

Sygn. akt: KIO 1447/15

WYROK

z dnia 22 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 i 21 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2015 r. przez wykonawcę Longside Investments spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podlaskie w Białymstoku przy udziale wykonawcy Green Operator spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę Longside Investments spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę Longside Investments spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem 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 Białymstoku.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Województwo podlaskie w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na wybór partnera publicznoprywatnego na rozbudowę oraz eksploatację infrastruktury szerokopasmowej wybudowanej w ramach projektu „Sieć szerokopasmowa Polski Wschodniej – Województwo Podlaskie”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i wynosi 44 382 699,20 zł [10 505 029,52 euro].

II. Odwołujący w dniu 6 lipca 2015 r. złożył odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Green Operator sp. z o.o. w Warszawie jako najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania czynności odrzucenia oferty Green Operator, zaniechania odtajnienia [ujawnienia i udostępnienia] przez Zamawiającego załączników do protokołu postępowania tj. pełnej treści korespondencji, jaka miała miejsce po upływie terminu składania ofert pomiędzy Zamawiającym a Green Operator, pomimo, że informacje zawarte w tej korespondencji nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

1) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ;

2) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Green Operator, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ; a także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy poprzez nieuprawnione dokonanie zmiany treści oferty Green Operator;

3) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy oraz w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia [ujawnienia i udostępnienia] załączników do protokołu postępowania tj. pełnej treści korespondencji, jaka miała miejsce

po upływie terminu składania ofert pomiędzy Zamawiającym a Green Operator, pomimo, że informacje zawarte w tej korespondencji nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wyboru oferty Green Operator, pomimo, że ta oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Green Operator jako najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonania czynności odrzucenia oferty Green Operator, odtajnienia i udostępnienia załączników do protokołu postępowania tj. pełnej treści korespondencji, jaka miała miejsce po upływie terminu składania ofert pomiędzy Zamawiającym a Green Operator, dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jest bowiem zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia i w tym celu złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to – po pierwsze – nie dokonałby odrzucenia oferty Odwołującego, po drugie – udostępniłby pełną treść korespondencji mającej miejsce pomiędzy terminem składania ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej, po trzecie – odrzuciłby ofertę Green Operator, bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a nadto jest ona niezgodna z ustawą, a poprzez dokonanie oraz zaniechanie opisanych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji [*lucrum cessans*].

[1] w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ w zakresie niespełnienia wymagania Załącznika nr 1 do SIWZ [OPZ], by:

a) zaproponowany przełącznik miał wysokość nie większą niż 1RU oraz min. 8 portów 10GE w celu połączenia podwójnymi linkami 10GE każdego przełącznika w CZS i szkieletu sieci – wszystkie te przełączniki mają zostać spięte linkami 10GE, co Zamawiający

w uzasadnieniu odrzucenia oferty określił jako wymóg łączenia przełączników na zasadzie „każdy z każdym”,

b) nie zestackowania przez Odwołującego 2 przełączników w pomieszczeniu biurowym administratorów w taki sposób, jak Odwołujący zrobił to w przypadku przełączników w każdej z serwerowni,

– Odwołujący podniósł, że w Rozdziale 8 OPZ, Podrozdział „Wymagania Minimalne dla Urządzeń Instalowanych w CZS. Wymagania dla Przełącznika CZS”, Zamawiający określił: „Dla wymagań funkcjonalnych dla przełącznika sieciowego CZS wzięto pod uwagę możliwość zastosowania urządzenia modułarnego lub pary urządzeń tworzących stos.” Jednocześnie określił, iż „Dla przełącznika sieciowego CZS ustala się następujące wymagania minimalne: [...] Wysokość obudowy nie większa niż 1 RU. [...] minimum 4 porty 10GEV. W OPZ zmienionym w dniu 13.04.2015 r. Zamawiający dokonał zmiany parametru z 4 portów 10GE na 8 portów 10GE.

Odwołujący podniósł, iż złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SIWZ oraz że zastosował rozwiązanie dopuszczone przez Zamawiającego tj. użycie pary urządzeń tworzących stos. Tak więc pojedyncze urządzenie posiada wysokość 1 RU, natomiast z uwagi na wymóg zwiększonej do 8 ilości portów 10GE przy jednoczesnym spełnieniu wszystkich innych wymogów dotyczących przełącznika CZS, zaproponowane zostało rozwiązanie złożone z dwóch urządzeń połączonych ze sobą w stos.

Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano iż: „Wykonawca w swojej ofercie [...] zaproponował dwa takie urządzenia połączone w tzw. „stack”, tworząc tym samym jedno urządzenie złożone z dwóch. Jednak tak złożone urządzenie nie spełnia warunku wysokości 1 RU i nadal to dwa odrębne urządzenia”. W ocenie Odwołującego, idąc tym tokiem rozumowania Zamawiającego, skoro „nadal to dwa odrębne urządzenia”, to wymóg wysokości obudowy nie większej niż 1 RU w odniesieniu do przełącznika [który jest urządzeniem] należy uznać za spełniony. Zamawiający w wyraźny sposób wskazał w OPZ, iż wymóg 1 RU odnosi się do urządzenia [zapisy Rozdziału 8, Podrozdziału „Wymagania Minimalne dla Urządzeń Instalowanych w CZS. Wymagania dla Przełącznika CZS”], nie zaś do rozwiązania, które przyjął Odwołujący bazując na możliwości połączenia urządzeń w stos, którą to możliwość wskazują zapisy OPZ.

Kolejne uzasadnienie Zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego w brzmieniu: „patrzac na wymogi OPZ, pojedyncze rozwiązanie miało spełnić warunek 1 RU. Urządzenie zespolone z dwóch urządzeń tworzy takie jedno urządzenie więc zgodnie z OPZ

powinno mieć nie więcej niż 1 RU” jest sprzeczne z twierdzeniem: „Jednak tak złożone urządzenie nie spełnia warunku wysokości 1 RU / nadal to dwa odrębne urządzenia”.

Powyższa argumentacja Zamawiającego, dotycząca niespełnienia przez Odwołującego wymogu wysokości obudowy 1 RU, zdaniem Odwołującego stanowi sprzeczność samą w sobie. Zamawiający w dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty Wykonawcy wskazuje: *„jeżeli nawet by uznać, że uznaje się technologię stackowania [...] i pominięcie wysokości takiego rozwiązania 2RU oraz rozwiązanie stackowania pomimo, iż spełnia warunki minimalne OPZ, nie spełnia zarówno wysokości rozwiązania, ma być 1 RU co do jednego urządzenia nawet zespolonego z kilku, ponieważ zastosowane rozwiązanie ma 2 RU”.* Zamawiający w OPZ wyraźnie rozróżnia pojęcie „urządzenia” stanowiącego przełącznik CZS od pojęcia „rozwiązania” polegającego na zestackowaniu dwóch przełączników CZS, jednakże w argumentacji odrzucenia oferty Odwołującego miesza te dwa pojęcia na potrzeby wykazania, iż oferta Odwołującego rzekomo nie jest zgodna z wymaganiami OPZ. Zamawiający dopuszczając w OPZ możliwość zastosowania pary urządzeń tworzących stos, liczył się z faktem, iż takie rozwiązanie jako całość przekracza wysokość 1 RU, albowiem Zamawiający w Rozdziale 8 OPZ, Podrozdział „Wymagania Minimalne dla Urządzeń Instalowanych w CZS. Wymagania dla Przełącznika CZS” zawarł wymóg stanowiący, iż *„minimalna liczba przełączników obsługiwanych w stosie co najmniej 8 szt.”* Rozwiązanie złożone z 8 urządzeń będących przełącznikami będzie zatem miało wysokość znacząco przekraczającą 1 RU, czego Zamawiający ma świadomość.

Konsekwencją sformułowania wymagań w OPZ przez Zamawiającego jest to, iż rozwiązanie Odwołującego, polegające na zaproponowaniu urządzenia w postaci przełącznika o wysokości 1 RU i połączenie go w stos z drugim takim urządzeniem po to, aby otrzymać rozwiązanie spełniające wymagania OPZ, jest w pełni zgodne z OPZ.

Odwołujący zastosował rozwiązanie stackowania w celu spełnienia wymogu Rozdziału 8 OPZ, Podrozdział „Wymagania Minimalne dla Urządzeń Instalowanych w CZS. Wymagania dla Przełącznika CZS”, gdzie Zamawiający określił: *„Dla przełącznika sieciowego CZS ustala się następujące wymagania minimalne: [...] minimum 4 porty 10GE”.* W OPZ zmienionym w dniu 13.04.2015 r. Zamawiający dokonał zmiany parametru ilości z 4 portów 10GE na 8 portów 10GE. Odwołujący wskazał, iż termin stackowanie pochodzi od angielskiego słowa stacking i oznacza po prostu układanie jednego urządzenia na drugim [czasami stosuje się w języku polskim również sformułowanie "połączyć w stos"]. Przełączniki grupuje się za pomocą dedykowanych interfejsów. Stworzona poprzez stackowanie grupa przełączników staje się logicznie jednym rozwiązaniem. Konfiguracja oraz monitoring tego rozwiązania odbywa się w oparciu o jeden adres IP. W przypadku stworzenia grupy z dwóch fizycznych

przełączników OS686OE klient otrzymuje logicznie jedno rozwiązanie ze zdwojoną liczbą interfejsów. Urządzenia połączone w stos tworzą rozwiązanie, które w warstwie logicznej stanowi jedno urządzenie. A zatem umieszczenie przez Odwołującego: 2 urządzeń połączonych w stos w serwerowni pierwszej, 2 urządzeń połączonych w stos w serwerowni drugiej, 2 urządzeń połączonych w stos w pomieszczeniu biurowym administratorów – skutkuje tym, iż rozwiązanie zaproponowane zarówno w obu serwerowniach, jak też w pomieszczeniu biurowym administratorów posiada po 8 portów 10GE [4+4].

W Rozdziale 8 OPZ, Podrozdział „Wymagania Minimalne dla Urządzeń Instalowanych w CZS. Wymagania dla Przełącznika CZS” Zamawiający określił, iż te 8 portów 10GE ma służyć „do połączenia z przełącznikami rdzeniowymi i CZS” a następnie rozpiisał to w następujący sposób w OPZ:

1. *„połączenie przełączników serwerowni z przełącznikiem rdzeniowym musi zostać wykonane dwoma linkami 10GE”*
2. *„Pomiędzy przełącznikami umieszczonymi w serwerowniach musi zostać wykonane jednym linkiem 2x 10GE”*
3. *„Połączenie przełączników w serwerowniach z przełącznikiem znajdującym się w pomieszczeniach administratorów musi zostać wykonane linkiem 2x 10GE z każdego urządzenia”*
4. *„Połączenie z CZS należącym do Operatora Infrastruktury lub drugiego budowanego CZS musi zostać wykonane z obydwu przełączników serwerowych linkami 2x 1GE.”*
5. *„Przełączniki w pomieszczeniach administratorów muszą zostać spięte ze sobą połączeniem 10GE.”*

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż *„zgodnie z wymaganiami łączenia przełączników każdy z każdym za pomocą dwóch linków, każde z tych urządzeń musiało by posiadać o 4 linki 10GE więcej aby połączyć wszystkie urządzenia.”* Odwołujący wskazał, że ponieważ rozwiązanie polegające na zestackowaniu 2 urządzeń stanowi w warstwie logicznej jedno rozwiązanie, to wymóg połączenia „każdy z każdym” odnosi się do tak rozumianego rozwiązania, nie zaś do każdego z urządzeń fizycznych tworzących stack. W przeciwnym razie wykonawca i Zamawiający na etapie realizacji mieliby do czynienia z architekturą sieci, która nie ma żadnego uzasadnienia technicznego, bowiem urządzenia łączy się w stack po to, aby stworzyć jedno rozwiązanie, stanowiące z logicznego punktu widzenia jedno urządzenie. Co więcej, argumentacja Zamawiającego, jakoby stackowanie urządzeń było sprzeczne z ideą ich połączenia na

zasadzie „każdy z każdym” prowadzi do sytuacji, w której realizacja wymagania Zamawiającego dotycząca zapewnienia możliwości obsługi w stosie co najmniej 8 szt. takich urządzeń nie jest możliwa dla żadnego z Wykonawców – nawet wówczas, gdyby pojedynczy przełącznik fizyczny zawierał 8 portów 10GE.

Odwołujący zauważył, iż w OPZ nie istnieje „pkt 8 Wymagań na przełącznik CZS” na który Zamawiający powołał się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Być może Zamawiający miał na myśli Rozdział 8 „Centrum Zarządzania Siecią–Wymagania Minimalne”. W Rozdziale 8 OPZ, Zamawiający wskazał: „Podmiot Publiczny wymaga aby Podmiot Prywatny posiadał jedno własne CZS oraz jedno wybudował w ramach zamówienia. W przypadku kiedy Podmiot Prywatny nie posiada jednego własnego CZS, musi on wybudować dwa CZS wg poniższych parametrów minimalnych. Do zadań Wykonawcy należy wybudowanie i wyposażenie CZS w urządzenia zapewniające nieprzerwalne funkcjonowanie CZS. Za jedno CZS Podmiot Publiczny uzna wybudowanie i wyposażenie serwerowni rozlokowanej w dwóch węzłach szkieletowej oraz pomieszczenia biurowego dla administratorów.[...] Podmiot Prywatny, na terenie Województwa Podlaskiego, na własny koszt wynajmie i utrzyma przez okres operowania siecią pomieszczenie biurowe, przeznaczone do obsługi zapasowego CZS oraz zainstaluje w nim sprzęt i urządzenia biurowe do obsługi CZS. [...] W ramach Centrum Zarządzania Siecią do pomieszczeń biurowych do obsługi CZS Podmiot Prywatny dostarczy: [...] przełączniki sieciowe dla zarządzania siecią – 2 sztuki działające w trybie HA, wraz z przełącznikami w serwerowniach”.

Intencją Zamawiającego zawartą w OPZ jest zatem następujące wymaganie:

- w przypadku, gdy Wykonawca nie posiada jednego własnego CZS: musi wybudować i wyposażać dwa CZS według podanych parametrów minimalnych [za jedno takie CZS rozumie się 2 serwerownie i jedno pomieszczenie administratorów].
- w przypadku, gdy Wykonawca posiada jedno własne CZS: musi wybudować i wyposażać jedno CZS według podanych parametrów minimalnych [za jedno takie CZS rozumie się 2 serwerownie i jedno pomieszczenie administratorów].

Odwołujący wskazał, iż posiada jedno własne CZS, dlatego też konstruując ofertę założył konieczność wybudowania tylko jednego [a nie dwóch] CZS według podanych parametrów minimalnych tj. 2 serwerownie i jedno pomieszczenie administratorów. Idąc dalej tym tokiem rozumowania, wymóg w brzmieniu: „W ramach Centrum Zarządzania Siecią do każdej serwerowni znajdującej się w dwóch odrębnych węzłach szkieletowych sieci SSPW Podmiot Prywatny dostarczy: [...] Przełączniki sieciowe dla zarządzania siecią – 2 sztuki działające w trybie HA, po jednym na każda serwerownie* oraz wymóg w brzmieniu: „ W ramach Centrum

Zarządzania Siecią do pomieszczeń biurowych do obsługi CZS Podmiot Prywatny dostarczy: [...] przełączniki sieciowe dla zarządzania siecią – 2 sztuki działające w trybie HA, wraz z przełącznikami w serwerowniach“ należy interpretować w taki sposób, iż skoro Wykonawca buduje tylko jedno pomieszczenie biurowe dla administratorów, to należy w tym pomieszczeniu ustawić jeden przełącznik. Wymóg dostarczenia 2 przełączników sieciowych do pomieszczeń biurowych należy bowiem traktować wyłącznie jako dotyczący sytuacji, w której Wykonawca buduje dwa CZS [ponieważ nie posiada jednego własnego]. Zatem w sytuacji, gdy Wykonawca buduje jedno CZS, Zamawiający wymaga dostarczenia:

–1 przełącznika w jednej serwerowni –1 przełącznika w drugiej serwerowni –1 przełącznika w pomieszczeniu biurowym administratorów.

