołującego cena oferty Malkom wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia.

Po pierwsze należy wskazać, że różnica w cenie, od której Zamawiający byłby już wprost zobowiązany przepisem prawa wzywać o wyjaśnienia to zaledwie 49 200 zł brutto (0.63% wartości zamówienia). Trudno uznać, że tak mała kwota (w stosunku do budżetu zamówienia oraz w stosunku do ceny oferty) skutkuje tym, że cena nagle daje gwarancję wykonania zamówienia, zwłaszcza, że druga oferta złożona w postępowaniu jest nawet o około 500 000 zł brutto wyższa od oczekiwanej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający powinien wezwać Malkom do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Ustawy PZP. Próg 30%, który powoduje ustawowy obowiązek wezwania, powinien w tym przypadku potraktowany przez Zamawiającego celowościowo. Zamawiający powinien zastanowić się, czy Malkom nie powinien wykazać Zamawiającemu, że jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia za kwotę 5.473.500 złotych, skoro istnieje ustawowe domniemanie, że za kwotę ok. 5.423.000 złotych (70% wartości zamówienia) nie jest już w stanie zamówienia wykonać. Zdaniem Odwołującego różnica 49.200 złotych nie obala wątpliwości Zamawiającego co do wykonania zamówienia za zadeklarowaną kwotę.

Odwołujący wskazał przy tym, iż uważa, że oferta Malkom zawiera rażąco niską cenę, jednakże zarzut taki nie może być rozpatrywany zanim wykonawca nie zostanie wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Stąd też w pierwszej kolejności należy Malkom wezwać do złożenia wyjaśnień.

W zakresie zarzuty dokonania oceny oferty Malkom w kryterium „Zadanie” niezgodnie z określonymi w SIWZ i Ustawie zasadami oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że w dokumentacji postępowania nie znajduje się żaden ślad dokonania oceny zadania znajdującego się w ofertach wykonawców, w tym w ofercie Malkom. Zgodnie z SIWZ Zamawiający dokonując oceny powinien sprawdzić i zamieścić wyniki w dokumentacji postępowania w zakresie wskazania występowania przykładów wywołania funkcji sieciowych SOAP oraz opisu narzędzia użytego do oceny technicznej poprawności kodu oprogramowania wytworzonego w ramach zadania, a także „ uwzględnienia dostępności funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ w pkt. 16.7.9 oraz w założeń Systemu zawartych w Załączniku nr 10 do SIWZ, (rozdział 16)." Brak taki stanowi naruszenie przepisów

10

Ustawy ze względu na obowiązującą zasadę pisemności postępowania, zgodnie z którą wszystkie czynności podejmowane przez Zamawiającego powinny mieć swoje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, w szczególności - w protokole postępowania.

Odwołujący podniósł następnie, że zważywszy na fakt, iż :

rozwiązania podzadań muszą być zgodne w wielu istotnych szczegółach − merytorycznych i technicznych z dokumentacją systemu C2.6 oraz wykorzystywać jego istniejące funkcjonalności. Dokumentacja Techniczna systemu C2.6 jest obszerna i obejmuje kilka tysięcy stron.

− zgodnie z protokołem postępowania wśród członków komisji nie wskazano ekspertów w zakresie analizy systemów informatycznych,

Zamawiający na ocenę wykonania zadania poświęcił bardzo krótki czas, − oceny poprawności technicznej de facto nie da się wykonać bez wykorzystania − narzędzi informatycznych pozwalających na tzw. walidację (weryfikację) poprawności kodu,

można postawić tezę, że ocena wykonania zadania dokonana została przez Zamawiającego w sposób niezgodny z opisanym w SIWZ i powinna zostać powtórzona, wraz z udokumentowaniem w protokole postępowania jej wykonania. Poza aspektami Prawa zamówień publicznych ma to również zasadnicze znaczenie dla oceny poprawności działania Zamawiającego przez organy nadzorujące właściwe wydawania środków unijnych, z których finansowane ma być zamówienie.

Niezależnie od braku pisemnego uzasadnienia, a nawet minimalnych podstaw, oceny ofert w kryterium „Zadanie" Odwołujący wskazał, że ocena oferty Malkom w tym kryterium została oceniona niezgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami. Szczegółowe zasady oceny ofert w ramach kryterium „Zadanie" Zamawiający wskazał w Rozdziale 8 SIWZ „Kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie" - Cena brutto 40%, Zadanie 40%.

Zgodnie z informacją o wyborze przekazaną przez Zamawiającego pismem z dnia 7 lipca 2015 roku oraz stronami 7-9 „Protokołu Postępowania" Zamawiający ocenił wykonanie zadania przez Wykonawcę Malkom w sposób następujący: 15 pkt dla podzadania a i 15 pkt dla podzadania b. Odwołujący przytoczył treść SIWZ w zakresie kryteriów oceny dla podzadania a) i b) dla przyznania 15 punktów.

Zgodnie z powyższym, aby podzadanie b) zostało ocenione na 15 pkt, to w rozwiązaniu podzadania m.in. muszą być spełnione następujące przesłanki:

muszą być podane przykłady wywołań opracowanych w ramach podzadań funkcji − sieciowych, i

muszą „uwzględniać dostępność funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 10 do − SIWZ w pkt 16.7.9 oraz w założenia Systemu zawarte w Załączniku nr 10 do SIWZ, (rozdział 16)".

11

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Malkom w rozwiązaniu podzadania b) nie uwzględnił co najmniej jednej z poniższych funkcjonalności systemu C2.6:

„PU-7064 Przeglądaj szczegóły eksportu danych", −

„PU-2038 Eksportuj dane na podstawie grantu", −

wraz ze wszystkimi parametrami, które są zawarte w tych funkcjonalnościach, tymczasem brak użycia w podzadaniu b) któregokolwiek z parametrów pozbawia Zamawiającego istniejących funkcjonalności dostarczonych w ramach systemu C2.6. Powyższe funkcjonalności Malkom musiał wykorzystać celem „uwzględnienia dostępności funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ w pkt. 16.7.9 oraz w założenia Systemu zawarte w Załączniku nr 10 do SIWZ, (rozdział 16)M. Drugą okolicznością, która

wpływa na ocenę oferty Maikom w tym zakresie oferty, jest okoliczność, że Maikom nie przedstawił przykładów wywołań funkcji sieciowych SOAP.

Powyższe oznacza niespełnienie przez ofertę Malkom warunków wskazanych w SIWZ, niezbędnych do uzyskania 15pkt za podzadanie b]. Zdaniem Odwołującego oferta Malkom w tym kryterium powinna dostać maksymalnie 5 punktów. Odwołujący zastrzegł przy tym, że ocena oferty Malkom może być nawet niższa, jednakże wobec niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, Odwołujący nie może w chwili obecnej podnieść dodatkowej argumentacji.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1524/15.

W dniu 17 lipca 2015 r., Odwołujący – Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa (dalej także: Malkom; Odwołujący) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec rozstrzygnięcia Zadania 3 - nie dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny oferty wykonawcy NIN/ER N. Sp. jawna w Łodzi w zakresie zgodności tej oferty z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), i nie dokonanie w wyniku oceny tej oferty odrzucenia przez Zamawiającego tej oferty na podstawie Art.89 ust. 1 pkt.2) PZP, jako że oferta jest sprzeczna z SIWZ oraz wobec niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na ocenie oferty NIVER N. Sp. jawna w Łodzi, w kryterium Zadanie nr 3 niezgodnie z SIWZ, zarzucając Zamawiającemu:

1) niezgodny z SIWZ i Ustawą wybór oferty wykonawcy NIVER N. Sp. jawna w Łodzi, dla realizacji Zadania 3 w przedmiotowym Postępowaniu, wobec nie spełniania przez nią warunków SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt.2) PZP).
2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wybór ww. oferty ww. Wykonawcy, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, pomimo nie spełniania przez niego warunków SIWZ.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności oceny ofert dla Zadania 3 w przedmiotowym Postępowaniu.
2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy NIVER N. Sp. jawna w Łodzi.
3) ponowną ocenę oferty ww. wykonawcy i oferty Odwołującego
4) odrzucenie oferty wykonawcy NIVER N. Sp. jawna w Łodzi, jako niespełniającego warunków SIWZ.
5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla wykonania dla Zadania 3 w przedmiotowym Postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy NIVER N. Sp. jawna w Łodzi nie spełnia wymagań SIWZ, tj. części wymagań opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ, pt. METEORISK Zadanie 2.1 Uzupełnienie infrastruktury teleinformatycznej w celu elastycznego zarządzania danymi modelowania numerycznego na potrzeby PSHM Szczegółowa specyfikacja przedmiotu dostawy. Zadanie 3 - Uzupełnienie infrastruktury klastrów obliczeniowych infrastruktury środowiska wirtualnego w zakresie punktów:

a) pkt.26 Rozbudowa klastra obliczeniowego - serwery dla obszaru COSMO;
b) pkt.27 Rozbudowa klastra obliczeniowego - serwery dla obszaru ALADIN;
c) pkt. 28 Rozbudowa klastra obliczeniowego – pamięć
d) pkt. 29 Rozbudowa środowiska sprzętowego wirtualizacji.