Odwołujący na dowód prawidłowości powyższej interpretacji przytacza wymóg zawarty w Rozdziale 8 OPZ, Podrozdział „Wymagania Minimalne dla Urządzeń Instalowanych w CZS. Wymagania dla Przełącznika CZS”, gdzie Zamawiający określił: „Przełączniki muszą zostać umieszczone po jednym w każdej serwerowni oraz jeden w pomieszczeniu administracyjnym biurowym CZS.”

Konsekwencją takiego sformułowania zapisów OPZ przez Zamawiającego, jest wyraźny wymóg zainstalowania jednego przełącznika w pomieszczeniu administracyjnym biurowym CZS [a nie dwóch].

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty napisał, że „wymaganie 8 portów 10GE dotyczy również dwóch przełączników montowanych w pomieszczeniach biurowych administratorów CZS, a tam Wykonawca idąc tokiem stackowania przełączników, nie zawarł dodatkowych przełączników w celu rozszerzenia przełączników tam montowanych o dodatkowe 4 porty 10GE. W związku z powyższym jeżeli nawet by uznać, że uznaje się technologie stackowania w celu rozszerzenia portów do 8 dla jednego przełącznika i o ominięciu wysokości takiego rozwiązania 2RU. przełączniki w pomieszczeniach biurowych administratorów CZS nie zostały zestackowane, więc nadal posiadają niedozwoloną ilość portów 4 szt. w przypadku kiedy wymagania dotyczyło 8 portów na każdy z dwóch przełączników montowanych w tym miejscu. W związku z powyższym rozwiązanie stackowania pomimo, iż spełnia warunki minimalne OPZ tj. nie spełnia warunku 8 portów 10GE na każdy przełącznik, gdyż pomimo zestackowania urządzeń w dwóch serwerowniach, tworząc tym samym możliwość dostarczenia 8 portów 10GE, Wykonawca pominął zastosowanie takiego rozwiązania również w pomieszczeniu administratorów.”

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w powyższej argumentacji potwierdza dopuszczalność zastosowania rozwiązania polegającego na połączeniu dwóch urządzeń w stos w celu

uzyskania ilości 8 portów 10GE i pominięcia wysokości takiego rozwiązania 2RU.

Zarzut Zamawiającego, iż w pomieszczeniu biurowym administratorów nie połączono w stos przełączników, jest bezzasadny, albowiem w myśl argumentacji przytoczonej powyżej, Wykonawca wyposaża tylko jedno pomieszczenie biurowe administratorów [drugie CZS jest własnym CZS Wykonawcy] a zatem w swojej ofercie w Załączniku 2A w pkt 3.1 wpisał ilość 6 sztuk przełączników CZS, tj.:

- 2 do jednej serwerowni [połączone w stack]
- 2 do drugiej serwerowni [połączone w stack]
- 2 do pomieszczenia administratorów [połączone w stack].

Odnosnie drugiej przesłanki odrzucenia oferty – oprogramowanie Microsoft Office 365 dedykowane do Analizatora GIS Odwołujący podał, że w treści swojej oferty, w Załączniku 2A – pkt 3.7, w kolumnie oferowany parametr, zamieścił jednoznaczną informację o spełnieniu wymagania dotyczącego oprogramowania Analizatora GIS. W treści tej kolumny wskazane zostały wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego. Oprócz tych informacji Odwołujący dodatkowo wskazał, iż oferuje oprogramowanie Microsoft Office 365. Odwołujący w złożonej ofercie potwierdził spełnienie wymagania dot. oprogramowania aplikacyjnego w ten sam sposób, w jaki uczynił to Green Operator, którego oferta została uznana za w pełni zgodną z wymaganiami SIWZ. Niezrozumiałe jest zatem, dlaczego Zamawiający nierówno traktuje wykonawców w prowadzonym postępowaniu, a w szczególności dlaczego wyciąga negatywne skutki w odniesieniu do wykonawcy, który zamieścił w swojej ofercie więcej informacji niż Green Operator. Green Operator w złożonej ofercie nie wyszczególnił ani typów, ani producentów oprogramowania, co Zamawiający uznał za działanie w pełni zgodne z SIWZ. Można się domyślać się, że w ofercie Green Operator istnieje jakieś preinstalowane oprogramowanie, spełniające wymagania Zamawiającego, jednakże Green Operator tego oprogramowania nie wyszczególnił w wierszu 10 pkt 3.7 Załącznika 2A. Wykonawca Green Operator jedynie przekleił wymagania Zamawiającego z kolumny „Wymagany parametr minimalny” do kolumny „Oferowany parametr”. Zamawiający potraktował to jako spełnienie wymagań. Odwołujący podkreśla, iż uczynił to samo, co wykonawca Green Operator, nie wyszczególniając rodzaju oprogramowania dostarczanego wraz z tabletem oraz dodatkowo wpisał pakiet Microsoft Office 365 jako oprogramowanie dodatkowe, wykraczające poza „Wymagany parametr minimalny” wg nomenklatury Zamawiającego. Pakiet biurowy Microsoft Office 365 został zaoferowany Zamawiającemu jedynie dodatkowo, a to z uwagi na fakt, iż zaoferowany przez Odwołującego Analizator GIS (tablet Samsung Galaxy NotePRO 12.2) jest już standardowo wyposażony w pakiet biurowy, będący aplikacją preinstalowaną. Licencja związana z tym

pakiem biurowym spełnia wszystkie wymagania określone w OPZ. Oprogramowanie preinstalowane na tabletach nie zostało wyszczególnione w pkt. 3.7 Załącznika 2A Odwołującego, ponieważ Zamawiający nie żądał podania w tej kolumnie takiej informacji. W analogiczny sposób postąpił wykonawca Green Operator i Zamawiający nie dopatrył się w tym zakresie jakiegokolwiek naruszenia postanowień SIWZ. Informacja o zaoferowaniu pakietu biurowego Microsoft Office 365 została umieszczona przez Odwołującego w ofercie, bowiem jest to dodatkowe oferowane oprogramowanie, niezależnie od pakietu znajdującego się już w standardzie oferowanego urządzenia.

Również pakiet Microsoft Office 365 jest oprogramowaniem spełniającym wymaganie OPZ, zgodnie z którym licencje nie mogą być udostępniane na zasadzie chmury. Zgodnie z informacją producenta oprogramowania, pakiet Microsoft Office 365 oferuje aplikacje m.in. Word, Excel, PowerPoint oraz pakiet dodatkowych usług określony przez producenta [Microsoft] w następujący sposób:– *"Office 365 to usługa, w ramach której mamy dostęp do zintegrowanego pakietu narzędzi usprawniających szeroko pojętą pracę grupową. Oprócz bogatego zestawu narzędzi biurowych z rodziny Office otrzymujemy dodatkowo całą gamę usług dodatkowych opartych o technologię „chmury”. Są to m.in. Exchange Online, Share Point, Lync, OneDrive i inne. Standaryzacja oraz pełna integracja narzędzi, wchodzących w skład Office 365 mają bezpośredni wpływ na poprawę efektywności codziennej pracy operacyjnej w komunikacji z zespołem, wymianą informacji, czy dokumentów, jak również błyskawicznym dostępie do wszelkich danych firmowych w każdej chwili niezależnie od lokalizacji oraz używanego urządzenia".* Powyższe stwierdzenie producenta oznacza, iż Microsoft oferuje – jednakże w ramach usług dodatkowych – możliwość nabycia dostępu do usług, które świadczone są przy użyciu chmury obliczeniowej [które mogą być w każdym czasie wyłączone – co oznacza iż jest to opcja dodatkowa dla Zamawiającego]. Zamawiający nie wykazał, iż oprogramowanie biurowe Microsoft Office 365 zaoferowane Zamawiającemu przez Odwołującego w zakresie wskazanym w Ofercie uwzględnia takie usługi dodatkowe. Nie można zatem twierdzić, iż *„licencja jest udostępniana na zasadzie chmury"*, gdyż oprogramowanie Microsoft Office 365 jest instalowane w urządzeniu końcowym [analizator GIS] i nie jest konieczne połączenie internetowe do prawidłowego działania wszystkich kluczowych funkcjonalności przedmiotowego oprogramowania [Office 365]. Powyższe, definitywnie wyklucza tezę Zamawiającego jakoby oprogramowanie oferowane przez Odwołującego w Ofercie "było udostępnione" za pomocą chmury obliczeniowej. Ponadto, zgodnie z przepisami prawa polskiego brak jest *„licencji udostępnianej na zasadzie chmury"*; licencje na programy komputerowe [w tym aplikacje systemu] mogą mieć charakter licencji wyłącznych lub niewyłącznych, natomiast sposób

i zakres korzystania z licencji zależy od wskazanych przez uprawnionego tzw. pól eksploatacji. Praktyka rynkowa i dynamiczny rozwój nowych technologii wykształcił różne modele technicznego sposobu zawarcia umowy licencyjnej. W konsekwencji, licencjobiorca może uzyskać uprawnienia do korzystania z rozwiązania informatycznego – prawo licencji – już przez sam fakt rozpoczęcia korzystania z przedmiotu licencji [uruchomienia programu komputerowego], usunięcia folii ochronnej nośnika przedmiotu licencji, czy też elektronicznego potwierdzenia akceptacji warunków licencji. Dodatkowo, dostępne są na rynku rozwiązania oferujące świadczenie usług dodatkowych – takich jak *software as a service, platform as a service, software infrastructure as a service, etc.* – które dostępne są na żądanie uprawnionego oraz nie są związane z koniecznością/możliwością instalacji oprogramowania na urządzeniu końcowym użytkownika. W istocie, świadczenie tych dodatkowych usług opiera się bardzo często na wykorzystaniu tzw. "chmury obliczeniowej" [ang. *cloud computing*], umożliwiając zdalne przetwarzanie danych informatycznych i udostępnienie przez usługodawcę różnego rodzaju usług i zasobów technologii informatycznych. W konsekwencji udzielenie licencji [niezależnie od technicznej formy zawarcia umowy licencyjnej] jest zagadnieniem całkowicie niezależnym i niezwiązanym z zakresem usług oferowanych przez usługodawcę [nie będących przedmiotem licencji]. Wskazane kwestie stanowią zupełnie różne płaszczyzny przedmiotowego zagadnienia – z jednej strony w przypadku licencji analizowana jest podstawa prawna korzystania z danego utworu [programu komputerowego, aplikacji systemowej, itp.] – natomiast w odniesieniu do tzw. „chmury obliczeniowej” przedmiotem analizy jest techniczny sposób, w jakim usługodawca świadczy usługi usługobiorcy. Zarówno z prawnego jak i technicznego punktu widzenia niepoprawne i niezrozumiałe jest twierdzenie wskazane przez Zamawiającego, iż *"licencje nie mogą być udostępniane na zasadzie chmury"* Nadto, Odwołujący nie zaoferował w swojej ofercie licencji udostępnionej na zasadzie chmury. Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty, jakoby Zamawiający wymagał, aby oprogramowanie nie było limitowane czasowo, Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 1 do SIWZ [OPZ] Zamawiający każdorazowo informował, czy określony element zamówienia miał być zapewniony przez określony czas, np. komputery przenośne, analizatory GIS wg Rozdziału 9 OPZ: *„Podmiot Prywatny musi zapewnić aktywną kartę SIM LTE na czas trwania projektu”*. Tymczasem w przypadku licencji na aplikacje biurowe typu edytor tekstu Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych postanowień co do okresu, na jaki muszą być udzielone. Takie wymagania, dotyczące okresu licencji, Zamawiający zamieścił w treści SIWZ, ale wyłącznie dla Systemu Paszportyzacji [załącznik nr 1 do SIWZ, OPZ Rozdział 8]: *„Zakres rzeczowy: Oprogramowanie Wymagana jest dostawa kompletów niewyłącznych, licencji bezterminowych:*

- dla aplikacji klienckich systemu [stanowiska pracy jednoczesnej) – 4 szt.,
- dla aplikacji mobilnych systemu [stanowiska pracy jednoczesnej zdalnej on–line) – 8 szt.
- serwerowych, dotyczących w szczególności systemów operacyjnych i silników GIS/baz danych – w liczbie niezbędnej do zapewnienia poprawnej pracy Systemu i wersjach na urządzenia mobilne.

Warunki udzielonej licencji umożliwić powinny korzystanie z Systemu Paszportyzacji na wszystkich dostępnych polach eksploatacji, umożliwiającym korzystanie z tego oprogramowania zgodnie z przeznaczeniem opisanym w niniejszym Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, w szczególności na następujących polach eksploatacji: wykorzystanie na potrzeby realizacji Projektu, w tym w fazie zarządzania i eksploatacji Infrastruktury”. Odwołujący przywołał postanowienia wzoru Umowy: „§ 38. Elementy Oprogramowania Obcego:

1. Niniejszym Partner Prywatny udziela Podmiotowi Publicznemu niewyłącznej licencji na korzystanie przez Podmiot Publiczny z dostarczanego przez Partnera Prywatnego Oprogramowania Własnego Partnera Prywatnego na potrzeby realizacji Przedsięwzięcia i funkcjonowania Infrastruktury Aktywnej Sieci SSPW we wszelkich możliwych aspektach, wraz z prawem do jego modyfikacji na potrzeby realizacji Przedsięwzięcia lub funkcjonowania Infrastruktury Aktywnej Sieci SSPW.
2. Licencja jest nieograniczona terytorialnie i udzielana jest bez ograniczeń co do dopuszczalnej liczby użytkowników, stanowisk, stacji roboczych, serwerów, procesorów etc.
3. Licencja udzielana jest na czas nieoznaczony. Partner Prywatny zobowiązuje się nie wypowiedzieć licencji w całości ani w części, za wyjątkiem sytuacji naruszenia przez Podmiot Publiczny warunków licencji. Wypowiedzenie licencji w takim wypadku musi jednak zostać zawsze poprzedzone wyznaczeniem Podmiotowi Publicznemu dodatkowego sześciomiesięcznego terminu na usunięcie naruszeń, co stanowi warunek skuteczności złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu licencji. W przypadku naruszenia przez Partnera Prywatnego zobowiązania do niewypowiedzenia licencji, termin wypowiedzenia wynosić będzie dziesięć lat, jednakże nie będzie to wyłączać odpowiedzialności Partnera Prywatnego z tytułu szkody wyrządzonej naruszeniem zobowiązania do niewypowiedzenia licencji.
4. Udzielenie licencji do poszczególnych elementów Oprogramowania Własnego Partnera Prywatnego i ich części będzie następować z chwilą odpowiedniego Odbioru; postanowienie §38 ust. 4 stosuje się odpowiednio.
5. Udzielenie licencji dotyczy następujących pól eksploatacji:

- a) *trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, niezależnie od przeznaczenia danego zwielokrotnienia,*
 - b) *tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym,*
 - c) *dowolnego rozpowszechniania programu komputerowego dla celów związanych z realizacją Przedsięwzięcia lub funkcjonowaniem Infrastruktury Aktywnej Sieci SSPW.*
6. *Podmiot Publiczny uprawniony jest, według swobodnego wyboru, do przeniesienia licencji na osobę trzecią jak też do udzielania sublicencji i upoważniania innych osób do korzystania z oprogramowania w zakresie przysługującej mu licencji.*
7. *Partner Prywatny niniejszym wyraża nieodwołalną zgodę na wykonywanie przez Podmiot Publiczny zmian, adaptacji, przeróbek i modyfikacji oprogramowania w całości lub w części, korzystanie z nich dla celów związanych z realizacją Przedsięwzięcia lub funkcjonowaniem Infrastruktury Aktywnej Sieci SSPW oraz na rozporządzanie nimi, o ile rozporządzenie będzie następowało łącznie z rozporządzeniem udzieloną przez Partnera Prywatnego licencją.*
6. *Oprogramowanie Osób Trzecich Partner Prywatny zobowiązany jest dostarczać każdorazowo wraz z licencją na korzystanie z oprogramowania. Licencja może być udzielana bezpośrednio przez uprawnionego do oprogramowania [Osobę Trzecią] lub w formie sublicencji udzielanej przez Partnera Prywatnego w ramach przysługujących Partnerowi Prywatnemu uprawnień. Udzielenie licencji następuje nie później niż z chwilą odpowiedniego Odbioru: postanowienie § 38 ust. 4 stosuje się odpowiednio.*
9. *W miarę istniejących możliwości Partner Prywatny zobowiązany jest zapewnić, aby licencje na korzystanie z Oprogramowania Osób Trzecich spełniały w jak najszerszym zakresie warunki określone w niniejszym paragrafie dla licencji udzielanych przez Partnera Prywatnego na korzystanie z Oprogramowania Własnego Partnera Prywatnego.*
10. *Udzielenie licencji na korzystanie z Elementów Obcych następuje w ramach objętego Umowa Wynagrodzenia.”.*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z definicją określoną we wzorze umowy *Oprogramowanie Osób Trzecich* to oprogramowanie, do którego prawa autorskie przysługują osobom trzecim, które to oprogramowanie jest w ramach Umowy dostarczane przez Partnera Prywatnego wraz z licencją do korzystania, łącznie z takimi jego dozwolonymi modyfikacjami, do których prawa autorskie podlegają przeniesieniu na podmiot uprawniony do oprogramowania, jak również dotycząca tego oprogramowania oryginalna dokumentacja i jej zmiany wynikające z dozwolonej modyfikacji oprogramowania. W świetle postanowień wzoru umowy, licencja na

Oprogramowanie Osób Trzecich [w tym wypadku na aplikacje biurowe typu edytor tekstu] nie musiała być licencją bezterminową, wykonawca miał jedynie zapewnić, w miarę istniejących możliwości, aby licencje na korzystanie z Oprogramowania Osób Trzecich spełniały w jak najszerszym zakresie warunki określone w § 38 dla licencji udzielanych przez Partnera Prywatnego na korzystanie z Oprogramowania Własnego Partnera Prywatnego [te ostatnie licencje miały być udzielane na czas nieoznaczony]. W ocenie Odwołującego, w treści SIWZ nie ma więc wskazania minimalnego wymaganego okresu trwania licencji dla Oprogramowania Osób Trzecich. Zamawiający nie postawił żadnych wymagań co do okresu obowiązywania licencji na aplikacje biurowe typu edytor tekstu, w szczególności nie powiązał go z okresem trwałości projektu. Zatem każdy z wykonawców miał swobodę w oferowaniu okresu obowiązywania licencji na aplikacje biurowe typu edytor tekstu.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO wszelkie braki czy niejednoznaczności postanowień SIWZ nie mogą obciążać wykonawców. Skoro zatem Zamawiający nie sformułował wymagania bezterminowej licencji na analizatory GIS [czego żądał wprost przy oprogramowaniu dla Systemu Paszportyzacji Sieci], to nie może to powodować niezgodności oferty z treścią SiWZ. Odwołujący podkreślił fakt, iż oprogramowanie preinstalowane na analizatorach GIS zaoferowanych przez Odwołującego, zawierające między innymi.:

- edytor tekstu potrafiący przeczytać dokumenty w popularnych formatach typu .docx, .odf
- arkusz kalkulacyjny
- system prezentacji multimedialnej
- system poczty

jest oprogramowaniem nielimitowanym czasowo.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego użył bezpodstawnego twierdzenia, iż „Z informacji przekazanej od Microsoft, oprogramowanie typu 365 [...], za rok, czy za dwa może w ogóle przestać istnieć”. Odwołujący wskazał, iż jeżeli intencją Zamawiającego było wskazanie, że Microsoft zamierza wycofać produkt z rynku, to nie ma żadnych oficjalnych informacji publicznie dostępnych jakoby korporacja Microsoft zamierzała wycofać z obrotu rozwiązanie Office 365. Ponadto zarzut powyższy nie odnosi się do żadnego z wymagań OPZ.

[2] W zakresie zarzutu naruszenia art 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Green Operator, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a także zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy w związku

z naruszeniem art 87 ust. 1 ustawy poprzez nieuprawnione dokonanie zmiany treści oferty Green Operator, Odwołujący podniósł następujące niezgodności z SIWZ:

(1) Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą Załącznika 2A do SIWZ zawierającego stworzoną przez Zamawiającego w formie tabeli listę minimalnych parametrów, które musi spełnić dane urządzenie. Wybrany wykonawca niezgodnie z wymaganiami SIWZ wypełnił Załącznik do Oferty [Załącznika 2A do SIWZ) przez wykonawcę Green Operator – nie podając rodzaju załączonego dokumentu. Wykonawca Green Operator w swojej ofercie w Załączniku 2A w powyżej opisanych tabelach, w kolumnie pod nazwą „*Rodzaj załączonego dokumentu, złożonego na potwierdzenie parametru oraz miejsce w tym dokumencie wskazujące dany parametr*” we wszystkich wierszach wskazał dokument o nazwie „Oświadczenie”, nie wskazując, jakiego rodzaju oświadczenie dokumentuje poszczególne parametry, a tym samym nie spełnił wymagań opisanych w SIWZ. Do Oferty wykonawca Green Operator załączył dwa oświadczenia – jedno sporządzone i podpisane w dniu 03.05.2015 r. przez Green Operator sp. z o.o., drugie sporządzone i podpisane w dniu 30.04.2015 przez Huawei Polska sp. z o.o.

W związku z powyższym, oferta Green Operator nie odpowiada treści SIWZ, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

(2) Wykonawca Green Operator nie wskazał miejsca w dokumencie tj. w oświadczeniu/oświadczeniach, które wskazywałoby wymagany parametr. Podanie miejsca w dokumencie złożonym na potwierdzenie oferowanego parametru stanowiło wyraźny wymóg Zamawiającego. W związku z powyższym, oferta Green Operator nie odpowiada treści SIWZ, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

(3) Wykonawca Green Operator nie spełnił wymagań Zamawiającego, zgodnie z którym to karty katalogowe i dokumentacja techniczna, nie zaś oświadczenie wykonawcy, mają służyć do potwierdzenia funkcjonalności oferowanych urządzeń. Oświadczenie wykonawcy zostało przez Zamawiającego wskazane jako forma udokumentowania spełnienia wymaganych parametrów jedynie w przypadku, w którym dana funkcjonalność nie może zostać wskazana wprost poprzez wskazanie jej w dokumentacji produktowej. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 65, Zamawiający dopuścił w takim przypadku oświadczenie, iż architektura wykonawcy będzie uwzględniać dane wymaganie, zastrzegając jednocześnie, iż „*oświadczenie Wykonawcy nie może dotyczyć informacji nt aspektów technicznych*”

urządzeń, które można uzyskać z dokumentacji technicznej i kart katalogowych". Tymczasem Wykonawca Green Operator nie przedstawił żadnej dokumentacji technicznej i żadnych kart katalogowych na potwierdzenie spełniania parametrów w przypadku wymagań, na które potwierdzenia znajdują się w dokumentacji technicznej lub w kartach katalogowych urządzeń.

Nawet w przypadku, jeśli dokumentacja techniczna lub karta katalogowa danego urządzenia nie zawiera potwierdzenia wszystkich wymaganych parametrów [a jedynie wybrane], to wykonawcy mieli prawo złożyć oświadczenie potwierdzające jedynie te parametry, na temat których brakuje informacji w dokumentacji technicznej lub kartach katalogowych. Na potwierdzenie tego wymagania Odwołujący przytoczył odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 301. W pytaniu tym Wykonawca prosi o usunięcie z Załącznika 2A w pkt 3.10 „*Monitory – Panele LCD CZS*” wymagań nr 4 i 6 z uwagi na to, iż w dokumentacji technicznej monitorów tego rodzaju parametry nie są wykazywane. W odpowiedzi Zamawiający wskazał, iż „*W przypadku kiedy producent telewizora nie podaje w kartach katalogowych tych informacji, a na tabliczkach znamionowych urządzenia lub w sieci dystrybucji można uzyskać informację o tych danych, Wykonawca może oświadczyć, że te parametry spełnia*”. Wykonawca Green Operator natomiast zaoferował monitory Sony KD–65X9305C a na potwierdzenie wszystkich wymaganych parametrów wskazał dokument o nazwie „Oświadczenie” – pomimo tego, iż znaczna część wymagań na ten monitor znajduje potwierdzenie w parametrach wskazanych w dokumentacji technicznej/karcie katalogowej tego monitora. W przypadku urządzeń/systemów zaoferowanych przez wykonawcę Green Operator istnieją ogólnodostępne karty katalogowe i/lub dokumentacja techniczna, które należało załączyć do oferty na potwierdzenie zgodności parametrów tych urządzeń z wymaganiami Zamawiającego – dotyczy to komputera przenośnego CZS Dell Precision M6800 CTO, analizatora GIS CZS Fujitsu STYLISTIC Q584, monitora Sony KD– 65X9305C, urządzenia biurowego wielofunkcyjnego RICOH MP C4503ASP, drukarki sieciowej OKI C931DN – Odwołujący takie karty załączył do pisma procesowego złożonego w toku postępowania. Odwołujący podniósł, iż wymagane przez Zamawiającego dokumenty miały służyć potwierdzeniu funkcjonalności oferowanych urządzeń, co skutkowało dla wykonawców koniecznością przygotowania wielu tysięcy stron dokumentacji technicznej na potwierdzenie spełnienia oczekiwanych przez Zamawiającego parametrów.

Zamawiający w dniu 16 marca 2015 r. dokonał zmiany treści SIWZ polegającej na wprowadzeniu do SIWZ Załącznika 2A „Wykaz infrastruktury aktywnej i nie mógł nie zdawać sobie sprawy, iż wymaganie wypełnienia Załącznika 2A do SIWZ przez wykonawców oraz załączenie do niego żądanych dokumentów będzie skutkowało otrzymaniem oferty w postaci

tysięcy stron dokumentacji technicznej, albowiem już w dniu 20 marca 2015 roku podmiot Podlaskie Sieci Szerokopasmowe sp. z o.o. wniósł odwołanie między innymi wobec wprowadzenia do SIWZ Załącznika nr 2A „Wykaz infrastruktury aktywnej”, wyraźnie sygnalizując w swoim odwołaniu, iż wprowadzenie wymogu złożenia Załącznika 2A do SIWZ sprowadza się do konieczności opisanie na 55 stronach Załącznika 2A dokumentu potwierdzającego dany parametr techniczny, załączenia do oferty odpowiedniego dokumentu potwierdzającego spełnienie danego parametru, a zatem złożenia wraz z ofertą około 550 dokumentów i dokładnego ich opisanie w załączniku do oferty.

Brak złożenia przez wykonawcę Green Operator żądanej przez Zamawiającego dokumentacji technicznej / kart katalogowych, w celu potwierdzenia funkcjonalności oraz parametrów zadeklarowanych przez tego wykonawcę w Załączniku 2A do SIWZ, oznacza poważne odstępstwo od wymagań określonych w SIWZ, a w rezultacie powoduje dodatkowo nieporównywalność tej oferty z ofertą Odwołującego, w której znajduje się komplet wymaganej dokumentacji technicznej.

(4) oferta wybrana jest niezgodna z wymaganiami SIWZ dot. ilość zestawów lokalizacji tras kablowych oraz znaczników EMS, zaoferowana przez wykonawcę Green Operator. Wykonawca Green Operator w swojej ofercie w Załączniku 2A w pkt 3.9 w kolumnie „ilość sztuk” zaoferował 1. zestaw lokalizacji tras kablowych oraz znaczników EMS, mimo wymagania 2 sztuk.

(5) Oferta Wykonawcy Green Operator jest niezgodna z SIWZ z powodu braku UPS 2000VA na każdy komputer PC w CZS. Zgodnie z OPZ Rozdział 8. Centrum Zarządzania Siecią– Wymagania Minimalne”, Podrozdział. Wymagania minimalne dla urządzeń instalowanych w CZS” akapit .Komputery” punkt 12, Zamawiający wymagał dostarczenia „zasilania 230V AC, z UPS 2000VA na każdy komputer”. Wymóg ten dodatkowo potwierdza zapis pkt 18 powyższego akapitu, gdzie Zamawiający wymaga dostarczenia „UPSów dla komputerów. Odwołujący podniósł, iż wykonawca Green Operator w złożonej ofercie w Załączniku 2A w pkt. 3.5 w kolumnie „oferowany parametr” pozycja 12, zaoferował tylko i wyłącznie zasilanie 230V AC, nie zaoferował zaś UPS 2000VA na każdy komputer.

Zamawiający w dniu 29 maja 2015 wezwał do wyjaśnień Wykonawcę Green Operator, w pkt 10 wezwania wskazując: „W pkt. 3.5 formularza 2A – Komputer PC CZS, prosimy o wskazanie czy zasilacz 230V AC posiada UPS 2000VA?”. W odpowiedzi kierowanej do Zamawiającego w dniu 2 czerwca 2015 r. wykonawca Green Operator złożył wyjaśnienie o treści „Tak, UPS SPRING 2000RT”.

Zdaniem Odwołującego, treść oferty Green Operator nie odpowiada treści SIWZ, albowiem nie obejmuje swym przedmiotem wymaganych UPS-ów 2000VA. Okoliczności tej nie można sanować, jak to usiłował uczynić Zamawiający, poprzez zastosowanie procedury określonej w art. 87 ust. 1 ustawy. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem ustawy, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Procedura opisana w art. 87 ust. 1 ustawy służy jedynie wyjaśnieniu treści oferty, tymczasem w ofercie Green Operator, w Załączniku 2A, brak jest jakiegokolwiek oświadczenia czy deklaracji co do zaoferowania w tym postępowaniu przetargowym UPS-ów 2000VA [wymagane 5 sztuk]. Zastosowana przez Zamawiającego procedura doprowadziła w istocie do niedozwolonego i niezgodnego z przepisami ustawy uzupełnienia treści oferty wykonawcy Green Operator po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym, oferta Green Operator nie odpowiada treści SIWZ, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Dodatkowo oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako niezgodna z ustawą bowiem w sposób nieuprawniony doszło do zmiany treści złożonej oferty.