Podniesiono, że zgodnie z wiedzą posiadaną przez Odwołującego a opartą o informacje otrzymane od producenta (firmę Hewlett-Packard) w przypadku dostawy sprzętu przez wykonawcę NIVER N. Sp. jawna, istnieje między innymi możliwość utraty gwarancji na serwery posiadane przez Zamawiającego i podlegające rozbudowie, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ. Dodatkowo oferowane przez Wykonawcę Niver N. Sp. jawna serwery nie obsługują wszystkich systemów operacyjnych wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z Art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący, a zatem w przypadku gdy oferta wykonawcy nie odpowiada SIWZ, Zamawiający musi odrzucić taką ofertę. W przedmiotowym postępowaniu,

pomimo - jak wykazano powyżej - że oferta wykonawcy NIVER N. Sp. jawna w Łodzi nie spełnia warunków SIWZ Zamawiający - bezpodstawnie zaniechał jej odrzucenie, do czego był zobligowany. Tym samym naruszył ww. przepis oraz Art.7 ust. 1 Ustawy.

Na rozprawie Odwołujący wycofał z podstawy faktycznej zarzutu twierdzenia dotyczące istnienia możliwości utraty gwarancji.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa (sygn. akt KIO 1487/15) oraz Niver N. Sp. j., ul. Tuwima 97, 90-031 Łódź (sygn. akt: KIO 1524/15).

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: „Uzupełnienie infrastruktury teleinformatycznej w celu elastycznego zarządzania danymi modelowania numerycznego na potrzeby PSHM".

Przedmiot zamówienia został podzielony na 5 części, w tym Zadanie 1 – Uzupełnienie funkcjonalności oprogramowania systemu C2.6. oraz Zadanie 3 – Uzupełnienie infrastruktury klastrów obliczeniowych i infrastruktury środowiska wirtualnego.

Wykonawcy realizujący poszczególne Zadania muszą zastosować się do wymagań zebranych w części wspólnej dokumentu. Szczegółowe opisy zadań znajdują się rozdziałach nazwanych zgodnie z tytułami zadań zawartych w OPZ stanowiącym Załącznik nr 10 do SIWZ.

W zakresie Zadania 1 przewidziane do realizacji są następujące zadania:

1. Rozbudowa usług sieciowych opartych o protokół SOAP
2. Rozbudowa modułu klasyfikacji pomiarowych oraz rozbudowa modelu metadanych
3. Zarządzanie symbolami klasyfikacyjnymi
4. Rozbudowa modelu metadanych produktów
5. Wprowadzenie danych wynikowych modelowania numerycznego.
6. Integracja prezentacji wyników modelowania numerycznego w środowisku GIS wraz z dostawą niezbędnych Licencji oprogramowania standardowego GIS.
7. Uzupełnienie funkcjonalności Centralnych Baz Danych
8. Dokumentacja
9. Warsztaty.

W zakresie Zadania 3 przewidziane do realizacji są następujące zadania:

1. Rozbudowa klastrów obliczeniowych o serwery zarządzające dla obszarów modelowania COSMO i ALADIN
2. Rozbudowa klastra obliczeniowego o pamięć RAM
3. Rozbudowa środowiska wirtualizacyjnego Zamawiającego o zasoby sprzętowe i programowe
4. Warsztaty.

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych.
(Sekcja 2 SIWZ – Przedmiot zamówienia).

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty odpowiednio dla danego Zadania określono, że Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

Zadanie 1: cena brutto z wagą 40%, Zadanie z wagą 40%, okres gwarancji z wagą 20%.

W kryterium Zadanie, Zamawiający wskazał, że Zadanie obejmuje wykonanie dwóch podzadań (części a, b):

a) Parsowanie metadanych danych wynikowych modelowania numerycznego Zamodelowanie w języku UML min. 2.0 funkcjonalności parsowania metadanych danych i ich zapisu w relacyjnej bazie danych. Zamodelowanie funkcjonalności wyszukiwania metadanych danych pomiarowych winno dotyczyć poziomu GUI oraz poziomu usług SOAP zgodnie z

opisem w Załączniku nr 10 do SIWZ (pkt 16.5.1). Model funkcjonalności powinien zawierać co najmniej biznesowy model dziedziny, model bazy danych w zakresie parsowanych danych, model przypadków użycia oraz przykłady wywołań usług sieciowych SOAP (wymagane minimum 2 przykłady) wraz z przykładami odpowiedzi dla tych wywołań (wymagane minimum 2 przykłady).
b) Eksporty danych pomiarowych z metadanymi
Zamodelowanie w języku UML min. 2.0 funkcjonalności obsługi eksportów danych pomiarowych wraz z metadanymi danych pomiarowych opisującymi te dane pomiarowe. Funkcjonalność powinna umożliwiać wykonanie eksportu danych pomiarowych wraz z metadanymi na podstawie zadanych kryteriów oraz udostępnienie wyników tego eksportu za pośrednictwem usług sieciowych SOAP. Model funkcjonalności powinien zawierać co najmniej biznesowy model dziedziny, model bazy danych eksportowanych, model przypadków użycia oraz przykłady wykonanych eksportów do plików tekstowych (wymagane minimum 2 przykłady). Opracowany model obsługi eksportu danych pomiarowych z metadanymi opisany powyżej powinien uwzględniać dostępność funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ w pkt. 16.7.9 oraz w założenia Systemu zawarte w Załączniku nr 10 do SIWZ (rozdział 16). Zamodelowanie funkcjonalności eksportu winno dotyczyć graficznego interfejsu użytkownika systemu i usług sieciowej SOAP.
(Sekcja 8 SIWZ, z uwzględnieniem zmian dokonanych pismem z dnia 19 maja 2015 r.).

Za to kryterium Wykonawca może łącznie otrzymać maksymalnie 40 punktów. Punkty możliwe do otrzymania za poszczególne podzadania są wyspecyfikowane w poniższej tabeli:

Maksymalna liczba Elementy oceniane w ramach kryterium „Zadanie” punktów P

$_{Zi}$

15

Podzadanie a, oznaczone jako P $_{Za}$. 20 Podzadanie b, oznaczone jako P $_{Zb}$. 20

Zamawiający wskazał jednocześnie, że poszczególne elementy kryterium (podzadania), w zakresie liczby punktów wskazanych w powyższej tabeli, będą oceniane zgodnie z zasadami określonymi poniżej:

Stopień wypełnienia przez Wykonawcę podkryterium w ramach Liczba punktów P $_{Zi}$ kryterium „Zadanie”

Niedostatecznie:
- brak podzadania lub - podzadanie nie zawiera wszystkich wymaganych przez SIWZ P = 0 elementów lub $_{Zi}$
- podzadanie nie jest zrealizowane w UML ver. minimum 2.0 lub - podzadanie nie jest zrealizowane zgodnie z metamodelem UML ver. minimum 2.0 Słabo:
- podzadanie zostało zrealizowane i podzadanie zawiera wszystkie wymagane przez SIWZ - elementy i - zrealizowane podzadanie nie jest wewnętrznie sprzeczne i
- podzadanie jest zrealizowane w UML ver. minimum 2.0 i P = 5 - podzadanie jest zrealizowane zgodnie z metamodelem UML $_{Zi}$ ver. minimum 2.0 i - elementy zrealizowanego podzadania tylko ogólnie przedstawiają zawartość wymaganą w podzadaniu lub są ze sobą niepowiązane i
- przykłady wywołań lub odpowiedzi usług sieciowych SOAP zawierają błędy merytoryczne lub techniczne

Dobrze:
podzadanie zostało zrealizowane i - - podzadanie zawiera wszystkie wymagane przez SIWZ elementy i - zrealizowane podzadanie nie jest wewnętrznie sprzeczne i
- zrealizowane podzadanie jest zgodne z SIWZ i - podzadanie jest zrealizowane w UML ver. minimum 2.0 i
- podzadanie jest zrealizowane zgodnie z metamodelem UML P = 15 ver. minimum 2.0 i $_{Zi}$
- elementy zrealizowanego podzadania szczegółowo przedstawiają zawartość wymaganą w zadaniu, ale nie są ze sobą powiązane i - przykłady wywołań lub odpowiedzi usług sieciowych SOAP zawierają nieliczne i drobne błędy merytoryczne, a technicznie są poprawnymi wywołaniami SOAP, w szczególności są zgodne z dostarczonymi w ramach podzadania schematami XSD