(6) Oferta Wykonawcy Green Operator nie wskazuje rodzaju licencji oferowanych w ramach modułu CRM. W Załączniku 2A do SIWZ, pkt 3.14 „Moduł CRM”, w kolumnie „ilość i rodzaj licencji” Zamawiający wyraźnie wymagał określenia zarówno ilości, jak też rodzaju licencji oferowanych w ramach oprogramowania modułu CRM. Wykonawca Green Operator w swojej ofercie w Załączniku 2A w pkt. 3.14 w kolumnie „ilość i rodzaj licencji” zaoferował „20 licencji” bez określenia ich rodzaju. W związku z powyższym, oferta Green Operator nie odpowiada treści SIWZ, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

(7) Oferta Wykonawcy Green Operator jest niezgodna z wymaganiami SIWZ co do parametru „złącze SATA” Komputerów przenośnych CZS. Zgodnie z OPZ Rozdział 8 „Centrum Zarządzania Siecią – Wymagania Minimalne”, Podrozdział „Wymagania minimalne dla urządzeń instalowanych w CZS” akapit „Komputery przenośne”, Zamawiający wymaga w pkt 8 „złącza SATA”, a wykonawca Green Operator w swojej ofercie w Załączniku 2A w pkt. 3.6 „Komputer przenośny CZS” w kolumnie „Nazwa i model Komputera” zaoferował komputer Dell Precision M6800 CTO. Na potwierdzenie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego parametrów [w tym wymienionego powyżej pkt 8) Wykonawca Green Operator wskazał dokument pn. „Oświadczenie”. W przypadku urządzeń/systemów, dla których istnieje dokumentacja techniczna/karty katalogowe, należało taką dokumentację

techniczną/karty katalogowe załączyć do oferty – w tych przypadkach Zamawiający nie dopuścił oświadczenia. Wykonawca Green Operator oświadczył zatem, iż zaoferowany komputer przenośny Dell Precision M6800 CTO spełnia wszystkie wymagania OPZ. Oświadczenie Wykonawcy Green Operator nie jest zgodne z prawdą w odniesieniu do przywołanego powyżej parametru pkt 8, albowiem z ogólnodostępnej dokumentacji technicznej komputera przenośnego Dell Precision M6800 CTO wynika, iż zaoferowane urządzenie posiada złącze eSATA [inna konstrukcja wtyczki niż w wymaganym przez Zamawiającego złączu SATA]. Odwołujący podniósł, iż na stronie internetowej producenta zaoferowanego komputera znajdują się obiektywnie przedstawione dane techniczne urządzenia. W związku z tym zmiana któregokolwiek z parametrów oferowanego komputera jest niedopuszczalna. Deklaracja złożona przez wykonawcę Green Operator w ofercie, jakoby oferowany komputer przenośny posiadał złącze SATA, nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości, zwłaszcza mając na uwadze fakt, iż zaoferowane zostało standardowe urządzenie posiadające parametry jednoznacznie wyspecyfikowane przez producenta komputera. W związku z powyższym, oferta Green Operator nie odpowiada treści SIWZ, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

(8) Oferta Wykonawcy Green Operator nie spełnia wymagania w zakresie wymogu dostarczenia 16 urządzeń szkieletowych iP, zgodnie z odpowiedzią na pytanie 194. Odwołujący zwrócił uwagę, na prawidłowe, jego zdaniem, Zestawienie lokalizacji węzłów szkieletowych z podziałem na funkcje, wynikające z wymagań OPZ. Zgodnie z OPZ, funkcje NGA, SSPW oraz IXP mogły być zrealizowane przez router szkieletowy w postaci wirtualnych kontekstów lub za pomocą dedykowanych urządzeń zgodnie z wymaganiami Rozdział 5, pkt 12 lub 14 OPZ: „12) W przypadku rozwiązania obejmującego rozdzielenie funkcjonalności segmentu szkieletowego i dostępowego na odrębne urządzenia, urządzenia pełniące poszczególne funkcje muszą być podobnej klasy, tak aby w przypadku awarii któregokolwiek urządzenia w tym samym węźle szkieletowym, drugie urządzenie tego samego typu [obudowa, sloty kart rozszerzeń, porty) było w stanie pełnić rolę tego pierwszego. Wymóg nie dotyczy funkcji route–reflectora.“. „14) W przypadku rozwiązania obejmującego rozdzielenie funkcjonalności segmentu szkieletowego i dostępowego poprzez wirtualizację funkcji w obrębie jednego urządzenia, ze względu na wysoką awaryjność, urządzenie to musi zostać zduplikowane na urządzenie takiej samej klasy, a porty kart rozszerzeń rozdzielone pomiędzy dwa zduplikowane urządzenia w celu rozdzielania połączeń do każdego urządzenia funkcyjnego w sieci na minimum dwa niezależne porty z dwóch kart rozszerzeń znajdujących się po jednej w każdym z przełączników. Wymóg nie dotyczy funkcji route–reflectora.”

Biorąc pod uwagę, że załącznik 2A zawiera ilości urządzeń funkcyjnych, oferta Green została zatem przygotowana w zgodzie z wymaganiem Rozdziału pkt 12) OPZ.

Jednocześnie niezależnie od wariantów opisanych w punktach 12) oraz 14) Rozdziału 5 OPZ, rozwiązanie musi zgodnie z punktem 11) Rozdziału 5 OPZ, czyli spełniać warunek takiego rozlokowania urządzeń w węzłach szkieletowych, aby w każdym z nich były zainstalowane minimum 2 urządzenia, które będą względem siebie stanowić protekcję niezawodnościową: „11) Urządzenia IP w węzłach szkieletowych muszą zostać tak rozlokowane, aby spełnić warunki brzegowe projektu ale i również tak, aby w każdym z tych węzłów były zainstalowane minimum dwa podobne urządzenia, mogące w przypadku awarii przejąć pracę urządzenia podlegającego awarii.”.

Również z odpowiedzią na pytanie 194, każdy węzeł szkieletowy powinien posiadać dwa urządzenia szkieletowe IP co oznacza, że niezależnie od możliwych wariantów implementacji opisanych w punktach 12 oraz 14 OPZ, każdy węzeł szkieletowy powinien być zbudowany z dwóch urządzeń szkieletowych IP [nie licząc urządzeń funkcyjnych SSPW, IXP oraz NGA]. Odpowiedź na pytanie 194 wyraźnie wskazuje na 16 urządzeń szkieletowych IP. Urządzenie szkieletowe jest opisane wymaganiami OPZ w rozdziale 7. MINIMALNE PARAMETRY DLA KONFIGURACJI URZĄDZEŃ WARSTWY IP SIECI SSPW w sekcji KONFIGURACJA URZĄDZEŃ SEGMENTU SZKIELETU SIECI SSPW. Tak więc odpowiedź na pytanie 194 niezaprzeczalnie i precyzyjnie określa ilość urządzeń szkieletowych IP [routerów szkieletowych] – pytanie 194: OPZ str. 25 punkt 11: „Czy wymaganie: „Urządzenia IP w węzłach szkieletowych muszą zostać tak rozlokowane, aby spełnić warunki brzegowe projektu ale i również tak, aby w każdym z tych węzłów były zainstalowane minimum dwa podobne urządzenia, mogące w przypadku awarii przejąć pracę urządzenia podlegającego awarii oznacza konieczność dostarczenia nie 8, a 16 urządzeń szkieletowych IP? Odpowiedź: Tak”

Konieczność dostarczenia i uruchomienia dwóch urządzeń IP w każdym węźle szkieletowym potwierdza również odpowiedź na pytanie 325 i jednoznacznie informuje, że zaproponowanie pojedynczego urządzenia IP w węźle szkieletowym będzie jednoznaczne z odrzuceniem oferty: „Odpowiedź na pytanie 325: "Zgodnie z OPZ nie ma możliwości montowania w węzłach szkieletowych pojedynczych urządzeń IP. Zastosowanie proponowanego rozwiązania stoi w niezgodzie z OPZ i będzie odrzucone.”.

Oferta Green Operator nie spełnia wymogu dostarczenia 16 urządzeń szkieletowych IP wymaganych zgodnie z OPZ oraz zgodnie z odpowiedziami na pytania 194 i 325.

Zgodnie z Załącznikiem 2A wykonawca Green Operator zaoferował tylko 8 urządzeń szkieletowych. Odwołujący zwrócił uwagę, iż ww. wymaganie SIWZ było sformułowane w sposób jasny, nie budzący wątpliwości. Pomimo tego wykonawca Green Operator zaoferował rozwiązanie, które nie spełnia wymagań Zamawiającego. W szczególności odpowiedź na pytanie nr 325 określa jednoznacznie, jakie konsekwencje będzie miało zaoferowanie pojedynczych urządzeń, co w istniejącej sytuacji oznacza konieczność odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

(9) Oferta Green Operator nie spełnia wymagania w zakresie wymogu zaoferowania co najmniej dwóch urządzeń w każdym węźle szkieletowym. Oferta Green Operator nie spełnia wymagania pkt 11) Rozdziału 5 w zakresie wymogu zaoferowania co najmniej dwóch urządzeń w każdym węźle szkieletowym. Funkcje NGA w przypadku realizacji ich z poziomu węzła szkieletowego występują zgodnie z wymaganiami w trzech węzłach [1xGrajewo, 4xHajnówka i 4xSuwałki], funkcja SSPW występuje w dwóch węzłach [Grajewo, Siemiatycze], funkcja IXP występuje w dwóch węzłach [Białystok, Łomża], funkcja RR występuje w dwóch węzłach [Białystok, Łomża]. Tak więc zgodnie z ofertą Green Operator, do węzłów Sokółka oraz Wysokie Mazowieckie zostały zaoferowane pojedyncze urządzenia, co jest niezgodne z punktem 11 OPZ rozdział 5 oraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania nr 194 i 325.

(10) Oferta Wykonawcy Green Operator jest niezgodna z SIWZ w zakresie zaoferowania urządzeń funkcyjnych, które nie są w stanie przejąć roli urządzenia szkieletowego w razie jego awarii [nie spełnia wymagania pkt 11) Rozdziału 5]. Wymaganie to wyraźnie określało cel zdublowania urządzeń i jest nim utrzymanie ciągłości pracy węzła jako całości w przypadku awarii jednego z urządzeń. Taka sytuacja jest możliwa tylko wtedy, kiedy pojedyncze urządzenie jest w stanie obsłużyć swoją funkcję oraz funkcję, która uległa awarii. Tak więc router szkieletowy powinien mieć możliwość obsługi funkcji dystrybucyjnych SSPW/IXP/NGA w przypadku awarii urządzenia dystrybucyjnego. Inny przypadek to taki, w którym urządzenie szkieletowe ulega awarii i urządzenie dystrybucyjne SSPW/IXP/NGA jest w stanie obsłużyć swoją funkcję oraz funkcję routera szkieletowego. Zamawiający dodatkowo potwierdza taką konieczność w odpowiedzi na pytanie nr 250: *„Zgodnie z zapisami OPZ. Urządzenia IP w węzłach szkieletowych muszą zostać tak rozlokowane, aby spełnić warunki brzegowe projektu ale i również tak, aby w każdym z tych węzłów były zainstalowane minimum dwa podobne urządzenia, mogące w przypadku awarii przejąć pracę urządzenia podlegającego awarii”, niezależnie od funkcji pełnionej w węźle szkieletowym. Zamawiający nie narzuca sposobu realizacji spełnienia wymogu Wykonawcy*

*poza wymogami ściśle określonymi w OPZ.” Urządzenia NE40E–X3, które zostały zaoferowane przez Green Operator jako urządzenia funkcyjne, nie są w stanie zastąpić urządzeń NE40E–X8/X16 i obsłużyć swoją funkcję i jednocześnie funkcję routera szkieletowego. Spowodowane jest to znacznie mniejszą ilością slotów w urządzeniu NE40E–X3 i z tego powodu nie ma możliwości przeniesienia kart liniowych z routera szkieletowego do routera funkcyjnego i utrzymania ciągłości działania sieci w sytuacji awaryjnej. Router X3 ma 3 sloty na karty liniowe a routery szkieletowe odpowiednio 8 i 16 dla X8/X16. Wymaganie rozdzielania portów komunikacyjnych na dwie karty liniowe sprawia, iż co najmniej dwa sloty urządzenia X3 są zajęte przez interfejsy typu uplink co oznacza, że tylko co najwyżej jeden slot jest wolny. Brak jest więc możliwości obsługi funkcji routera szkieletowego mając do dyspozycji jeden wolny slot. Zaoferowane rozwiązanie nie spełnia *wymagania z rozdziału 4. PODSTAWOWE WSPÓLNE WYMAGANIA DLA URZĄDZEŃ WARSTW SZKIELETOWEJ I DYSTRYBUCJI IP I TRANSPORTU: „Wymaga się aby, w celu podniesienia niezawodności, duplikować wszelkie połączenia z portów 10GE, 40GE i 100GE pomiędzy urządzeniami w sieci pomiędzy oddzielne karty liniowe.”.* Żaden z węzłów szkieletowych nie jest skonstruowany w ofercie Green Operator poprawnie. Każdy z węzłów ma wadę w postaci braku możliwości przejęcia roli urządzenia, które ulega awarii.*

[3] Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy oraz w związku z naruszeniem art 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia [ujawnienia i udostępnienia] załączników do protokołu postępowania tj. pełnej treści korespondencji, jaka miała miejsce po upływie terminu składania ofert pomiędzy Zamawiającym a Green Operator, pomimo, że informacje zawarte w tej korespondencji nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący podał, że przepis art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to Zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości

informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki [vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., ICKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59]: informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki uznania tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione [wyrok KIO z dnia 11.07.2011r. sygn. KIO 1368/11]. Zamawiający dokonał oceny zasadności zastrzeżenia przez Green Operator w ofercie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, czemu dał wyraz w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podkreśla, iż zgodnie z decyzją Zamawiającego wskazaną w zakończeniu Jego pisma z dnia 27.06.2015 r., informacje zastrzeżone w ofercie Green Operator jako tajemnica przedsiębiorstwa zostają odtajnione w całości w zakresie: Załącznika 2 A do SIWZ Wykaz Infrastruktury Aktywnej, Oświadczenia złożone na potwierdzenie parametru oferowanego urządzenia. Odwołujący podniósł, iż skoro Zamawiający dokonał odtajnienia ww. Załącznika 2A do SIWZ oraz oświadczeń odnoszących się do parametrów oferowanych urządzeń, konsekwencją takiej decyzji winno być jednocześnie ujawnienie pełnej korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Green Operator w fazie badania złożonych ofert. Nie sposób bowiem przyjąć, by wezwania Zamawiającego oraz wyjaśnienia udzielane przez Green Operator, odnoszące się przecież od odtajnionych informacji o oferowanym sprzęcie, oprogramowaniu oraz ich parametrach, zasługiwały na jakąkolwiek ochronę. Odwołujący podkreślił, że zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców, wskazując na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 745/08: „Zamawiający; w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu. [...] Jednocześnie należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność

postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony.” Identyczny pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła również w wyroku z dnia 27 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1110/08, oraz w wyroku z dnia 29 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1455/08. Odwołujący wskazał, za wyrokiem Izby z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11, że *„przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jawność postępowania jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, nie można zatem podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego.”* [wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 83/13].

W ocenie Odwołującego, zaniechanie odtajnienia pełnej korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Green Operator stoi w sprzeczności z podjętą przez Zamawiającego decyzją o odtajnieniu Załącznika 2A do SIWZ i oświadczeń składanych na potwierdzenie parametru oferowanego urządzenia. Zaniechanie to jest niezrozumiałe, nielogiczne i podyktowane wyłącznie chęcią uniemożliwienia dogłębnego zweryfikowania przez Odwołującego kwestii spełniania przez zaoferowany sprzęt i oprogramowanie wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący podniósł, iż brak znajomości pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Green Operator z oczywistych względów utrudnia formułowanie zarzutów technicznych w zakresie niezgodności oferty Green Operator z treścią SIWZ, a także nie pozwala w ogóle na podniesienie zarzutów merytorycznych w zakresie, jaki wynika tylko i wyłącznie z zaczerpniętej, utajnionej korespondencji.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający zakwestionował interes Odwołującego w rozpatrzeniu odwołania, wskazując, że w przypadku konieczności wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, oferta Odwołującego i tak nie zostałaby wybrana, z uwagi na okoliczność, że wartość oferty Odwołującego przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć

na realizację zamówienia, która to kwota nie zostanie zwiększona.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający przedstawił oświadczenie dwóch członków zarządu, że nie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia większej kwoty, aniżeli kwota 55 372 871,67 zł.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał:

[1] w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego – przełącznika CZS, że Zamawiający dokonał szczegółowej analizy, powziął wątpliwości i zapytał Odwołującego w tej kwestii. Odwołujący tylko potwierdził w swojej odpowiedzi niezgodność swojej oferty z zapisami specyfikacji. Odwołujący w swojej ofercie zaoferował urządzenie Alcatel–Lucent Omniswitch 6860E–48 ilości 6 sztuk. Zgodnie z pkt. 8 Wymagań na przełącznik CZS, Zamawiający żądał dostarczenia 4 sztuk przełączników, gdzie każdy miał mieć w sobie wbudowane 8 portów 10GE w celu połączenia zdwojonymi linkami 10GE każdego z tych 4 szt. Przełączników oraz sieci SSPW, wysokość urządzenia nie większą niż 1 RU. Odwołujący miał dostarczyć po jednej sztuce takiego urządzenia do każdej z dwóch serwerowni i dwie sztuki do pomieszczenia administratorów CZS. Wszystkie te przełączniki miały zostać spięte zdwojonymi linkami 10GE. Dwa połączenia 10GE z każdego przełącznika w serwerowni miały być wykonane do szkieletu sieci, dwa pomiędzy serwerowniami i dwa do pomieszczenia administratorów, co łącznie daje 6 połączeń 10GE zajęte i dwa wolne z 8 dostępnych portów na każdy przełącznik. W pomieszczeniu administratorów miały pracować dwa odrębne przełączniki, czyli jeden komplet urządzeń zgodnych z wymaganiami specyfikacji. Urządzenia te nie miały pracować w trybie połączenia tzw. stackowania. Zaproponowany przez Odwołującego przełącznik posiada tylko 4 porty 10GE, w związku z powyższym nie można z niego wykonać 8 połączeń 10GE i jest niezgodny z OPZ. Odwołujący w swojej ofercie w serwerowniach zaproponował dwa takie urządzenia połączone w tzw. „stack”, tworząc tym samym jedno urządzenie złożone z dwóch. Jednak tak złożone urządzenie nie spełnia warunku wysokości 1 RU i nadal to dwa odrębne urządzenia, gdzie zgodnie z wymaganiami łączenia przełączników każdy z każdym za pomocą dwóch linków, każde z tych urządzeń musiało by posiadać o 4 linki 10GE więcej aby połączyć wszystkie urządzenia. Zastosowanie metody łączenia przełączników każdy z każdym nie jest możliwe na zaproponowanym rozwiązaniu i ewidentnie nie spełnia warunków równoważności. Zamawiający otrzymał odpowiedź z dnia 3 czerwca 2015 r. od Odwołującego, że przyjął rozwiązanie stackowania i wymóg 2 RU odnosi się do dwóch urządzeń a nie jednego, ale patrząc na wymogi OPZ, pojedyncze rozwiązanie miało spełnić

warunek 1 RU. Urządzenie zespolone z dwóch urządzeń tworzy takie jedno urządzenie więc zgodnie z wymogami OPZ powinno mieć nie więcej niż 1 RU. Wymaganie 8 portów 10GE dotyczy również dwóch przełączników montowanych w pomieszczeniach biurowych administratorów CZS, a tam Odwołujący idąc tokiem stackowania przełączników, nie zawarł dodatkowych przełączników w celu rozszerzenia przełączników tam montowanych o dodatkowe 4 porty 10GE. W swoim Odwołaniu Odwołujący wręcz zapomniał o tym, że wymaganie dotyczące ilości portów w każdym urządzeniu i wysokości urządzenia dotyczyło również pomieszczenia administratorów, w którym to zgodnie z zasadą stackowania odwołujący powinien dostarczyć 4. Urządzenia a nie 2. Tak aby rozszerzyć funkcjonalność przełączników 4 portowych, które zaproponował. Tak skonstruowane rozwiązanie nie spełnia z żadnej strony założeń projektu, opisu przedmiotu zamówienia i zgodnie z logiką matematyki nie jest możliwe do wdrożenia. Jeżeli nawet by uznać, że uznaje się technologię stackowania w celu rozszerzenia portów do 8 dla jednego przełącznika i pominięcie wysokości takiego rozwiązania 2RU, przełączniki w pomieszczeniach biurowych administratorów CZS nie zostały zestackowane, więc nadal posiadają niedozwoloną ilość portów 4 szt. w przypadku kiedy wymagania dotyczyło 8 portów na każdy z dwóch przełączników montowanych w tym miejscu. W związku z powyższym rozwiązanie stackowania pomimo, iż spełnia warunki minimalne OPZ, nie spełnia zarówno wysokości rozwiązania, ma być 1RU co do jednego urządzenia nawet zespolonego z kilku, ponieważ zastosowane rozwiązanie ma 2RU, nie spełnia warunku 8 portów 10GE na każdy przełącznik, gdyż pomimo zestackowania urządzeń w dwóch serwerowniach, tworząc tym samym możliwość dostarczenia 8 portów 10GE, Odwołujący pominał zastosowanie takiego rozwiązania również w pomieszczeniu administratorów. Odwołujący w swoim odwołaniu celowo pomija ten fakt i nie pisze o tym, że zapomniał dodać przełączniki w pomieszczeniu administratorów.

[2] W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego – oprogramowanie Microsoft Office 365 dedykowane do Analizatora GIS, Zamawiający podał, że Odwołujący w swojej ofercie zawarł oprogramowanie Microsoft Office 365, które jest limitowane czasowo na jeden rok. Zgodnie z pkt. 8 Wymagań na Analizator GIS na stacjach musi zostać zainstalowane oprogramowanie aplikacyjne systemów, dostęp do serwerów oraz aplikacje biurowe typu edytor tekstu potrafiący przeczytać dokumenty w popularnych formatach typu .docx, .odf, arkusz kalkulacyjny, system prezentacji multimedialnej, system poczty oraz aplikacje do czytania i tworzenia dokumentów pdf, aplikacja pozwalająca tworzyć i edytować mapy. Aplikacje muszą posiadać licencję umożliwiającą sublicencjonowanie. Licencja na systemy nie może być licencją dostępną na zasadach GPL. Na każdym z komputerów musi

istnieć możliwość monitoringu każdego elementu sieci poprzez VPN poprzez Internet. Licencje nie mogą być udostępniane na zasadzie chmury [np. Office 365]. Zamawiający wykluczył w swoim OPZ rozwiązanie np. Office 365, które Odwołujący właśnie zawarł w swojej ofercie. Zamawiający wymaga aby całość rozwiązania była możliwa do utrzymania w całym okresie trwałości projektu, a dostarczany sprzęt i oprogramowanie nie było limitowane czasowo. Z informacji przekazanej od Microsoft, oprogramowania typu 365 nie da się zakupić aż na okres 15 lat, a jak sama nazwa wskazuje jest dystrybuowane tylko na jeden rok, ponieważ za rok czy dwa może przestać w ogóle istnieć i zostać zastąpione przez nowe, inne oprogramowanie, które będzie trzeba wykupić odrębną licencją. Wykonawca w swojej odpowiedzi z dnia 3 czerwca 2015 r. zawarł informację, że oprogramowanie to będzie odnawiane co roku, ale zgodnie z informacją od Microsoft, oprogramowanie to za kilka lat nie będzie możliwe do wykupienia. Zamawiający zawarł w OPZ wymóg, by licencje na oprogramowanie nie mogły być udostępniane na zasadzie chmury [np. Office 365]. Odwołujący tymczasem zawarł w swojej ofercie właśnie takie nie dopuszczone rozwiązanie, czym nie spełnił podstawowego warunku OPZ. Zawarte w odwołaniu wyjaśnienie, że jest to pakiet dodatkowy nie zmienia tej oceny ponieważ w tabeli zawartej w ofercie Odwołujący wpisał to oprogramowanie jako oprogramowanie spełniające wymagania OPZ w tym zakresie. Ponadto w swojej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w celu wyjaśnienia swojej oferty, Odwołujący wskazał właśnie to oprogramowanie czyli Office 365 jako oprogramowanie spełniające swoim zakresem wymogi przedmiotu zamówienia. W Odwołaniu odwołujący zmienił zdanie co podważa dodatkowo wiarygodność intencji odwołującego jak i samego Odwołania.

[3] W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Green Operator – niezgodny z wymogami SIWZ sposób wypełnienia załącznika 2A gdyż nie podano rodzaju załączonego dokumentu, Zamawiający podał, że Odwołujący oparł zarzut na konstatacji, iż wykonawca Green Operator zawarł w swojej ofercie dwa oświadczenia – jedno sporządzone i podpisane przez siebie i drugie sporządzone i podpisane przez Huawei Polska Sp. z o. o. W związku z tym wpisanie w ofercie we wszystkich wierszach wyrazu „Oświadczenie” nie wskazuje jakiego rodzaju oświadczenie dokumentuje poszczególne parametry. Tak postawiony zarzut w istocie odnosi się do sposobu opracowania oferty a nie jej treści. Pod względem treści oferta spełnia wszystkie wymagania postawione w treści SIWZ. Wykonawca Green Operator określił oferowany parametr jak również załączył stosowne oświadczenia potwierdzające te parametry. Ewentualny brak wskazania określonego miejsca w tym dokumencie jest co najwyżej uchybieniem w zakresie sposobu opracowania oferty, które wszakże nie ma żadnej doniosłości prawnej na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Przepis

ten bowiem jako przesłankę odrzucenia oferty określa brak jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie występowanie drobnych uchybień dotyczących przyjętego przez wykonawcę sposobu opracowania oferty. Jak powszechnie zauważa się w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wtedy gdy zawartość merytoryczna oferty złożonej w danym postępowaniu nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Ewentualne drobne uchybienia w zakresie sposobu prezentacji treści oferty nie zwalniają Zamawiającego z należytego odczytania i ustalenia treści oświadczenia woli wykonawcy. Zamawiający nie miał jakichkolwiek problemów z odczytaniem woli wykonawcy w przedmiotowym przypadku, jak również ustaleniem treści oświadczenia, która potwierdza dany parametr.

[4] W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Green Operator – niezgodny z wymogami SIWZ sposób wypełnienia załącznika 2A gdyż brak wymaganych kart katalogowych lub dokumentacji technicznej, Zamawiający podał, że nie wymagał dostarczenia kart katalogowych i dokumentacji technicznych urządzeń; wymagał dostarczenia dokumentu na potwierdzenie parametrów sprzętu. Znamionym jest fakt, że Odwołujący również taki dokument jak oświadczenie złożył – potwierdzenie parametrów urządzeń DWDM. Zatem odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie takiego argumentu, musiałoby skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Zamawiający nie miał problemów z ustaleniem, iż zaoferowane urządzenia spełniają jego wymogi w oparciu o dostępne karty katalogowe.

[5] W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Green Operator – niezgodna z wymaganiami SIWZ ilość zestawów lokalizacji tras kablowych oraz znaczników EMS, zaoferowana przez Wykonawcę Green Operator Zamawiający zauważył, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.[por. przykładowo wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 17 marca 2015 r. sygn.. akt KIO 437/15, z dnia 16 marca 2015 r. sygn. akt 381/15, z dnia 10 marca 2015 r. sygn. akt KIO 369/15]. Zamawiający wyjaśnił, iż w toku oceny ofert w wyniku przeoczenia nie

dostrzegł, że wykonawca Green Operator w kolumnie, w której należało wpisać ilość sztuk zestawów lokalizacji tras kablowych oraz znaczników EMS wpisał 1 szt. zamiast 2 szt. Uwzględniając powyższą okoliczność, która Zamawiającemu znana stała się dopiero po otrzymaniu odwołania, wzięwszy pod uwagę całokształt oświadczeń wykonawcy złożonych w ofercie jak również fakt, iż zobowiązanie w zakresie dostarczenia przedmiotowych zestawów, biorąc pod uwagę główny cel postępowania, ma w stosunku do niego charakter akcesoryjny i nie jest istotnym zobowiązaniem, Zamawiający uznał że w tym zakresie doszło do omyłki, która może być poprawiona nie powodując istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający podkreślił, że stosownie do ugruntowanych poglądów orzecznictwa zbadał wszelkie okoliczności przedmiotowego przypadku, w tym takie kwestie jak: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie [por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2015 r. sygn. akt KIO 302/15; KIO 303/15].

Zamawiający podkreślił, iż postępowanie ma na celu wybór partnera prywatnego, któremu powierzone zostaną w Etapie Rozbudowy – dostawa i instalacja sprzętu aktywnego oraz przygotowanie sieci do świadczenia usług, a w Etapie Operacyjnym – świadczenie usług z wykorzystaniem sieci, która stanowi wkład własny Zamawiającego we wspólne przedsięwzięcie. Umowa zawierana jest na 15 lat. Istotnymi zobowiązaniami partnera prywatnego są dostawa i instalacja urządzeń aktywnych [w tym sensie znaczniki EMS takimi urządzeniami nie są] o parametrach wskazanych w ofercie oraz przede wszystkim pokrycie kosztów operacyjnych świadczenia usług telekomunikacyjnych, ich świadczenie oraz zapłata na rzecz Zamawiającego czynszu za dzierżawę wniesionej tytułem wkładu własnego infrastruktury telekomunikacyjnej. Przykładowo zobowiązania w zakresie kosztów świadczenia usług operacyjnych oszacowane zostały w każdym roku obowiązywania umowy o partnerstwie publiczno–prywatnym na około 10 mln zł. Istotą zamówienia jest realizacja wspólnego przedsięwzięcia, które ma zapewnić w efekcie szerokopasmowy internet na obszarach pozbawionych dostępu do tego internetu, a nie dostawa znaczników do lokalizacji tras kablowych. Jeżeli zatem wykonawca Green Operator chciałby kształtować swoje oświadczenie w sposób odmienny od oczekiwań Zamawiającego, racjonalnie należałoby się tego spodziewać w odniesieniu do zobowiązań, które stanowią istotę partnerstwa publiczno–prywatnego, a więc zobowiązań co do zakresu ponoszenia kosztów operacyjnych, zakresu i warunków świadczenia usług etc. Tymczasem we wszystkich tych istotnych aspektach treść oferty odpowiada wymogom Zamawiającego. Nie można racjonalnie

przypuszczać, że wykonawca Green Operator miałby w sposób świadomy modyfikować swoje zobowiązanie w stosunku do oczekiwań Zamawiającego w zakresie znaczników EMS, które są elementem akcesoryjnym zamówienia w zakresie Etapu Rozbudowy, a biorąc pod uwagę całokształt przedsięwzięcia mają zupełnie marginalne znaczenie. Biorąc pod uwagę fakt zgodności wszystkich istotnych zobowiązań wykonawcy Green Operator z wymogami Zamawiającego, jak również fakt, iż znaczniki EMS zostały zaoferowane (wykonawca wyraził w tym zakresie intencję spełnienia wymogów Zamawiającego), należy uznać, iż niewłaściwa ilość sztuk wpisana w tej pozycji Załącznika 2A do oferty stanowi omyłkę, którą Zamawiający poprawi na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający oświadczył, iż powtórzy czynności oceny ofert poprawiając przedmiotową omyłkę co usunie niezgodność oferty wykonawcy Green Operator z treścią SIWZ, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta zostanie poprawiona.