Bardzo dobrze:
- podzadanie zostało zrealizowane i P = 20 - podzadanie zawiera wszystkie wymagane przez SIWZ $_{Zi}$

elementy i - zrealizowane podzadanie nie jest wewnętrznie sprzeczne i

- zrealizowane podzadanie jest zgodne z SIWZ i - podzadanie jest zrealizowane w UML ver. minimum 2.0 i
- podzadanie jest zrealizowane zgodnie z metamodelem UML ver. minimum 2.0 i
- elementy zrealizowanego podzadania szczegółowo przedstawiają zawartość wymaganą w podzadaniu i są ze sobą powiązane i - przykłady wywołań usług sieciowych SOAP nie zawierają błędów merytorycznych, a technicznie są poprawnymi wywołaniami SOAP, w szczególności są zgodne z dostarczonymi w ramach zadania schematami XSD

Zamawiający zastrzegł ponadto, że odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli oferta uzyska w kryterium „Zadanie" mniej, niż 20 pkt łącznie ($P_{Za} + P_{Zb}$) lub jedno z podzadań uzyska ocenę poniżej pięciu punktów.
(Sekcja 8 SIWZ).

Pismem z dnia 22 maja 2015 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 – dotyczące doprecyzowania, jakie założenia Systemu z rozdziału 16 załącznika 10 Zamawiający ma na myśli – wskazał, że w rozdziale 16 załącznika nr 10 umieścił opisy zmian, jakie powinny być wprowadzone do Systemu C2.6. Lista głównych zagadnień wymienionych w rozdziale 16 to:
a) usługi sieciowe oparte o SOAP
b) klasyfikacje pomiarowe i zarządzanie nimi
c) model metadanych
d) rozszerzenie zakresu obsługi danych, w tym model danych
e) środowisko GIS
f) inne obszary odpowiadające CBDO i CBDH wymienione w podpunktach rozdziału 16.7.

W pkt 16.7 załącznika nr 10 do SIWZ Zamawiający wskazał na wymagania w zakresie:
16.7.1. Funkcjonalności uniezależniającej zestaw pomiarowy od produktu
16.7.2. Funkcjonalności agregacji rocznych
16.7.3. Uzupełnienie funkcjonalności agregacji istniejących w C2.6
16.7.4. Funkcjonalności selektywnej akwizycji
16.7.5. Modułu zarządzania zestawami pomiarowymi i wycinkami danych
16.7.6. rozbudowy funkcjonalności wyboru symboli klasyfikacyjnych
16.7.7. rozbudowy funkcjonalności wyboru grantów
16.7.8. rozbudowy funkcjonalności tworzenia wycinków danych
16.7.9. Eksportu danych w II-giej przestrzeni klasyfikacji
16.7.10. Modułu dystrybucji danych relacyjnych po pojawieniu się w bazie w trybie zdarzeniowym.

16.7.11. Obsługi historii danych dla danych należących do II-giego obszaru klasyfikacji.
16.7.12. Usuwania produktów z CBDH dla wybranych w konfiguracji produktów i wybranych użytkowników
16.7.13. Rozbudowa parserów dla danych zgromadzonych w formatach TXT
16.7.14. Obsługi słowników, tj. przygotowanie logiki i formatek umożliwiających zarządzanie nimi
16.7.15. Spójnej obsługi metadanych
16.7.16. Aktualizacji bazy danych
16.7.17. Bezpieczeństwa migracji

Zgodnie z pkt 16.7.9 Załącznika nr 10 do SIWZ wykonawca jest zobowiązany wytworzyć funkcjonalność:
1. Z poziomu Portalu Wewnętrznego systemu C2.6 musi istnieć funkcjonalność wyboru zakresu danych pomiarowych zgodnie z istniejącymi możliwościami (między innymi: symboli klasyfikacyjnych, stacji pomiarowych, zakresu czasowego) oraz eksportu wybranych danych z zakresu wszystkich danych, również z zakresu II-giej przestrzeni klasyfikacji. Rozbudowany moduł musi obejmować pełen zakres klasyfikacji II-giej przestrzeni klasyfikacji.
2. Wybór danych do eksportu danych z II-giej struktury klasyfikacji musi następować na

tych samych zasadach jak do eksportu danych z I-szej przestrzeni klasyfikacji.

3. Funkcjonalność obecnego modułu eksportu danych pomiarowych musi zostać uzupełniona o możliwość nadawania grantów do danych z II-giej przestrzeni klasyfikacji w taki sam sposób jak dla danych z I-szej przestrzeni klasyfikacji a poprzez to aby było możliwe zarządzanie danymi z II-giej przestrzeni klasyfikacji na tych samych zasadach jak dla I-szej przestrzeni.

Format eksportowanych plików nie został wprost zaproponowany, gdyż Zamawiający wymaga, aby były to pliki CSV a ich zawartość była konfigurowalna za pomocą interfejsu GUI. Konfiguracja eksportu będzie zapisywana w celu jej późniejszego wykorzystania na zasadach obowiązujących w systemie C2.6. Zamawiający wymaga, aby dane i meta dane odnoszące się do danych były skorelowane z sobą w zakresie zawartości pliku CSV, to znaczy, że dana i odpowiadająca im metadana powinny znajdować się w jednym wierszu pliku CSV.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na Zadanie nr 1 zamierza przeznaczyć kwotę 6.300.000,00 PLN netto (7.749.000,00 PLN brutto), a na Zadanie nr 3 kwotę 545.470,93 PLN netto (670.929,24 PLN brutto).

Do upływu terminu składania ofert złożono 3 oferty.

Dla Zadania 1 oferty złożyli wykonawcy:

1) Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin z ceną brutto oferty 8.241.000,00 zł.
2) Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa z ceną brutto oferty 5.473.500,00 zł.

Dla Zadania nr 3 oferty złożyli wykonawcy:

1) Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa z ceną brutto oferty 1.141.440,00 zł.
2) Niver software § hardware, ul. Tuwima 97, 90-031 Łódź z ceną oferty brutto 886.830,00 zł.

(Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Wykonawca Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa, wraz ze złożoną ofertą zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa: a) wykaz osób, b) wykaz wykonanych zamówień na rzecz zleceniodawców z rynku prywatnego wraz z treścią dokumentów poświadczających ich należyte wykonanie, c) wyniki wykonania Zadania w zakresie podzadania a i b (dotyczy Zadania nr 1).

Wykonawca złożył także pismo zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności (str. 43 – 45 oferty wykonawcy).

Zastrzeżone informacje znajdują się na str. 47-49 oferty (wykaz usług), str. 51-52 (referencje), str. 53-54 (wykaz osób dla zadania 1), zobowiązanie do udostępnienia zasobów (str. 57), wyniki wykonania Zadania w zakresie podzadania dla części a i b (str. 59-186 oferty).

Pismem z dnia 20 lipca 2015 r., Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Malkom. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w wyniku uznania zasadności informacji przekazanej na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp przez wykonawcę postępowania przetargowego, podjął decyzję o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 20 lipca 2015 r., Zamawiający wezwał wykonawcę Malkom do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Pismem z dnia 21 lipca 2015 r. wykonawca Malkom złożył pismo pt. wyjaśnienia wykonawcy w postępowaniu.

Pismem z dnia 21 lipca 2015 r., Zamawiający poinformował wykonawcę Malkom o odtajnieniu oferty z wyłączeniem tych zapisów oferty, w stosunku do których spełnione są przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazano, że odtajnione informacje (części oferty) nie spełniają wymagań dotyczących elementów, których połączenie stanowi „know-how", unikatowej koncepcji, informacji których rozpowszechnianie może zagrażać konkurencyjnej

pozycji w określonym segmencie rynku. Zamawiający odtajnił zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz częściowo dokument zawierający wyniki wykonania Zadania w zakresie podzadania dla części a i b (pismo z dnia 21 lipca 2015 r.), wskazując, że odtajnione informacje (części oferty) nie spełniają wymagań dotyczących elementów, których połączenie stanowi know-how unikatowej koncepcji, informacji których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji w określonym segmencie rynku. Zamawiający odtajnił i udostępnił wyniki zadania w zakresie obejmującym nazwy poszczególnych elementów wykonanych podzadań, pozostawiając utajnioną tą część dokumentu, która przedstawia szczegółową ich zawartość (dokument złożony na rozprawie).