[6] W zakresie zarzutu, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Green Operator – niezgodna z wymaganiami SIWZ oferta gdyż brak UPS 2000VA na każdy komputer PC w CZS, Zamawiający podniósł, że nie wymagał aby w załączniku 2A wpisać rodzaj zasilacza z UPS jako odrębnego urządzenia tylko aby potwierdzić, że dostarczany zasilacz ma taką możliwość. Wykonawca Green Operator odpowiadając na wniosek o wyjaśnienia udowodnił, że oferowany zasilacz posiada również UPS tak więc Zamawiający uznał, że oferta jest zgodna z SIWZ w tym zakresie.

[7] W zakresie zarzutu dokonywania zmian w treści Oferty Green Operator, Zamawiający podkreślił, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego żadnych zmian w treści tej oferty nie dokonywano. Przedmiot świadczenia tego wykonawcy w zakresie, którego dotyczy zarzut pozostało niezmienione.

[8] W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Green Operator jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ z uwagi nie wskazanie rodzaju licencji oferowanych w ramach modułu CRM, Zamawiający podniósł, że nawet jeśli uznać wskazanie rodzaju licencji za treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, to brak określenia rodzaju licencji nie może być powodem odrzucenia oferty Green Operator. W oparciu o zasady ogólne ustalić można w tym zakresie treść oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie. Zamawiający wskazał na przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych [tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.]. W oparciu o przepisy tej ustawy Zamawiający może jednoznacznie ustalić, iż brak określenia

rodzaju licencji oznacza, że jest to:

- 1) Licencja odpłatna [art. 43 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych],
- 2) Licencja niewyłączna [art. 67 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych],
- 3) Licencja na czas określony, 5-letni [art. 66 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych].

Zamawiający podał, że, z ostrożności wystąpił również do wykonawcy Green Operator o stosowne wyjaśnienia. W odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienia Zamawiający otrzymał jednoznaczną informację na temat rodzaju licencji. Zamawiający podkreślił, że niezależnie od powyższego, nie określił wymagań odnośnie rodzaju licencji na moduł CRM. W konsekwencji fakt złożenia informacji o rodzaju licencji, jak również brak określenia rodzaju licencji pozostaje bez znaczenia dla oceny ofert. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu [tzw. warunki podmiotowe] oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego [tzw. warunki przedmiotowe] zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Przy czym, jak podkreśla się w piśmiennictwie i orzecznictwie zamówień publicznych, żądanie dokumentu składanego na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy powinno być poprzedzone sporządzeniem opisu sposobu spełniania danego warunku [dopiero konkretyzacja warunku uzasadnia żądanie przedłożenia wymaganych informacji]. Jak podkreśla się w orzecznictwie, brak samego opisu warunku uniemożliwia badanie przedłożonych dokumentów odnoszących się do warunków udziału: Jeśli tego warunku Zamawiający nie postawił, a zażądał określonego dokumentu, postanowienie takie należy uznać za sprzeczne z przepisami ustawy. Uwzględniając jednak okoliczność, że na tym etapie postępowania modyfikacja zapisów SIWZ, dotycząca żądanych dokumentów, nie jest możliwa, ewentualnie taki dodatkowy wymóg – żądania dokumentu z przekroczeniem przepisów ustawy – należy uznać za bezprzedmiotowy, nie skutkujący negatywnie dla wykonawców. Innymi słowy, zamawiający zobowiązany jest do wyboru dokumentów z wykazu zamieszczonego w rozporządzeniu, po uprzednim sprecyzowaniu warunku, którego spełnieniem musi wykazać się wykonawca. Brak w SIWZ konkretyzacji warunku udziału czyni żądane dokumenty i oświadczenia bezprzedmiotowymi.

[9] W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Green Operator jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ w odniesieniu do parametru „złącze SATA” komputerów

przenośnych CZS, Zamawiający podał, że zgodnie z karta katalogową komputera Dell Precision M6800 pobraną ze strony producenta, komputer ten posiada wewnętrzne porty SATA oraz zewnętrzny port eSATA. Sama nazwa eSATA – Extended SATA oznacza, że jest to zewnętrzny port SATA. Poza tym Zamawiający nie wymagał aby port SATA był zewnętrzny ponieważ automatycznie musiałby to być port eSATA. Komputer spełnia wymagania poprzez wewnętrzne porty SATA.

[10] W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Green Operator z powodu niespełnienia wymagania w zakresie wymogu dostarczenia 16 urządzeń szkieletowych IP, Zamawiający [zgodnie z odpowiedzią na pytanie 194] oraz zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Green Operator z powodu niespełnienia wymagania w zakresie wymogu zaoferowania co najmniej dwóch urządzeń w każdym węźle szkieletowym, Zamawiający wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 5 pkt. 11 OPZ, urządzenia IP w węzłach szkieletowych muszą zostać tak rozlokowane, aby spełnić warunki brzegowe projektu ale i również tak, aby w każdym z tych węzłów były zainstalowane minimum dwa podobne urządzenia, mogące w przypadku awarii przejąć pracę urządzenia podlegającego awarii. Wykonawca Green Operator zaproponował rozwiązanie, aby urządzenie Huawei NE40E–X3, które jest urządzeniem funkcyjnym, przejmowało ruch od urządzenia Huawei NE40E–X8/16. Ze względu na to, że jest to ta sama rodzina produktów, posiadają taką samą obudowę tak więc można wymieniać między nimi karty rozszerzeń. Zgodnie z treścią wyjaśnień Green Operator, w których umieściła ona tabele rozlokowania urządzeń w sieci, zarzut nie jest słuszny. We wszystkich węzłach szkieletowych znajdują się dwa urządzenia, w tym pierwsze szkieletowe i drugie mogące być szkieletowym w trakcie awarii. Wykonawcy w swoich ofertach mogli zgodnie z pkt 12 OPZ rozdzielić funkcjonalności routera szkieletowego i funkcyjnego dając dwa takie urządzenia albo zgodnie z pkt 14 zwirtualizować funkcje w routerach szkieletowych ale dostarczyć dwa takie zwirtualizowane routery będące routerami szkieletowymi. W takim wypadku urządzenia miały mieć nie tylko taką samą obudowę ale również i wielkość tej obudowy. Zamawiający wymagał dostarczenia 16 sztuk urządzeń szkieletowych, zgodnie z odpowiedzią na przywołane w odwołaniu pytanie, ale odpowiedź ta nie zamyka wymagalności spełnienia pozostałych wymagań opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy zgodnie w pkt 14 OPZ, kiedy wykonawca wybierze możliwość spełnienia wymogu poprzez wirtualizację urządzeń funkcyjnych w obrębie urządzenia szkieletowego, wykonawca musi dostarczyć dwa takie urządzenia szkieletowe czyli 16 sztuk od razu będące po instalacji urządzeniami szkieletowymi, a zgodnie z pkt. 12, kiedy Wykonawca wybierze wariant spełnienia wymogu poprzez dostarczanie urządzeń funkcyjnych autonomicznych, urządzenie to musi posiadać odpowiednią obudowę, sloty, tak

aby mogło w trakcie awarii urządzenia szkieletowego go zastąpić czyli pełnić rolę urządzenia szkieletowego. W takim wypadku urządzenie funkcyjne staje się urządzeniem szkieletowym. Spełnienie łącznie wymagania punktu 12 wykluczało ekonomicznie spełnienie wymagania 14 i było w OPZ warunkowane albo jedno albo drugie. Zamawiający dał taką możliwość w swoim OPZ po to aby każdy z wykonawców uczestniczących w dialogu konkurencyjnym, mógł w sposób naturalny zaproponować swoją architekturę sieci, prezentowaną w trakcie dialogu. Odwołujący zastosował całkowicie chybioną architekturę swojej sieci poprzez zastosowania łącznie jednego i drugiego punktu oraz pomnożył liczbę swoich urządzeń w całkowicie niezgodny z logiką i OPZ sposobem, nie zważając na pozostałe punkty OPZ. Zamawiający podał, że Odwołujący w odwołaniu promuje swoje, całkowicie pozbawione logiki drogą rozwiązanie, próbując udowodnić, że tylko takie jest słuszne. Natomiast zgodnie z zapisami OPZ z pkt. 11 i 12 rozwiązanie Przystępującego jest prawidłowe. Urządzenia NE40E~X3 są to urządzenia tej samej klasy, w tego samego typu obudowie, mający te same porty slotów rozszerzeń i te same funkcjonalności oraz mogą przejąć prace urządzenia NE40E~X8/16 jako urządzenia szkieletowego w trakcie jego awarii, spełniając w tej kwestii rolę urządzenia szkieletowego zgodnie z OPZ. Zamawiający podał, że skierował do Przystępującego prośbę o wyjaśnienie sposobu rozmieszczenia urządzeń w sieci, ponieważ aby być zgodnym z pkt. 11 OPZ wątpliwa była ilość urządzeń funkcyjnych NE40E~X3 mogących zgodnie z pkt. 12 OPZ przejąć pracę urządzenia szkieletowego, będących jednocześnie urządzeniami NGA montowanymi w węzłach dystrybucyjnych NGA. Wykonawca jednak zawarł tabelę w swojej odpowiedzi szczegółowo specyfikującą zasadę rozmieszczenia swoich urządzeń i zastosowanej nowej technologii, całkowicie zgodnej z OPZ pkt. 30, pkt. 3 działu: KONFIGURACJA URZĄDZEŃ FUNKCYJNYCH SEGMENTU DYSTRYBUCJI IP SIECI SSPW.

[11] W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Green Operator jako niezgodnej z wymaganiami, poprzez zaoferowanie urządzeń funkcyjnych, które nie są w stanie przejąć roli urządzenia szkieletowego w razie jego awarii, Zamawiający podał, że urządzenia Huawei NE40E~X3 posiadają tzw. porty półkowe, to znaczy, że jeżeli Wykonawca Green Operator zastosował dwie karty półkowe to urządzenie jego ma do dyspozycji jeszcze 4 sloty półkowe lub dwa sloty pełne. Urządzenie X8 i X16 ma możliwość wyposażenia tylko w karty w slotach pełnych. W związku z powyższym jest możliwość przeniesienia aż dwóch kart urządzenia X8/x16 do urządzenia x3, co spełnia wymagania SIWZ w zakresie możliwości zastąpienia urządzenia przez urządzenie funkcyjne zgodnie z pkt 12 OPZ oraz posiada możliwość rozbudowy o 100% ilości portów urządzenia.

[12] W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia pełnej treści korespondencji jaka miała miejsce po upływie terminu składania ofert pomiędzy Zamawiającym a Green Operator, Zamawiający podał, że nie udostępnił Odwołującemu pism stanowiących wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy Green Operator, bowiem treść tych pism zawierała informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w tym zakresie stosownie do treści art. 8 ust. 3 ustawy, zasada jawności postępowania doznaje ograniczenia. Zamawiający przyjął, zgodnie z dominującym poglądem orzecznictwa i doktryny zamówień publicznych, że choć art. 8 ust. 3 ustawy wprost określa zasady zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia tylko w odniesieniu do treści oferty i wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu to dozwolone jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa także w odniesieniu do innych dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania [po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy terminu składania ofert]. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący oparł uzasadnienie przedmiotowego zarzutu na wnioskowaniu, zgodnie z którym skoro ujawnione zostały informacje zawarte w ofercie wykonawcy Green Operator, to wyjaśnienia odnoszące się do tych informacji też powinny zostać ujawnione. Tymczasem wnioskowanie to nie zawsze musi być prawdziwe, bowiem nie jest wykluczona sytuacja, w której wykonawca wyjaśniając treść oferty, która nie stanowiła tajemnicy przedsiębiorstwa odwołuje się do informacji, które taką tajemnicę stanowią, co miało właśnie miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca Green Operator sp. z o. o. w wyjaśnieniach odwołał się bowiem do szczegółowej konfiguracji urządzeń, koncepcji technicznej sieci, będącej rozwiązaniem autorskim, opracowanym na potrzeby przedmiotowego zamówienia oraz opisu zastosowanej technologii i schematów graficznych zawierających całą strukturę sieci. W ocenie Zamawiającego przekazane informacje wyczerpywały wszystkie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że zobowiązany jest postępować w przedmiotowej sprawie z dużą ostrożnością mając na względzie, że nieuprawnione udostępnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa skutkować będzie jego odpowiedzialnością cywilną, w tym odszkodowawczą wskutek dokonania czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Green Operator sp. z o.o. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Odwołujący nie sprostął wykazaniu przesłanek materialnoprawnych o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie, przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym, oferta wnoszącego odwołanie – w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym.

Dla uwzględnienia odwołania, a w konsekwencji możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu o przedmiotowe zamówienia konieczne byłoby bowiem łączne spełnienie trzech przesłanek:

- po pierwsze – zaistnienie sytuacji, w której Zamawiający przeznaczy na realizację zamówienia kwoty w której mieściłaby się oferta Odwołującego z podaną w niej ceną. Oznaczałoby to podwyższenie budżetu Zamawiającego o kwotę ponad 35 000 000 zł;
- po drugie – spowodowanie, że oferta Odwołującego uznana byłaby za poprawną i nie podlegającą odrzuceniu – czemu miały służyć zarzuty nakierowane na zakwestionowanie czynności odrzucenia własnej oferty Odwołującego;
- po trzecie – wyeliminowanie oferty uznanej za korzystniejszą od oferty Odwołującego, tj. oferty Green Operator sp. z o.o. w Warszawie – do czego zmierzały zarzuty postawione wobec tej oferty.

Odwołujący – w toku postępowania odwoławczego – nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.

W toku postępowania odwoławczego ustalono bowiem, że Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż odrzucenie oferty wybranej jak i ponowne

badanie i ocena ofert nie prowadziłyby do zawarcia z Odwołującym umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta Odwołującego zawiera bowiem cenę, przewyższającą kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i która to kwota nie mogła być zwiększona do ceny oferty Odwołującego, w przypadku wykluczenia aktualnie wybranego wykonawcy i uznania oferty Odwołującego za jedyną ważną. To oznacza, że nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty Odwołującego podniesione w odwołaniu, są zasadne nie mógłby on uzyskać tego zamówienia. Odwołujący nie wykazał zatem szkody jaką poniósł lub mógłby ponieść w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Podkreślenia wymaga, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art.179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego – jak już wyżej wskazano – możliwe byłoby zawarcie umowy z Odwołującym [podobnie Izba w wyrokach z dnia 13 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1154/11 oraz 15 maja 2013 r. w spr. KIO 1025/13 i 1047/13, z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 161/14, z dnia 2 września 2014 r. sygn. akt 1705/14]. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż *[...] przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.], w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom*

skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy [choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.]. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy – z różnych powodów – widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.], gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”

Zatem, rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest

odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody.

Przeprowadzone na posiedzeniu postępowanie wykazało, że Odwołujący nie może ponieść szkody, w wyniku przypisywanych Zamawiającemu naruszeń przepisów. Oferta Odwołującego opiewa bowiem na kwotę 91.982.721,00 zł, podczas gdy Zamawiający na sesji otwarcia ofert podał, że na realizację zadania zamierza przeznaczyć kwotę 55.372.871,67 zł [protokół z postępowania]. Na posiedzeniu ustalono ponadto, że Zamawiający nie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia więcej, aniżeli kwota podana na otwarciu ofert. Zamawiający wykazał, że wobec uzyskania finansowania zewnętrznego, pochodzącego ze środków z Unii Europejskiej, jego własny wkład opiewa na kwotę 2 750 000 zł, w pozostałym zaś zakresie korzysta ze środków przyznanych z odpowiedniego projektu. Projekt Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej – województwo podlaskie realizowany jest z dofinansowaniem ze środków UE i jednocześnie jest w rozumieniu przepisów rozporządzenia Rady [WE] nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie [WE] nr 1260/199 [Dz. U.UE.L.2006.210.25] dużym projektem [tj. projektem, którego całkowity koszt przekracza kwotę 50 mln EUR]. W takich przypadkach udział funduszy UE w realizacji projektu musi zostać zatwierdzony decyzją Komisji Europejskiej. Taka decyzja dla projektu Sieci Szerokopasmowej – Województwo Podlaskie została wydana. Stosownie do przepisów rozporządzenia [art. 41 ust. 2], decyzja ta określa aspekt fizyczny [opis istotnych elementów przedsięwzięcia, główne wskaźniki etc.] oraz kwotę, do której stosuje się poziom współfinansowania osi priorytetowej właściwego programu operacyjnego, czyli, innymi słowy, całkowity koszt realizacji projektu. Zwiększenie zatem kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia zmienia w sposób znaczny kwotę kosztu ogólnego realizacji projektu i wymagałoby zmiany decyzji Komisji Europejskiej. Zamawiający wykazał, że szacowany czas potrzebny na uzyskanie w Komisji Europejskiej

zmiany przedmiotowej decyzji [co najmniej kilka miesięcy do roku] przekreśla jakkolwiek sens realizacji zamówienia, a prawdopodobieństwo uzyskania zgody Komisji Europejskiej na zmianę decyzji jest niewielkie, gdyż zmiana w przedmiotowym przypadku w istocie sprowadzałaby się do znacznego zwiększenia finansowania projektu w stosunku do zakładanych środków przy braku jakiegokolwiek korzyści strony publicznej w postaci zwiększenia zakresu projektu, poprawienia parametrów technicznych. Z decyzji Komisji Europejskiej wynika więc kwota 252 milionów, jako wartość całego projektu a także kwota środków na to zamówienie. Zamawiający wykazał, że jest to duży projekt w rozumieniu przepisów unijnych, w związku z czym zamawiający nie może samodzielnie powiększyć wartości projektu a każda zmiana dofinansowania wymaga zgody Komisji Europejskiej, ta procedura zaś trwa zwykle bardzo długo a jej rezultat nie jest pewny. Perspektywa finansowania upływa z końcem 2015 r., nie ma więc realnej możliwości zwiększenia środków. Realizacja przedmiotowego zamówienia ma nastąpić do końca października 2015 r. zaś maksymalnym terminem rozliczenia projektu jest ostatni dzień tego roku, z tym bowiem czasem upływa perspektywa finansowa. Zamawiający złożył też Uchwały Sejmiku Województwa Podlaskiego w sprawie uchwalenia budżetu województwa podlaskiego na rok 2015 oraz w sprawie uchwalenia Wieloletniej Prognozy Finansowej Województwa Podlaskiego, które potwierdzają, że Zamawiający nie założył na to zadanie większych środków własnych. Zamawiający złożył wreszcie pismo dwóch członków zarządu województwa opatrzone pieczęcie i podpisem głównego księgowego, działającego z upoważnienia Skarbnika Województwa, dotyczące kwestii środków finansowych przeznaczonych na realizację zadania w którym podano, że *„nie zwiększy kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia ponad kwotę 55 372 871,67 zł brutto podaną w dniu otwarcia ofert”* a także że zamówienie realizowane jest w związku z umową o dofinansowanie Projektu POPW.02.01.00–20–047/10–00 z późn. zm., w ramach PO RPW 2007 – 2013, zawartej pomiędzy Województwem Podlaskim a Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości.

Tego rodzaju oświadczenia należy traktować z pełną powagą jako w pełni miarodajne i wyrażające zamiar i możliwości Zamawiającego. Podkreślenia bowiem wymaga, że kwota podawana na otwarciu ofert jako ta, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom, do jakiego Zamawiający jest zobligowany wobec wykonawców podejmować działania zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty: celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania „za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie

wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować Zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. w analizowanym postępowaniu ten zamiar nieprzekraczania budżetu nie budzi wątpliwości – wynika z samych czynności podejmowanych w toku postępowania o zamówienie i jego przygotowania – z kwoty, jaką Zamawiający podał w trakcie otwarcia ofert, a wreszcie – z pisma osób odpowiedzialnych za decyzje w województwie – Zarządu Województwa oraz jego Głównego Księgowego.

Odwołujący, który podczas otwarcia ofert powziął wiadomość, że cena jego oferty jest wyższa, i to tak znacząco, nie tylko od wartości konkurencyjnej oferty, ale przede wszystkim od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, musi zdawać sobie sprawę, że ma szansę na uzyskanie zamówienia tylko pod warunkiem, że Zamawiający zdecyduje się zmienić wcześniejszy, będący wynikiem złożonego i sformalizowanego procesu decyzyjnego zamiar, determinowany dodatkowo zewnętrznym finansowaniem ze środków europejskich, wyrażony na etapie przygotowania postępowania i zwykle – w gospodarce finansowej jednostek wchodzących w skład sektora publicznego – ściśle osadzony w planach finansowych opracowanych w perspektywie długookresowej.

Tym samym, jeśli wykonawca nie posiada racjonalnych podstaw, sygnałów ze strony Zamawiającego, że ten zamiar z takich czy innych względów uległ modyfikacji i że Zamawiający zdecyduje się jednak zwiększyć środki na realizację zamówienia, musi liczyć się, że jego oferta, jako droższa od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie będzie brana pod uwagę. W warunkach, gdy różnica między zaplanowanymi na realizację zamówienia środkami a ceną oferty jest tak duża, że sięga ponad 36 000 000 zł, a niemal całe finansowanie odbywa się ze środków przyznanych decyzją Komisji Europejskiej [Zamawiający z własnych środków wykląda jedynie 2 750 000 zł], Odwołujący nie miał realnych podstaw, by spodziewać się, że Zamawiający w jakiś sposób zwiększy środki. Nie wymaga to odrzucenia ofert przekraczających budżet Zamawiającego lub wykluczenia wykonawców oferujących takie ceny, a jedynie wtedy, gdy nie znajdą się inne oferty mieszczące się w granicach kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia ani Zamawiający nie podejmie decyzji o zwiększeniu środków na sfinansowanie zamówienia,

zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania [art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy]. Ponadto, nie sposób oczekiwać, że o sytuacji, gdy Zamawiający nie zamierza przeznaczyć zwiększonej kwoty na realizację zamówienia możemy mówić wyłącznie w razie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Ta podstawa unieważnienia postępowania ma bowiem charakter zrelatywizowanej do okoliczności postępowania, w tym tego, czy istnieją oferty mieszczące się w założonym przez Zamawiającego budżecie. Oczywistym jest zatem, że Zamawiający nie ma powodów do unieważnienia postępowania, jeśli w postępowaniu złożono oferty mieszczące się w granicach tego budżetu, zaś przesłanka do unieważnienia postępowania wystąpi dopiero wtedy, gdy te oferty zostaną wyeliminowane.

Stanowisko powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie sądowym, to jest w wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 16 kwietnia 2014 r. w spr. VI Ga 23/14, w uzasadnieniu którego wskazano, że *„za utrwalone uznać należy w orzecznictwie stanowisko, iż zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Takie stanowisko zajęła KIO np. w wyrokach z dnia 2.08.2013 r. w sprawach KIO 1748/13; KIO 1750/13 [system Lex przy art.93 ustawy Pzp) stwierdzając: „Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana przy otwarciu ofert, nie wiąże zamawiającego w tym sensie, że nie jest to kwota, której zamawiającemu nie wolno przekroczyć. Zamawiający w toku postępowania może pozyskać dodatkowe środki i z ich pomocą sfinansować zamówienie. Taką możliwość jednoznacznie dopuszcza art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Oceny, czy posiada środki na sfinansowanie zamówienia, dokonuje sam zamawiający. Jest to jego suwerenna decyzja związana z całościową sytuacją finansową zamawiającego, o której wiedzę posiada on sam, nie zaś decyzja i ocena wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zwiększenie kwoty podanej na otwarciu ofert jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem”. Z tym poglądem zgadza się Sąd Okręgowy. Ustawa Pzp zezwala zamawiającemu na zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, a tym samym kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia mimo zaistnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 4, jednakże nie nakłada [bo i nałożyć nie może) na niego takiego obowiązku. Tym samym za bezprzedmiotowe uznać należy również zarzuty dotyczące niewykazania przez zamawiającego, iż nie jest on w stanie zwiększyć środków na sfinansowanie zadania częściowego nr 2. W tym zakresie za wystarczające uznać należy oświadczenie zamawiającego, iż nie zamierza on zwiększyć [z jakichkolwiek przyczyn) środków przewidzianych na sfinansowanie tego zadania.”.*

W tym kontekście, stawiane zarzuty należy uznać za zmierzające do uzyskania stanu,

w którym żadna oferta nie będzie mogła być wybrana, a w konsekwencji – do unieważnienia postępowania. Tymczasem, wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10, z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11]. Podkreślono to także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r. w spr. II Ca 9/11: *„Legitymacja zatem do wniesienia środka ochrony prawnej [w tym wypadku odwołania] służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Interes, o którym tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony. Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Przepis art. 179 ust. 1 pzp mówi o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia”, co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości. W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie”*. W analogiczny sposób kwestię stawiania zarzutów nakierowanych na unieważnienie postępowania oceniono w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 2 kwietnia 2015 r. w spr. X Ga 85/15: *„Słusznie ponadto wskazała Izba, iż zarzuty kierowane wobec wyboru wykonawców [...], rozpatrywane samodzielnie zmierzają do*

uzyskania stanu, w którym – wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu a w konsekwencji – do unieważnienia postępowania Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. W tym zakresie podzielić należy stanowisko KIO z powołaniem na cytowane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej.”

W analizowanej sprawie, ze strony Zamawiającego nie było sygnałów, które pozwoliłyby Odwołującemu na przekonanie, że Zamawiający w razie odrzucenia oferty wykonawcy, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą, a także unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego dokona zwiększenia budżetu na realizację zamówienia o tak wysoką kwotę [ponad 35 000 000 zł], i dokona wyboru kolejnej oferty, to jest przekraczającej założony budżet na zadanie. Przeciwnie, wszystkie okoliczności sprawy nie pozostawiają wątpliwości, że po stronie Zamawiającego nie ani zamiaru ani możliwości wykroczenia poza posiadany [czy też przyrzeczony, w związku z finansowaniem ze środków Unii Europejskiej] budżet. Powyższe determinowało uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Mimo niedopatrzenia się – z przedstawionych wcześniej względów – niemożności uwzględnienia zarzutów skierowanych przez Odwołującego wobec wybranej oferty, nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy [za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08] poddano analizie dalsze zarzuty postawione w odwołaniu, to jest te, zmierzające do zakwestionowania czynności odrzucenia oferty Odwołującego jak i wyboru oraz zaniechania uznania za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w ofercie wybranej.

I tak, nie znalazły potwierdzenia zarzuty kierowane wobec bezpodstawnego, w ocenie Odwołującego, odrzucenia Jego oferty. Obydwa powody podane w rozstrzygnięciu postępowania, jako te, które decydowały o odrzuceniu tej oferty nie zostały skutecznie zakwestionowane. Jeśli chodzi o pierwszy powód stwierdzenia przez Zamawiającego niezgodności oferty z SIWZ, to jest niespełnienie wymagania Załącznika nr 1 do SIWZ [OPZ], by zaproponowany przełącznik miał wysokość nie większą niż 1RU oraz min. 8 portów 10GE w celu połączenia podwójnymi linkami 10GE każdego przełącznika w CZS i szkieletu sieci – wszystkie te przełączniki mają zostać spięte linkami 10GE [wymóg łączenia przełączników na zasadzie „każdy z każdym”] a także nie zestackowania przez Odwołującego dwóch przełączników w pomieszczeniu biurowym administratorów w taki sposób, jak Odwołujący zrobił to w przypadku przełączników w każdej z serwerowni, dostrzeżenia wymaga, że trafną jest ocena Zamawiającego w odniesieniu do liczby i łączenia przełączników. Jak ustalono, różnice stanowisk między Zamawiającym i Odwołującym co do spornego połączenia przełączników wynikają z prozaicznego powodu, jaką jest wymagana ilość przełączników: Odwołujący w tej mierze dostrzegł jedynie te postanowienia SIWZ, które mówią o ulokowaniu po jednym przełączniku w każdej z dwóch serwerowni oraz umieszczeniu jednego w pomieszczeniu administracyjnym biurowym CZS [OPZ, str. 56, opis zamieszczony przed tabelą], podczas gdy o szczegółowej ilości przełączników mówiły dodatkowo inne postanowienia OPZ, to jest te zamieszczone na str. 55 i 56. W tych postanowieniach zawarto wymóg, zgodnie z którym podmiot prywatny dostarczy „*przełączniki sieciowe dla zarządzania siecią – 2 sztuki działające w trybie HA, po jednym na każdą serwerownię*” [Rozdział 8 pkt 1 wymagań dotyczących serwerowni – str. 55 OPZ] oraz „*przełączniki sieciowe dla zarządzania siecią – 2 sztuki działające w trybie HA, wraz z przełącznikami w serwerowniach*” [Rozdział 8 pkt 7 wymagań dotyczących pomieszczeń biurowych – str. 56 OPZ]. Z powyższych postanowień wynika więc, że koniecznym było zaoferowanie cztery przełączniki [a przy koncepcji ich stakowania – dwukrotnie więcej, to jest osiem]. Także złożona przez Odwołującego opinia wyspecjalizowanego instytutu posługuje się wyłącznie tym jednym postanowieniem, pomijając dalsze wymagania, to jest te które mówią o ilości urządzeń, mających być przedmiotem dostawy, co czyni wnioski w niej zawarte niemiarodajnymi.

Jeśli więc Odwołujący oferował trzy przełączniki stakowane [łączone w stos], to jest łączone z dwóch odrębnych urządzeń [a więc sześć stakowanych urządzeń], to nie spełnił wymogu zaoferowania łącznie czterech urządzeń. Odwołujący przewidział zaś do pomieszczenia biurowego administratorów jedno urządzenie [dwa zestakowane przełączniki] mimo wynikającego z Rozdziału 8 pkt 7 OPZ wymogu dostarczenia dwóch urządzeń [co przy koncepcji stakowania dawałoby konieczność dostarczenia czterech połączonych w dwa

elementy urządzeń]. Konsekwencją powyższego jest niewłaściwa ilość portów i połączeń między nimi. Stąd zasadną jest ocena Zamawiającego co do niezgodności w tej mierze oferty z SIWZ.