Pismem z dnia 23 lipca 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania, wskazując, że w Zadaniu 1 – w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny oferty – wybrał ofertę wykonawcy Malkom.

W zakresie Zadania 3 – Uzupełnienie infrastruktury klastrów obliczeniowych i infrastruktury środowiska wirtualnego – przewidziane do realizacji są następujące zadania:
1. Rozbudowa klastrów obliczeniowych o serwery zarządzające dla obszarów modelowania COSMO i ALADIN
2. Rozbudowa klastra obliczeniowego o pamięć RAM
3. Rozbudowa środowiska wirtualizacyjnego Zamawiającego o zasoby sprzętowe i programowe
4. Warsztaty.

(Sekcja 2 SIWZ – Przedmiot zamówienia).

W treści wzoru umowy dla Zadania 3, Zamawiający określił w § - Przedmiot umowy, że Zamawiający zamawia, a Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć i zainstalować sprzęt komputerowy – serwery wraz z oprogramowaniem w celu uzupełnienia infrastruktury klastrów obliczeniowych infrastruktury środowiska wirtualnego na potrzeby zapewnienia niezbędnej funkcjonalności umożliwiającej obsługę danych i metadanych wytwarzanych w procesie modelowania numerycznego przez centralną bazę danych w IMGW-PIB jako centralne repozytorium danych oraz zapewnienie prezentacji wyników modelowania i pomiarów w środowisku GIS wraz z uzupełnieniem infrastruktury technicznej (ust. 1). Przedmiot Umowy obejmuje:
1. dostarczenie Sprzętu i Oprogramowania wraz z udzieleniem na nie licencji,
2. wykonanie prac związanych z instalacją i konfiguracją Sprzętu i Oprogramowania,
3. testy poprawności instalacji dostarczonego Sprzętu i Oprogramowania, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (ust. 2).

Wykonawca zobowiązany jest do zastosowania wszystkich rozwiązań informatycznych oraz wykonania wszelkich usług wymaganych w celu instalacji Sprzętu i Oprogramowania (w

tym zapewnienia jakości, instalacji, testowania i przekazania do eksploatacji) według najlepszych obowiązujących standardów uwzględniających optymalne założenia technicznie i ekonomicznie, zgodnie z wymaganiami, procedurami i odpowiednimi przepisami oraz wszelkimi innymi źródłami wskazanymi w Umowie (ust. 7).

W załączniku nr 10 do SIWZ w części dotyczącej Zadania 3, Zamawiający:

W pkt 26 – Rozbudowa klastra obliczeniowego - serwery dla obszaru COSMO, wskazał, że wykonawca dostarczy dwa serwery dla potrzeb rozbudowy klastra obliczeniowego dla obszaru COSMO. Serwery muszą spełniać minimalne wymagania, co najmniej:

Obsługiwane systemy operacyjne:
- Microsoft Windows Server 2008 R2
- Microsoft Windows Server 2008
- Microsoft Windows Server 2003 R2
- Microsoft Windows Server 2003
- Red Hat Enterprise Linux 5.4
- SUSE LINUX Enterprise Server 11
- SUSE LINUX Enterprise Server 10
- VMware ESX 4.0
- VMware ESX 5.0

W pkt 27 - Rozbudowa klastra obliczeniowego - serwery dla obszaru ALADIN, Zamawiający wskazał, że wykonawca dostarczy dwa serwery dla potrzeb rozbudowy klastra obliczeniowego dla obszaru Aladin. Serwery dla obszaru ALADIN muszą spełniać minimalne

wymagania, co najmniej:

	Microsoft Windows Server 2008 R2
	Microsoft Windows Server 2008
	Microsoft Windows Server 2003 R2
Obsługiwane	Microsoft Windows Server 2003
8. systemy	Red Hat Enterprise Linux 5.4
operacyjne	SUSE LINUX Enterprise Server 11
	SUSE LINUX Enterprise Server 10
	VMware ESX 4.0
	VMware ESX 5.0

W pkt 28 – 28 Rozbudowa klastra obliczeniowego – pamięć, Zamawiający wskazał m.in., że wykonawca dostarczy moduły pamięci zgodnie z poniższą konfiguracją, zainstaluje je a następnie przetestuje stabilność systemu po rozbudowie. Klaster obliczeniowy zostanie rozbudowany przez Wykonawcę o pamięci zgodnie z poniższymi parametrami.
28.1 Stan obecny:

• 96 węzłów
• Każdy węzeł na 64 GB pamięci RAM
• Pamięć 64GB jest rozłożona 8x4 GB na procesor
• Wszystkie miejsca na pamięci są wykorzystane
28.2 Stan docelowy, po rozbudowie:
• 96 węzłów
• Każdy węzeł po 128GB pamięci RAM
• Ze względu na wykorzystanie wszystkich miejsc na pamięci rozbudowa wymaga wymiany modułów.
28.3 Specyfikacja pamięci:

Lp.	Komponenty	Specyfikacja komponentów – Wymagane
1.	Typ pamięci	Kompatybilna z DDR3-1600/PC3-12800
2.	Opóźnienie CAS	Nie większe niż CL11
3.	Rodzaj pamięci	240-pin DIMM
4.	Prędkość pamięci	Min. 1600 MHz
5.	Sprawdzanie błędów	ECC
6.	Pamięć niebuforowana	Tak
7.	Kompatybilność	Wymagana jest kompatybilność z serwerami HP Blade BL460c Gen8 (641016-B21) z procesorem Intel Xeon E5-2690 (662076-B21) Instalacja pamięci nie może spowodować utraty gwarancji na serwery posiadane przez zamawiającego podlegające 8. Pozostałe rozbudowie. Szczegółowe zapisy gwarancji klastra obliczeniowego znajdują się w załączniku nr 24.

W pkt 29 – Rozbudowa środowiska sprzętowego wirtualizacji, Zamawiający wskazał, że wykonawca dostarczy cztery serwery dla potrzeb rozbudowy klastra wirtualizacyjnego. Serwery dla potrzeb wirtualizacji muszą spełniać minimalne wymagania, co najmniej:

	Microsoft Windows Server 2008 R2
Obsługiwane	Microsoft Windows Server 2008
6. systemy	Microsoft Windows Server 2003 R2
operacyjne	Microsoft Windows Server 2003
	Red Hat Enterprise Linux 5.4

	SUSE LINUX Enterprise Server 11
	SUSE LINUX Enterprise Server 10

VMware ESX 4.0
VMware ESX 5.0

Zamawiający wskazał także, że wykonawca dokona instalacji, konfiguracji, integracji z systemami zarządzania oraz włączy do infrastruktury środowiska wirtualizacyjnego Zamawiającego w oparciu o dostarczone, zainstalowane i skonfigurowane przez Wykonawcę oprogramowanie o którym mowa w pkt. 30. Zamawiający wymaga ustalenia przez Wykonawcę wszelkich działań ingerujących w istniejącą Infrastrukturę z Zamawiającym. Ponadto Wykonawca ustali z Zamawiającym szczegółowy harmonogram prac, z uwzględnieniem możliwych do zaakceptowania przez Zamawiającego wyłączeń infrastruktury. Możliwe terminy wyłączenia systemu uzależnione są od bieżącej sytuacji hydrologiczno-meteorologicznej oraz od prognoz w tym zakresie.

W odpowiedzi z dnia 3 czerwca 2015 r., na pytania wykonawców, Zamawiający wskazał, ze usuwa zapis z pkt 26, 27, 29, umieszczony w tabelach, opisujący serwery, wymagający wsparcia dla systemów operacyjnych Windows Server 2003, VMware ESX 4.0 oraz Red Hat Enterprise Linux 5.4.

W odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1487/15.

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że **odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie w części dotyczącej zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów z oferty wykonawcy Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Warszawie w postaci: wykazu usług (str. 47-48**

oferty) oraz wykazu osób (str. 53-54 oferty). W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Izba podkreśla jednocześnie, że zdecydowana część okoliczności – szczegółowo omówiona poniżej – pozostawała poza zakresem zarzutów wniesionego odwołania, gdyż odnosiła się w istocie do nowej czynności Zamawiającego i stanu rzeczy zaistniałego lub ujawnionego przy ponownym wyborze oferty, a więc do czynności Zamawiającego z dnia 23 lipca 2015 r., która nie była (i nie mogła być z przyczyn niezależnych od Odwołującego) przedmiotem zarzutów niniejszego odwołania. W odniesieniu do tych kwestii, Izba uznała ostatecznie, że choć były one przedstawiane przez strony w toku rozprawy, to ostatecznie nie mogły zostać wzięte pod uwagę przy rozstrzyganiu odwołania. Przyjęcie innego trybu procedowania wiązałoby się bowiem ze złamaniem zakazu wynikającego z art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Stosownie do tego przepisu, odwołanie mogło więc zostać rozpoznane jedynie w takich jego ramach, jakie zostały zakreślone przez Odwołującego w pisemnym odwołaniu. W odniesieniu zaś do pozostałych kwestii, które powstały lub ujawniły się już po wniesieniu odwołania, Odwołującemu przysługuje prawo wniesienia kolejnego odwołania od nowej czynności Zamawiającego polegającej na ponownym wyborze oferty tego samego wykonawcy – dokonanej w trakcie zawisłego przed Izbą sporu, w tym po unieważnieniu czynności zaskarżonej niniejszym odwołaniem i po podjęciu kolejnych czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskutek unieważnienia zaskarżonej czynności, przeprowadzenia kolejnych działań w ramach ponownej oceny i badania oferty wykonawcy Malkom, a w konsekwencji wskutek ponownego wyboru oferty tego wykonawcy, w niniejszej sprawie zaistniała szczególna sytuacja procesowa. Z jednej bowiem strony przestała już istnieć zaskarżona czynność wyboru oferty, a jednocześnie *gros* zarzutów i argumentów podnoszonych w toku rozprawy odnosiło się w istocie do nowej czynności wyboru

oferty, wobec której – jako nie objętej odwołaniem – Izba nie mogła prowadzić merytorycznej oceny i rozstrzygać o jej zasadności lub ewentualnym unieważnieniu. Jedynie w ramach ponownego odwołania wykonawca może kwestionować przedmiotową czynność i podnosić argumenty i okoliczności faktyczne, które w ramach rozpoznania niniejszej sprawy pozostawały poza oceną Izby, gdyż wykraczały poza ramy sporu, wyznaczone treścią zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Należy w tym miejscu wskazać, że zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych, obejmujący stosownie do art. 180 ust. 1 i 3 p.z.p., co najmniej wskazanie kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych, z których odwołujący wywodzi naruszenie przez zamawiającego przepisów p.z.p. (por. wyrok KIO z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2326/14). O zakresie zarzutu stanowią przede wszystkim przywołane okoliczności faktyczne, a sam zarzut to substrat

24

---

okoliczności faktycznych i prawnych (por. wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2346/13; wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1866/14). Nakaz zawarty w art. 191 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, należy przy tym postrzegać – w związku z zakazem wynikającym z art. 192 ust. 7 Pzp i przy uwzględnieniu, że zakres zarzutu wyznaczony jest zakresem okoliczności faktycznych wskazanych w jego podstawie – jako stan rzeczy ustalony w odniesieniu do okoliczności faktycznych (stanu rzeczy), które stanowiły podstawę postawionych zarzutów, wyznaczając jednocześnie ich zakres, a tym samym zakres ich oceny przez Izbę.

W konsekwencji Izba uznała, że nowe okoliczności i argumenty – które dla wykazania przeprowadzenia przez Zamawiającego oceny oferty Malkom i przyznania jej punktacji w sposób wadliwy i sprzeczny z zasadami specyfikacji oraz przepisami ustawy Pzp, strona wywodziła w oparciu o ujawnione jest dopiero w toku postępowania odwoławczego dokumenty Zamawiającego – a więc twierdzenia i zarzuty dotyczące: braku należytego uzasadnienia oceny oferty wykonawcy Malkom; przyznania w ramach tej oceny 15 pkt według kryteriów określonych dla 20 pkt; posługiwania się cząstkowymi ocenami nie przewidzianym w treści specyfikacji; uwag poczynionych przez Zamawiającego przy poszczególnych elementach kryterium (podzadania), w tym twierdzeń, iż nie zostały one właściwe przyporządkowane oraz twierdzeń o tym, że poczynione uwagi potwierdzają brak spełnienia wymaganych elementów, a tym samym brak możliwości przyznania 15 pkt – pozostawały poza zakresem rozpoznania niniejszego odwołania, a ich merytoryczna ocena w ramach tego postępowania odwoławczego skutkowałaby złamaniem zakazu z art. 192 ust. 7 Pzp i skutkowałaby przyzwoleniem na rozszerzenie zakresu zarzutów (na co składa się m.in. rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutu), czego przepisy ustawy Pzp nie przewidują. Tożsamy sposób procedowania należało przyjąć wobec argumentów dotyczących ogólnikowej treści udzielonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, wadliwej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego oraz zaistnienia rażąco niskiej ceny oferty. Wezwanie do złożenia wyjaśnień, okoliczność ich złożenia i ich ocena przez Zamawiającego dotyczy okresu po wniesieniu odwołania. Są to więc nowe okoliczności i nowe czynności, które w ramach tego odwołania nie mogły być przedmiotem merytorycznej oceny Izby.

Powyższe nie powinno jednak oznaczać braku możliwości podniesienia tych okoliczności w ramach kolejnego odwołania od nowej czynności zamawiającego, skoro brak ich podniesienia nie wynikał z zaniedbania strony, lecz z obiektywnej niemożności ich podniesienia, a są to jednocześnie okoliczności składające się na czynność Zamawiającego w postaci ostatecznego wyboru oferty.

W kontekście powyższych uwag natury procesowej, odnośnie zarzutów odwołania podlegających rozpoznaniu w ramach niniejszego rozstrzygnięcia, należy wskazać na następujące motywy rozstrzygnięcia Izby.

25

W zakresie zarzutów, które w ocenie Izby nie zasługiwały na uwzględnienie:

Odwołujący w petitum odwołania postawił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Malkom, pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zarzut taki nie może być rozpatrywany zanim wykonawca nie zostanie wezwany do złożenia wyjaśnień w tym

zakresie. Odwołujący jedynie formalnie powołał więc w podstawie prawnej zarzutów przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Na tym etapie postępowania odwoławczego zarzut ten był jednak zarzutem przedwczesnym, w dodatku sformułowanym w zasadzie w sposób blankietowy.

W konsekwencji zarzut, w takim kształcie i z uwagi na jego przedwczesność nie mógł zostać uwzględniony. Skoro Zamawiający zdecydował się na unieważnienie pierwszego wyboru oraz na wezwanie Malkom do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, a swojej ocenie dał następnie wyraz w czynności ponownego wyboru oferty to w ramach ewentualnego kolejnego odwołania wykonawca dysponuje możliwością podnoszenia argumentów dla wykazania m.in. twierdzeń o wadliwej ocenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do uznania zasadności zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 i art. 96 ust. 2 Pzp poprzez ocenę oferty Malkom w kryterium „Zadanie" z naruszeniem zasad oceny ofert określonych w SIWZ dla tego kryterium, tj. brak uzasadnienia dla oceny oferty oraz przyznanej ilości punktów, a także przyznanie za wykonanie podzadania b) 15 pkt, mimo, że wykonawca Malkom nie przedstawił w rozwiązaniu zadania przykładu wywołania funkcji sieciowych oraz nie zachował zgodności z SIWZ, ponieważ nie „uwzględnił dostępności funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ w pkt 16.7.9 oraz w założenia do Systemu zawarte w Załączniku nr 10 do SIWZ (rozdział 16)", a zachowanie zgodności z SIWZ było warunkiem koniecznym przyznania `15 pkt.

Zgodnie z art. 7 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (ust. 1). Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (ust. 2). Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3).

W myśl art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty

środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Z kolei art. 96 ust. 2 Pzp stanowi, iż oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.

Zarzuty postawione przez Odwołującego zostały oparte na następującym zakresie okoliczności faktycznych wskazanych w treści odwołania: 1. braku uzasadnienia dla oceny oferty oraz przyznanej ilości punktów, 2. nie przedstawienia przez wykonawcę przykładu wywołania funkcji sieciowych, 3. nie zachowania zgodności z SIWZ z uwagi na nie uwzględnienie dostępności funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ w pkt 16.7.9 oraz w założenia do Systemu zawarte w Załączniku nr 10 do SIWZ (rozdział 16). Jednocześnie, w zakresie podstaw mających przemawiać za niezasadnym przyznaniem wykonawcy Malkom 15 pkt, Odwołujący ograniczył się do twierdzenia, że wykonawca ten nie uwzględnił jednej z następujących funkcjonalności systemu C2.6: a) „PU-7064 Przeglądaj szczegółu eksportu danych", b) „PU-2038 Eksportuj dane na podstawie grantu" – wraz ze wszystkimi parametrami, które są zawarte w tych funkcjonalnościach. Odwołujący wskazał, że powyższe funkcjonalności Malkom musiał wykorzystać celem uwzględnienia dostępności funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ w pkt 16.7.9 oraz w założenia do Systemu zawarte w Załączniku nr 10 do SIWZ (rozdział 16). Jako drugą okoliczność Odwołujący wskazał, że Malkom nie przedstawił przykładów wywołań funkcji sieciowych. Ponadto, twierdzenia o wadliwej ocenie ofert i konieczności jej powtórzenia Odwołujący oparł na tezie, że ocena ta powinna zostać powtórzona gdyż rozwiązania podzadań musiały być zgodne w wielu istotnych szczegółach z dokumentacją systemu C2.6 oraz wykorzystywać jego istniejące funkcjonalności, zaś dokumentacja techniczna jest obszerna i obejmuje kilka tysięcy strony, natomiast w protokole postępowania wśród członków komisji nie wskazano ekspertów w zakresie analizy systemów informatycznych, na ocenę poświęcono bardzo krótki czas i

oceny poprawności technicznej nie da się w istocie wykonać bez wykorzystania narzędzi informatycznych pozwalających na tzw. walidację (weryfikację) poprawności kodu.

Mając na względzie powyższe podstawy faktyczne wyznaczające ramy postawionych zarzutów, Izba uznała, ze zarzuty nie potwierdziły się, nie zasługują na uwzględnienie i w tym kształcie nie mogą świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego zasad oceny ofert, przyjętych w specyfikacji kryteriów oceny, ani nie potwierdzają, by Zamawiający naruszył obowiązki wynikające z art. 7 Pzp.

Pierwsza z podstaw faktycznych zarzutów nie potwierdziła się i zdezaktualizowała się w toku postępowania odwoławczego. Zamawiający przed rozstrzygnięciem postępowania sporządził bowiem uzasadnienie dla oceny oferty oraz przyznanej ilości punktów. Odwołujący

wskazał w toku rozprawy, że zarzut jest aktualny w aspekcie braku należytego uzasadnienia, jednak należy wskazać, że czym innym jest twierdzenie o braku uzasadnienia, a czym innym o jego wadliwości merytorycznej czy formalnej, zwłaszcza, że tą wadliwość Odwołujący wywodził z okoliczności, o których wiedzę powziął dopiero po wniesieniu odwołania, i które to okoliczności – jak wskazano wcześniej, nie wyznaczające zakresu zarzutu – mogą ewentualnie zostać wskazane w podstawie faktycznej zarzutów kolejnego odwołania, jeżeli wykonawca zdecyduje się na jego wniesienie.

Kolejna z podstaw faktycznych, mająca świadczyć o błędnym przyznaniu wykonawcy Malkom 15 pkt w podzadaniu b), tj. twierdzenie, że Malkom nie przedstawił przykładów wywołań funkcji sieciowych SOAP, także nie znajduje potwierdzenia w ocenie dokumentacji postępowania. Przykłady te znajdują się bowiem w ofercie wykonawcy Malkom, w utajnionej części przedstawiającej wyniki dla podzadania b) – str. 174 oferty (str. 116 wyników zadania), pkt 2.9.1., co zostało sprawdzone przez Zamawiającego i udokumentowane w dokumencie przedstawiającym ocenę oferty, tj. w załączniku do protokołu nr 4. Odwołujący, któremu Zamawiający udostępnił częściowo odtajnione wyniki wykonania zadania, jest już w posiadaniu wiedzy o tym, że złożone przez wykonawcę wyniki zawierają m.in. element dotyczących przykładu wywołań usługi SOAP, jak również wiedzy o ilości tych przykładów oraz ich nazwach.

W sposób tożsamy należało ocenić twierdzenia dotyczące tego, że wykonawca Malkom nie uwzględnił dwóch funkcjonalności dotyczących: eksportu danych na podstawie grantu i przeglądania szczegółów eksportu danych wraz ze wszystkimi parametrami celem uwzględnienia dostępności funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ w pkt 16.7.9. oraz w założenia do Systemu zawarte w Załączniku nr 10 do SIWZ (rozdział 16). Jedynym skonkretyzowanym elementem zarzutu było odwołanie się do dwóch konkretnie wskazanych funkcjonalności. Całościowa analiza dokumentu przedstawiającego wyniki podzadania z oferty wykonawcy Malkom nakazywała wniosek, że przedmiotowe funkcjonalności zostały uwzględnione. Odwołujący dysponuje już odtajnioną częścią wyników podzadania, gdzie wykonawca w zakresie wymagań w podzadaniu b) Eksport danych pomiarowych z metadanymi, wskazał na funkcjonalności opisane w Załączniku nr 10 do SIWZ pkt 16.7.9 wraz z opisem, jak również nadawanie grantów do danych z II-giej przestrzeni klasyfikacyjnej wraz z opisem, wybór zakresu danych pomiarowych zgodnie z istniejącymi możliwościami z poziomu GUI wraz z opisem, wybór danych do eksportu danych z II-giej struktury wraz z opisem, zarządzanie danymi z II-giej przestrzeni klasyfikacji korelowanie danych i metadanych wraz z opisem – odpowiadające brzmieniu pkt 16.7.9 załącznika nr 10 do SIWZ, jak również wskazał na uwzględnienie wymogu zgodności w zakresie założeń Systemu w odniesieniu do załącznika nr 10 do SIWZ, rozdział 16 (pkt 2.1.4, pkt 2.1.5, pkt 2.1.8, pkt 2.1.11, pkt. 2.1.12, pkt 2.1.14, pkt 2.1.17 wyników, str. 109-111 oferty, str. 51-53

wyników zadania). W dalszej, utajnionej, części dokumentu wykonawca w sposób szczegółowy przedstawił, w tym za pomocą diagramów, tabel i rysunków użyte parametry i funkcjonalności systemu umożliwiające m.in. wykonanie eksportu danych pomiarowych na podstawie grantu oraz przeglądanie szczegółów eksportu danych (rysunek nr 21 str. 140 oferty, pkt 2.4 wyników str. 124 i nast. oferty, pkt 2.6 wyników str. 140 i nast. oferty, rysunek 21 str. 140 oferty).

Z uwagi na fakt, iż analiza dokumentacji postępowania nakazuje wniosek, iż w wynikach podzadania znajdują się jednak przykłady wywołań, jak również wykonawca

wykorzystał funkcjonalności, co do których Odwołujący stawiał twierdzenie o ich nie uwzględnieniu, brak było w konsekwencji podstaw do uznania, by w zakresie wynikającym z podstaw faktycznych zarzutu oferta wykonawcy Malkom nie spełniała warunków SIWZ oraz by powyższe okoliczności, nie znajdujące potwierdzenia w aktach sprawy, mogły stanowić wystarczającą podstawę do wykazania wadliwego przyznania ofercie 15 pkt. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku Odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego. Wniosek dowodowy został powołany, w ocenie Izby, jedynie dla zwłoki, jak również nie byłby przydatny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przede wszystkim z uwagi na zakres zarzutu nie sposób było uznawać, by Odwołujący mógł wnioskować o przeprowadzenie tego rodzaju dowodu także na okoliczności nie objęte podstawami faktycznymi zarzutów, a które to okoliczności Odwołujący podnosił w trakcie rozprawy. Do tego w głównym zakresie zmierzał zaś postawiony wniosek dowodowy. Podstawy faktyczne, które zostały natomiast wskazane w ramach postawionych zarzutów, mogły zostać zweryfikowane przez Izbę, bez konieczności zasięgania opinii biegłego.

Izba nie znalazła także podstaw do uznania zasadności wniosku o potrzebie powtórzenia oceny ofert z uwagi na ogólne twierdzenia, iż w protokole postępowania wśród członków komisji nie wskazano ekspertów w zakresie analizy systemów informatycznych, na ocenę poświęcono bardzo krótki czas, że oceny poprawności technicznej nie da się wykonać bez wykorzystania narzędzi informatycznych pozwalających na tzw. walidację (weryfikację) poprawności kodu, a Zamawiający nie podał także szczegółowego opisu narzędzia użytego do oceny technicznej poprawności kodu oprogramowania. Odwołujący w tym zakresie ograniczył się do bardzo ogólnej i subiektywnej argumentacji, nie przedstawiając rzeczowych argumentów, które miałyby podważać, czy to skład osobowy komisji przetargowej – zresztą część z tych osób reprezentowała Zamawiającego na rozprawie i nie sposób odmówić tym osobom wiedzy specjalistycznej – czy to czas, który Zamawiający poświęcił na przeprowadzenie oceny i badania ofert – należy mieć na uwadze to, iż Zamawiający mając świadomość zbliżającego się terminu, w którym zadanie powinno zostać zrealizowane, miał niewątpliwie podstawy do zintensyfikowania swoich działań – czy wreszcie podstaw swoich twierdzeń o tym, że Zamawiający przeprowadził ocenę poprawności technicznej bez

wykorzystania narzędzi informatycznych, że w ogóle tego rodzaju sposób oceny wynikał z treści specyfikacji, jak również, że Zamawiający miał obowiązek zamieszczania w uzasadnieniu oceny ofert szczegółowego opisu narzędzia użytego do oceny technicznej.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, w części dotyczącej zaniechania odtajnienia wyników podzadania b).

Zarzut pozostawał aktualny ponad to, co Zamawiający udostępnił już Odwołującemu w toku postępowania odwoławczego, odtajniając częściowo przedmiotowy dokument w zakresie obejmującym nazwy poszczególnych elementów wykonanych podzadań, pozostawiając utajnioną tą część dokumentu, która przedstawia szczegółową ich zawartość.

Zgodnie z art. 8 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (ust. 1). Zmawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

W myśl art. 96 ust. 3 zd. drugie Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyników podzadania a i b) wykonawca Malkom wskazał, że przedmiotowe informacje mają charakter techniczny i technologiczny w zakresie wyników wykonania Zadania (w zakresie podzadania a i b) – gdyż sposób wykonania Zadania, oferowany zestaw narzędzi i komponentów oraz produktów stanowi tzw. know-how wykonawcy dotyczące opracowywania projektów technicznych

systemów oraz zawiera autorską metodykę obejmującą przygotowanie szczegółowych rozwiązań architektonicznych dla systemów informatycznych. Sposób realizacji zamówienia zaproponowany przez wykonawcę przewiduje wykorzystanie specyficznych technologii, których połączenie i konfiguracja zostały przygotowane konkretnie na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie, wykonawca wskazał, że ww. informacje nie zostały podane do wiadomości publicznej, jak również podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Podstawa zarzutu i żądania odtajnienia ww. dokumentu osadzała się na twierdzeniu Odwołującego, że w ramach podzadania b) żaden z wykonawców nie wykazywał żadnych „oferowanych narzędzi i komponentów oraz produktów" – a to ze względu na fakt, że w zakresie SIWZ poza dostarczeniem komponentu GIS (niezawiązanego z wykonaniem podzadania a i b nie dostarczano innych gotowych elementów, a wykonawca musi po prostu wykonać oprogramowanie „szyte na miarę", zamówione przez Zamawiającego. Ponadto, argumentowano, że wykonawca w podzadaniu b) nie wykorzystywał specyficznych technologii, których połączenie i konfiguracja zostały przygotowane na potrzeby tego zamówienia. Innymi słowy, Odwołujący oparł dowodzenie o braku podstaw zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentu na tym, iż z istoty zamówienia i informacji, które w nim powinny być zawarte, nie może wynikać, by mogły one stanowić autorskie opracowanie wykonawcy, jego własny know-how i unikalną koncepcję i metodykę sposobu wykonania zamówienia, a co za tym idzie informacje te nie mogą również mieć charakteru technologicznego, technicznego, wartości gospodarczej, ani nie zachodzi podstawa do uznania, że nie są to informacje wcześniej nieupublicznione.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego stanowi wyraz jedynie przyjętej taktyki procesowej. Należy wskazać, że diametralnie odmienne stanowisko wykonawca prezentował na etapie złożenia własnej oferty. Pismo Odwołującego zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pozostaje dokumentem utajnionym, z tego względu Izba w treści uzasadnienia wyroku nie może odwołać się do szczegółowej zawartości tego dokumenty. Dopuszczalnym jest jednak ogólne wskazanie, że wówczas wykonawca argumentował w sposób przeciwstawny wobec stanowiska zaprezentowanego na rozprawie, natomiast korelujący z podstawami i motywami zastrzeżenia tajemnicy, do których odwoływał się wykonawca Malkom. Fakt odtajnienia przez Odwołującego wyników podzadania bezpośrednio przed wniesieniem odwołania nie może stanowić argumentu przemawiającego za zasadnością stanowiska Odwołującego. Decyzja Odwołującego, co do odtajnienia własnej części oferty, nie musiała być podyktowana tym, że wykonawca zreflektował się w zakresie zakresu poczynionego zastrzeżenia, uznając je za wcześniej bezzasadne, lecz mogła być nakierowana na stworzenie, na potrzeby postępowania odwoławczego argumentu, na rzecz domagania się odtajnienia tożsamej części oferty konkurenta. W kwestii twierdzeń, iż z uwagi na istotę tego zamówienia wykonawcy nie mogli oferować unikalnych i autorskich rozwiązań, należy dodatkowo wskazać, że Odwołujący w toku rozprawy sam wskazał, że system C2.6 jest systemem dedykowanym. Ma więc on swoją unikalną specyfikę, a tym samym nie można *a limine* odmawiać takiej cechy również działaniom oferowanym w ramach tego postępowania. Złożony przez Odwołującego dowód w postaci opinii odnośnie zasadności poufności informacji nie został uznany przez Izbę za przesądzający o zasadności twierdzeń Odwołującego. Dowód ten należało w istocie potraktować, jako dowód z opinii prywatnej, przedstawiający stanowisko

tożsame z twierdzeniami Odwołującego, nie wnoszący nowych okoliczności do sprawy, ponad to co Odwołujący przedstawił w pisemnym odwołaniu, powielającym w zasadzie treść tej opinii, a co – jak wskazano wcześniej – było w ocenie Izby wyrazem przyjętej taktyki procesowej przeciwstawnej do wcześniejszego do stanowiska i argumentacji wykonawcy. Wnioski opinii zostały przy tym jedynie szczątkowo uzasadnione i ograniczyło się to do stwierdzenia, że z uwagi na fakt, iż zadanie dotyczy rozszerzenia istniejącego oprogramowania należy przyjął, iż żadna z tajemnic przedsiębiorstwa nie mogła zostać naruszona.

Odnośnie spełnienia przez wykonawcę Malkom obowiązku wynikającego z art. 8 ust. 3 Pzp w postaci konieczności wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to w zakresie ww. dokumentu, Izba uznała, że przedmiotowe wykazanie

miało miejsce w stopniu wystarczającym i ta część pisma wykonawcy z dnia 29 czerwca 2015 r. cechuje się rzeczowością i odwołaniem do konkretnych podstaw.

W zakresie zarzutów podlegających uwzględnieniu.

Jedynie w zakresie dwóch dokumentów w postaci wykazu usług oraz wykazu osób, Izba uznała, że potwierdził się zarzut zaniechania ich odtajnienia. Podstawą oceny Izby jest w pierwszej kolejności fakt, iż – w przeciwieństwie do „wykazania" odnoszącego się do wyników wykonania Zadania w zakresie podzadania a i b – w odniesieniu do ww. dokumentów, należało zgodzić się z Odwołującym, iż nie sposób uznać i zaakceptować tego, by poprzez tak ogólną treść wyjaśnień mógł zostać wypełniony nakaz i obowiązek, jaki został nałożony przez ustawodawcę na wykonawców powołujących się na objęcie określonym informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Analizując przepis art. 8 ust. 3 Pzp wskazać należy, że wykonawca zastrzegający w treści swojej oferty informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dowodzenie w tym zakresie spoczywa po stronie wykonawcy już w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym ocenie Izby może podlegać jedynie informacja (uzasadnienie), jaką w ofercie przedstawił wykonawca, zastrzegając określone treści tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w ofercie złożonej Zamawiającemu nie dowodzi okoliczności, iż informacje zastrzeżone na taką ochronę zasługują. Odwołujący bowiem w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicą wykazu osób oraz wykazu usług podał ogólne, blankietowe informacje mogące nawet zostać uznane za generyczne. Odwołujący poza odwołaniem się do tak ogólnych okoliczności, jak relacje ze swoimi kontrahentami, zasady pozyskiwania właściwych konsultantów, ścieżki pozyskiwania produktów, możliwości pozyskiwania zamówień na rynku, stosowania klauzul poufności, faktu współpracy z podmiotami z rynku prywatnego, czy poza ogólnym odwołaniem się do podjęcia

działań w celu zachowania poufności informacji, w tym do podpisania umów lub klauzul o poufności, nie przedstawił żadnych rzeczowych argumentów, popartych stosownymi dowodami, które umożliwiałyby przyznanie takiej ochrony informacjom zastrzeżonym.

Należy ponadto stwierdzić, że w opisie projektów podanych w wykazie usług wykonawca powtórzył w zasadzie treść wymogów zawartych w specyfikacji. Sama okoliczność, że były to usługi świadczone na rzecz podmiotów z sektora prywatnego nie stanowiła w okolicznościach tej sprawy wystarczającej podstawy do uznania, że informacje te są tajne i mogą korzystać z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa. W złożonych referencjach nie widnieją żadne zastrzeżenia ze strony wystawców, które mogłyby potwierdzać, że są to informacje o specjalnym statusie. Odnośnie wykazu osób to także stanowi on w znacznej mierze powtórzenie treści specyfikacji, jak również jest to ogólny opis kwalifikacji i doświadczenia wskazanych osób oraz podstawy dysponowania tymi osobami. Ponadto należy wskazać na uzasadnienie zmian wprowadzony w art. 8 ust. 3 Pzp na mocy noweli z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz. U. 2014.1232), gdzie podkreślono, że „realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne". Wykaz usług oraz wykaz osób z pewnością do tej kategorii danych należą. Słusznie argumentował Odwołujący, że zasada jawności jest jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odejście od tej zasady musi znajdować szczególne podstawy, które w niniejszej sprawie nie zaistniały także z uwagi na fakt, że wykonawca podstaw tych w sposób rzeczowy nie wykazał. Niedochowanie zaś zasady jawności, jako jednej z fundamentalnych zasad postępowania, musi być każdorazowo postrzegane, jako zaistnienie naruszenia, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Spełniona została więc przesłanka, o której mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

W odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1524/15.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że **odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, który ostatecznie oparty został jedynie na twierdzeniu, że oferowane przez wykonawcę Niver serwery nie obsługują wszystkich serwerów operacyjnych wymaganych przez Zamawiającego.

Jako dowód Odwołujący przedstawił oświadczenie Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w którym stwierdzono, że brak spełnienia wymagań faktycznie polega na tym, że dla serwerów HP Proliant BL 460c Gen9 brak jest wsparcia (nie są obsługiwane) Hewlett-Packard dla niżej wymienionych systemów operacyjnych: Microsoft Windows Serwer 2008, SUSE LINUX Enterprise Serwer 10, VMware ESX 5.0.

W ocenie Izby, powyższy dowód nie mógł świadczyć o zasadności postawionego zarzutu.

Izba w całości podzieliła w tym zakresie argumentację Zamawiającego, przyjmując ją za własną. Izba nie znalazła w konsekwencji podstaw, by jedynie w oparciu o pismo przedstawione przez Odwołującego i jego własną wykładnię wymogu obsługiwania systemów, przyjmować, iż w tym postępowaniu wymóg tej obsługi był tożsamy ze wsparciem. Okolicznością, której Odwołujący nie zakwestionował jest to, że brak wsparcia nie wpływa na to, czy dany system może być przez Zamawiającego wykorzystywany. Odwołujący przyznał nawet, że brak wsparcia nie oznacza braku możliwości zainstalowania systemu na serwerze, jedynie podnosił, że użytkownik – zamawiający, albo wykonawca, robi to na własne ryzyko.

Ponadto, w wymaganiach SIWZ, co zasadnie podnosił Zamawiający, nie było zapisane, że Zamawiający wymaga wsparcia.

Analizując Załącznik nr 10 oraz wzór umowy dla Zadania 3 należało stwierdzić, że wymogiem Zamawiającego było dokonanie instalacji, konfiguracji, integracji z systemami zarządzania oraz włączenie do infrastruktury środowiska wirtualizacyjnego Zamawiającego w oparciu o dostarczone, zainstalowane i skonfigurowane przez Wykonawcę oprogramowanie,

---

zaś obowiązkami wykonawcy, które tym wymogom odpowiadają są: dostarczenie Sprzętu i Oprogramowania wraz z udzieleniem na nie licencji, wykonanie prac związanych z instalacją i konfiguracją Sprzętu i Oprogramowania, testy poprawności instalacji dostarczonego Sprzętu i Oprogramowania, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia.

Z powyższego nie wynika, by Zamawiający wymagał także wsparcia. Tam, gdzie Zamawiający wymagał wsparcia producenta, np. dla sprzętu to wprost to zapisał – przykładowo, jak zostało to określone w Zadaniu 5 pkt 34.1 ppkt. 16 wsparcie techniczne producenta – dostęp do najnowszych sterowników i uaktualnień na stronie producenta.

Także Odwołujący wskazał w toku rozprawy, że Zamawiający zapisał w SIWZ wymóg obsługiwania i nie mówił o wsparciu ani instalacji. To, że obsługiwanie to należy rozumieć również jako wsparcie – jak argumentował Odwołujący „wsparcie równa się obsługiwanie", a więc brak wsparcia ma być równoznaczny z brakiem obsługiwania, a w konsekwencji z niespełnieniem wymogu ze specyfikacji – było własną wykładnią Odwołującego, której

zasadność wykonawca starał się wykazać również poprzez złożone oświadczenie producenta. Należy jednak stwierdzić, że producent, którego oświadczenie złożono, nie jest uprawniony do definiowania i wykładni treści specyfikacji tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W kontekście brzmienia wymogów z Załącznika nr 10 oraz obowiązków ze wzoru umowy dla Zadania 3, należało natomiast podzielić argumentację przedstawioną przez Zamawiającego, który wskazał, że wymóg ze specyfikacji dotyczący obsługiwania systemów operacyjnych powinien być wykładany, jako wymóg teraźniejszej możliwości instalacji i uruchomienia, tym bardziej, że gdyby pod wymogiem obsługiwania Zamawiający żądał także wsparcia, to musiałby określić termin tego wsparcia.

Izba przeanalizowała również treść pytań wykonawców i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, w tym na pytanie 18 z odpowiedzi z dnia 3 czerwca 2015 r. W pytaniu tym wniesiono o usunięcie wsparcia dla określonych systemów operacyjnych, gdyż nowe serwery z nowszymi procesorami nie wspierają tych systemów, a Zamawiający w swojej odpowiedzi wskazał na usunięcie zapisu z tabel opisujących serwery w Zadaniu 3, wymagającego – cytując – „wsparcia dla systemów operacyjnych …". Izba uznała ostatecznie, że jedynie na podstawie ww. pytania i udzielonej odpowiedzi nie sposób wywodzić, że wymogiem Zamawiającego było zapewnienie wsparcia dla systemów operacyjnych, które Zamawiający zdecydował się pozostawić. Jak wskazano wcześniej, nie wynika to ani z opisu przedmiotu zamówienia, ani treści wzoru umowy. Zamawiający przedstawił przy tym przekonujący kontekst pytania i swojej odpowiedzi wskazując, że wykreślił kilka systemów, ale nie dlatego, że brał pod uwagę jedynie serwery generacji 8 HP (dla których zapewnione jest wsparcie dla systemów operacyjnych wskazanych pierwotnie w OPZ), ale brał pod uwagę to, że są nowsze wersje procesorów i dzięki wykreśleniu te systemy, które zostały można zainstalować na nowszych procesorach, które są w generacji serwerów zarówno 8 i 9. Mając

na uwadze, że w treści ww. pytania zasygnalizowano właśnie brak możliwości zaoferowania nowszych serwerów z nowszymi procesorami, wyjaśnienia Zamawiającego należało uznać za rzeczowe i przekonujące.

Ponadto, należy wskazać, że jeżeli wymóg wsparcia miałby być, w realiach tej sprawy, wywodzony jedynie z treści odpowiedzi Zamawiającego na pytanie wykonawcy, która to odpowiedź nie stanowiła wprost o tym, że Zamawiający wymaga wsparcia dla pozostawionych na liście systemów operacyjnych, ani nie dotyczyło tego zadane pytanie, to przy uwzględnieniu zakresu wymogów i obowiązków opisanych w opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy dla Zadania 3, ewentualne wątpliwości należałoby wykładać na korzyść wykonawcy – w tym przypadku wykonawcy, którego oferta została wybrana. Skoro bowiem Zamawiający wprost nie zawarł określonego wymogu w specyfikacji, co do zapewnienia wsparcia, ani nie określał okresu tego wsparcia, to wykonawca ten nie powinien być teraz karany sankcją odrzucenia oferty, jako niezgodnej ze specyfikacją, skoro dostosował się do tych wymogów i do tych obowiązków, które Zamawiający wprost określił w treści ww. dokumentów (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r., sygn. akt KIO 430/15). Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 23 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 70/15, „dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie tego przepisu konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ".

W konsekwencji nie uznania przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby oferta wybranego wykonawcy jest ofertą zgodną z treścią specyfikacji, a tym samym wybór tej oferty, nie może być postrzegany, jako naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Nie zaistniały także żadne podstawy, by Zamawiającemu przypisywać nierówne traktowanie wykonawców.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……..

36

……..

37