Nie podzielono jednak oceny Zamawiającego co do owej niezgodności w zakresie wysokości przełączników maksymalnie 1 RU. Jeśli bowiem Zamawiający dopuszczał opisany mechanizm łączenia przełączników [stakowania], to oczywistym jest, że musiał dopuszczać konsekwencje ułożenia urządzeń w stos. Brak opisu szczegółowych następstw dopuszczenia tego rozwiązania pociąga za sobą konieczność uwzględnienia oczywistych skutków, takich jak wysokość.

Zgodzić się natomiast trzeba z oceną Zamawiającego co do niezaoferowania właściwego programu Office. Bezspornym jest, że Zamawiający wprost wykluczył możliwość zaoferowania Office na zasadzie „chmury” oraz wprost jako przykład takiego niedopuszczonego rozwiązania podał Office 365. Odwołujący w swojej ofercie [załącznik 2a do oferty] wskazał z nazwy właśnie taki program i potwierdził powyższe w złożonych wyjaśnieniach. Dopiero w toku postępowania odwoławczego wskazywał, że to jedynie jedna z dodatkowych możliwości, oferowana w ramach urządzenia jako swego rodzaju bonus, zaś właściwym oprogramowaniem, które zainstalowane jest w urządzeniu jest Hancom Office. Powyższe nie znalazło jednak wyrazu w treści oferty, stąd nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, że tak właśnie, literalnie odczytał jej zawartość, szczególnie, że potwierdziły to wyjaśnienia.

W świetle powyższego Odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie podlega odrzuceniu, co także, niezależnie od tego że wartość jego oferty w sposób bardzo odległy przekracza możliwości i zamiary finansowe Zamawiającego, powoduje, że nie ma ona szansy być wybraną.

Nie znalazły następnie potwierdzenia te zarzuty, które zmierzały do wykazania szczegółowych niezgodności wybranej oferty z SIWZ. W tej mierze w całości podzielono argumentację zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie, zważywszy że Zamawiający szczegółowo uzasadnił motywy dokonanej oceny. Istotne w tej mierze jest – co wymykało się w toku postępowania odwoławczego – że to postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, jaki Zamawiający prowadził z trzema wykonawcami, oferującymi różne, właściwe różnym technologiom rozwiązania. Możliwości zaoferowania odmiennych, alternatywnych rozwiązań podporządkowana została SIWZ i opis przedmiotu zamówienia, pozwalający zaoferować dalece od siebie odmienne rozwiązania, właściwe różnym

technologiom i producentom, a przez to nie w pełni porównywalne. Powyższe mieści się w specyfice tego trybu. Odwołujący stawiając zarzuty wobec oferty Green Operator sp. z o.o. w Warszawie zdaje się utożsamiać i porównywać oferowane przez ten podmiot rozwiązanie do własnego zamysłu i nie uwzględniać rozwiązań właściwych konkurencyjnej ofercie. Także Zamawiający akcentował, że po przeprowadzonym dialogu tak opisywał wymagania co do przedmiotu, by możliwe było zaoferowanie alternatywnych rozwiązań, charakterystycznych dla trzech różnych podmiotów. Zaoferowanie przez Przystępującego ośmiu urządzeń szkieletowych oraz takiej samej ilości urządzeń funkcyjnych mających przejmować na czas awarii rolę urządzeń szkieletowych i w konsekwencji stanowiących w tym czasie te urządzenia, mieści się więc w jednej ze ścieżek realizacji zamówienia, dopuszczonych w postępowaniu.

Podobnie należało ocenić zarzut co do niewskazania rodzaju licencji CRM - uchodzi w tym zakresie uwadze Odwołującego, że wykonawca Green Operator sp. z o.o. w Warszawie wskazał w zał. 2a takie licencje i że mamy do czynienia z oprogramowaniem dedykowanym, co wynika wprost z treści oferty.

Podobnie, wykonawca Green Operator sp. z o.o. wykazał także, że wymagane UPS mieści się w zasilaczu, zaś wyjaśnienie w tej mierze treści oferty nie stanowi jej zmiany, wbrew odmiennemu stanowisku prezentowanemu w odwołaniu.

Zostało także wykazane posiadanie przez oferowane komputery złącza SATA jak i to, że złącze eSATA mieści się w wymaganiach Zamawiającego.

Trafną okazała się zaś ta argumentacja Odwołującego, która wskazywała na niezłożenie przez Green Operator sp. z o.o. w Warszawie dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań Zamawiającego. Już bowiem na pierwszy rzut oka, porównanie sposobu złożenia obu ofert złożonych w postępowaniu zastanawia: oferta Odwołującego liczy kilkanaście segregatorów zawierających m.in. karty katalogowe i inne tego rodzaju dokumenty, podczas gdy oferta wybrana jest kilkanaście razy skromniejsza i zamyka się w jednym pliku dokumentów, a zamiast kart katalogowych lub podobnych dokumentów opatrzona została jednym zdawkowym oświadczeniem, zgodnie z którym wszystkie urządzenia są zgodne z SIWZ. Oglądowi obu ofert towarzyszy wrażenie, jakby każdy z wykonawców przygotował ofertę w oparciu o całkowicie odmienną SIWZ. Wbrew stanowisku Zamawiającego, nie sposób przy tym przyjąć, że w świetle SIWZ nie było konieczne złożenie dokumentów opisujących oferowany sprzęt i że wystarczało ogólne oświadczenie. Istotnie, nie ma takiego wymogu w dokumencie zasadniczym SIWZ, ale wprost wynika on z opisu załącznika 2a. W opisie ostatniej kolumny tego załącznika, której wypełnienie było zadaniem

wykonawcy podano: „Rodzaj załączonego dokumentu, złożonego na potwierdzenie parametru oraz miejsce w tym dokumencie wskazujące dany parametr”. Gdyby przyjąć stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, to w ogóle ostatnia kolumna tabeli stanowiącym załącznik 2a byłaby zbędna a cele oświadczenia takiego jak to, które złożył Odwołujący realizowane byłyby przez zawartość wcześniejszej kolumny, zawierającej deklaracje o spełnieniu wymagań. Oznacza to więc, że wykonawcy obowiązani byli złożyć jakiś dokument potwierdzający deklarowany w formularzu parametr. Ustawa rozróżnia przy tym dokumenty i oświadczenia, zaś Zamawiający dopuścił w odpowiedzi na pytanie nr 65 możliwość złożenia oświadczenia, gdy nie ma możliwości potwierdzenia parametru dokumentacją projektową. Oznacza to tyle, że zasadniczym sposobem uczynienia zadość temu wymaganiu było złożenie dokumentów technicznych a w ostateczności dopiero oświadczeń, charakteryzujących wymagane parametry. Zamawiający przy tym nie wskazał, że tymi dokumentami miały być karty katalogowe. Powyższe oznacza, że w te mierze należy przyjąć relatywnie elastyczny katalog dokumentów technicznych, obejmujących, przykładowo, karty katalogowe, opisy techniczne, instrukcje i inne podobne dokumenty. Nie sposób przy tym pomijać, że brak jest regulacji, z których wynika, że autorem kart katalogowych może być wyłącznie producent. Chodzi tu przede wszystkim o aspekt funkcjonalny a także odpowiednią zawartość merytoryczną. Stąd wszelkiego rodzaju techniczne dokumenty opisujące wymagane parametry powinny być przez Zamawiającego zaakceptowane. Nie sposób jednak, w świetle kształtu załącznika 2a całkowicie pomijać tego obowiązku i przyjmować, że wystarczającym było ogólne, nie niosące żadnej treści merytorycznej o oferowanych urządzeniach, by nie powiedzieć blankietowe oświadczenie wykonawcy, obejmujące w sposób zagregowany wszystkie wymienione w załączniku 2a urządzenia. Nie chodzi tu więc o ewentualne drobne uchybienia w zakresie sposobu prezentacji treści oferty, jak określił to Zamawiający. Nie sposób też zgodzić się, że z tezą, że zamawiający nie miał problemów z ustaleniem, iż zaoferowane urządzenia spełniają jego wymogi w oparciu o dostępne karty katalogowe, skoro kart tych finalnie w dokumentacji nie ma. To rzeczą wykonawcy jest złożyć odpowiednie dokumenty, zaś Zamawiający nie powinien zastępować wykonawcy i samodzielnie rekonstruować treści oferty na podstawie nie wyartykułowanych w niej informacji [por. wyrok KIO z 29 czerwca 2015 r. w spr. KIO 1062/15 i KIO 1063/15]. Postawiony w tej mierze zarzut Odwołującego, zmierzający do wykazania definitywnego odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ nie zasługiwał jednak na uwzględnienie, skoro skutkiem tego rodzaju sytuacji nie jest automatyczne odrzucenie oferty, ale w pierwszym rzędzie obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie procedury uzupełnienia tego rodzaju dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Za trafną należało także uznać tę argumentację odwołania, która nawiązywała do niedoskonałości oferty Green Operator sp. z o.o. w Warszawie w części odnoszącej się do ilości zestawów lokalizacji tras kablowych oraz znaczników EMS. Bezsprene Zamawiający wymagał dwóch kompletnych urządzeń z akcesoriami, w odpowiedzi na co wykonawca podał, że oferuje „1. zestaw lokalizacji tras kablowych oraz znaczników EMS”. Tłumaczenie prezentowane na rozprawie, że w pojęciu „zestawu” mieszczą się dwa kompletne urządzenia z oprzyrządowaniem [że ów zestaw jest swego rodzaju „dwupakiem”] nie znajduje wyrazu w treści oferty, nie było też przedmiotem wyjaśnienia w postępowaniu o zamówienie publiczne. Jeśli tak jest, jak podawał Przystępujący, czego oczywiście wykluczyć nie można, skoro mieści się to w granicach swobody oferowania i zestawiania przedmiotów w zestaw złożony z takiej czy innej ilości urządzeń, to winno to być zaprezentowane Zamawiającemu. Kwestia ta powinna być wyjaśniona na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Tylko bowiem oferta zgodna z SIWZ [w tym wypadku: obejmująca dwa urządzenia, czy też „komplet” złożony z dwóch urządzeń] może być uznana poprawną. Dostrzeżenia wymaga przy tym, że Zamawiający podzielił w tej mierze w odpowiedzi na obwołanie argumentację co do wątpliwości co do treści oferty, zapowiadając unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Właściwą, w świetle okoliczności sprawy i braku pewności co do treści oferty i intencji wykonawcy jest wyjaśnienie treści oferty, choć nie sposób pomijać, że zarówno wyjaśnienie treści oferty jak i jej poprawa prowadzi do tego samego rezultatu i służą jak najpełniejszemu, jak najbliższemu ustaleniu intencji wykonawcy, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny wyartykułował swoje oświadczenie.

Odwołujący postawił też zarzut bezpodstawnego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniu oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Warto zwrócić uwagę, że uzasadnienie objęcia tym zastrzeżeniem nie niesie przekonujących motywów dla takiej czynności, można powiedzieć, że ma charakter ogólnego a wręcz uniwersalnego. Sama zawartość wyjaśnień także nie wskazuje, by ujęto tam informacje tego rodzaju, które mają wartość gospodarczą [a także jaką wartość], znaczna część z nich ma relatywnie wysoki poziom ogólności, na tyle, by nie pozwalała ich wykorzystać przez ewentualnie zainteresowane podmioty a wiele z ich powtarza się z zawartością oferty, która przecież nie była traktowana w kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób wreszcie tracić z pola widzenia faktu, że tego rodzaju postępowanie jak to, dotyczy przedmiotu dedykowanego konkretnemu Zamawiającemu, uwzględnia indywidualne uwarunkowania i wymagania [co przyznał Przystępujący], a zatem trudno uznać, by poznanie rozplanowania elementów sieci [rozplanowania zaprezentowanego w sposób ogólny, wręcz schematyczny], pozwalało na wykorzystanie tych informacji innym

podmiotom. Dostrzeżenia wreszcie wymaga, że wykonawca zastrzegając tego rodzaju informacje postawił Zamawiającego w kłopotliwej pozycji i poczuciu narażenia na ryzyko zarzutów z powodu ujawnienia informacji. Na przypomnienie zasługuje bowiem stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, który wskazywał, że nie miał pewności czy sporne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, że opinie były podzielone, ale że przyjął ostrożne stanowisko nie ujawniając zawartości wyjaśnień, by nie narażać się na zarzuty i odpowiedzialność ze strony wykonawcy.

Podkreślenia w tym zakresie wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania [zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090]” [tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114–115). Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy. Wykonawca, czyniący użytek z tej wyjątkowej możliwości, winien czynić to z rozwagą, nie nadużywając uprawnień.

W konsekwencji, wykonawca Green Operator sp. z o.o. w Warszawie, zamiast przerzucać ciężar ryzyka związanego z bezpodstawnym zastrzeżeniem na Zamawiającego,

winien był poddać refleksji zasadność dokonanego zastrzeżenia i te informacje z wyjaśnień, którym nie sposób przypisać waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, uznać za jawne.

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie może uzyskać zamówienia, w związku tym że cena jego oferty znacząco przewyższa możliwości finansowe i wolę dokonywania przez Zamawiającego wydatku ponad te możliwości, a także że oferta tego wykonawcy poprawnie została odrzucona, ewentualne potwierdzenie zarzutów kierowanych wobec bezpodstawnego uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach treści oferty pozostają bez wpływu na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy].

Przypomnienia końcowo wymaga, że Zamawiający jest uprawniony do podejmowania dodatkowo innych, aniżeli wynikające z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, czynności, w tym samodzielnego unieważniania dokonanych przez siebie czynności lub ich powtórzenia, jeśli dostrzeże w ich zakresie uchybienia.

Jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest także uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę

niepodlegająca odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć więc na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo [analogiczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 2 kwietnia 2015 r. w spr. X Ga 85/15, a także w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12, z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14, z 19 grudnia 2014 r. w spr. KIO 2605/14].

Jeśli zatem Zamawiający dostrzeże nieprawidłowości danej oferty później, nie powinien przechodzić nad tym do porządku, choćby wcześniej traktował w tym zakresie ofertę za poprawną, niezależnie czy dostrzeżenie tych niedoskonałości jest wynikiem rozstrzygnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, czy też własnego dostrzeżenia ich przez zamawiającego. Zamawiający obowiązany jest bowiem traktować wszystkich wykonawców równo, zaś postawione przez siebie w SIWZ wymagania konsekwentnie egzekwować. Gdyby miało być inaczej, i ocena ofert – wbrew wymaganiom stawianym w SIWZ – miałyby następczo pomijać wyartykułowane w SIWZ wymagania, stanowiłoby to przejaw dyskryminującego traktowania wykonawców: może bowiem być tak, że część wykonawców potencjalnie zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu nie złożyła ofert zapoznając się z wymaganiami stawianymi w SIWZ, co uczyniliby, gdyby tych wymagań nie było, czy też gdyby nie były one brane pod uwagę przy ocenie ofert. Tym samym, Zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, zaś jeśli dostrzeże, choćby po dokonaniu wcześniej wyboru oferty, że jest ona obciążona wadami uzasadniającymi jej odrzucenie, ma podstawę, by uchylić dokonane czynności celem doprowadzenia postępowania do zgodności z przepisami.

Stąd niemożność orzeczenia o poprawności lub nie oceny oferty innego wykonawcy, nie zamyka Zamawiającemu prawa do dalszego badania oferty, w tym brania pod uwagę później dostrzeżonych jej niedoskonałości. W analizowanym postępowaniu Zamawiający zapowiedział unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny oferty wybranej, zatem powyższe spostrzeżenia, pozostawiono Zamawiającemu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający: