

Sygn. akt: KIO 2294/16

WYROK
z dnia 2 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Jolanta Markowska

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 19 i 28 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2016 r. przez wykonawcę – **Oxygen Information Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Józefowie przy ul. Rodziewiczówny 11 (05-420 Józefów) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie**, Al. Mickiewicza 30 (30-059 Kraków),

przy udziale

wykonawcy **Fonbud Spółka Akcyjna Spółka Komandytowa** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Redyckiej 71 (51-169 Wrocław) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Oxygen Information Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Józefowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Oxygen Information Technology Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie w trybie przetargu nieograniczonego na *dostarczenie platformy informatycznej wykorzystującej technologię chmury obliczeniowej do budowy usług i treści edukacyjnych w ramach projektu Małopolska Chmura Edukacyjna (MChE)* (nr sprawy KC-zp.272-383/16), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 24 listopada 2016 r., 2016/S 227-413156, wobec treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca – Oxygen Information Technology Sp. z o.o. wniósł w dniu 5 grudnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2294/16).

Zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 24 listopada 2016 r.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego wykonawca Fonbud S.A.-Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 22 ust. 1a Ustawy w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Ustawy oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 Ustawy i art. 47 pkt 7 Ustawy poprzez wadliwe ustalenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej – w zakresie kadry technicznej, warunku dla „Specjalisty do spraw komunikacji głosowej” (rozdział V pkt 1, tabela pkt 1 ppkt 5 siwz);
- 2) Art. 29 ust. 1, 2 lub 3 Ustawy w zw. z art. 30 Ustawy oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez wskazanie pochodzenia, a także w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia umożliwia zaproponowanie tylko jednego konkretnego rozwiązania technicznego nieadekwatnego do obiektywnych wymagań, które winny spełniać sprzęt informatyczny lub rozwiązanie;
- 3) Art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez sformułowanie warunku siwz, aby wszystkie wymagane funkcjonalności były dostępne w oferowanych rozwiązaniach w dniu składania oferty, podczas gdy termin wykonania zamówienia w części dotyczącej dostawy, instalacji i wstępnego uruchomienia portalu edukacyjnego wynosi 180 dni, a wykonania całego zamówienia 900 dni;

- 4) Naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez sformułowanie kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, w szczególności przez przyporządkowanie poszczególnym kryteriom wag, które umożliwia faktycznie zaproponowanie jednego rozwiązania nazwanego przez Zamawiającego „ścisłym”, pomimo tego, że Zamawiający dopuścił możliwość złożenia dwóch rozwiązań: „integracyjnego” i „deweloperskiego”, co stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 5) Art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016r., poz. 1126), w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez zamieszczenie w siwz warunku dotyczącego przeprowadzenia testów walidacyjnych oferowanego rozwiązania, który oznacza konieczność dysponowania przez wykonawcę gotowym przedmiotem zamówienia przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto warunek ten zakłada różne traktowanie poszczególnych wykonawców. Naruszeniem przepisów jest również zaniechanie dołączenia do siwz szczegółowego scenariusza testów walidacyjnych;
- 6) Art. 14 Ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 353¹, 354 § 2 k.c. w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez wskazania wszystkich wymaganych okoliczności mogących wpływać na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk związanych z możliwością nałożenia przez zamawiającego dodatkowych, nie wynikających z przedmiotu umowy zobowiązań;
- 7) Art. 14 Ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 387 § 1 i 2 k.c. przez zawarcie w siwz zobowiązania wykonawcy do świadczenia dostawy lub usług, które są niemożliwe do spełnienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści ogłoszenia i siwz w sposób określony w uzasadnieniu odwołania, wydłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 19 grudnia 2016 r. złożył do akt sprawy pismo zawierające odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił zarzut nr 2 dotyczący opisu przedmiotu zamówienia (naruszenia art. 29 ust. 1, 2 lub 3 Ustawy w zw. z art. 30 Ustawy oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy). Odwołujący na posiedzeniu niejawnym przed otwarciem rozprawy podtrzymał odwołanie w zakresie, do którego uwzględnienie zarzutów

się nie odnosiło, w tym również zarzut nr 2 w zakresie elementów opisu przedmiotu zamówienia, których zmiany Zamawiający nie zapowiedział. Jednocześnie Odwołujący zdecydował o wycofaniu ostatniego zarzutu naruszenia art. 14 Ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 387 § 1 i 2 k.c. przez zawarcie w siwz zobowiązania wykonawcy do świadczenia dostawy lub usług, które są niemożliwe do spełnienia. W świetle tych stanowisk odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie (z wyłączeniem zarzutu wycofanego). Ponieważ odpowiedź Zamawiającego w części I rozwinięta w części II (pkt 2), wskazywała, iż uwzględnienie zarzutu w zakresie opisu części urządzeń nie jest całościowe, należało uznać, iż zarzut nr 2 również podlegał rozpoznaniu z uwzględnieniem skutku dla wyniku postępowania odwoławczego, na który nie wpływały te elementy opisu przedmiotu zamówienia, które czyniły zadość żądaniom Odwołującego. Inaczej mówiąc, odwołanie nie mogło być uwzględnione tylko z tych przyczyn, które dotyczyły opisu przedmiotu zamówienia, do którego zmiany Zamawiający się zobowiązał w odpowiedzi na odwołanie.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęta została treść siwz w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, w interesie każdego z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o to zamówienie leży, aby postanowienia te umożliwiały złożenie konkurencyjnej oferty. Stwierdzenie w podstawie zarzutów, iż obecny opis przedmiotu zamówienia nie tworzy warunków dla uczciwej konkurencji pozwala uznać, iż odwołanie ma na celu ochronę interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia przez doprowadzenie do kształtu postanowień, przy których będzie miał możliwość przygotowania konkurencyjnej oferty i uzyskania zamówienia. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Uwzględniając treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska stron prezentowane na rozprawie Izba ustaliła i zważyła.

1. Zarzut 1 – wadliwy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dla „Specjalisty do spraw komunikacji głosowej”, naruszający art 7 ust.

1 Ustawy w zw. z art. 22 ust. 1a Ustawy w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Ustawy oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 Ustawy i art. 47 pkt 7 Ustawy.

Odwołujący zakwestionował wymaganie dotyczące „Specjalisty do spraw komunikacji głosowej” – *jeśli składana oferta oparta zostanie na rozwiązaniach kilku producentów, warunek ten obowiązuje dla każdego producenta aktywnego sprzętu sieciowego oddzielnie*, jako nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego zapis ten stawia w uprzywilejowanej pozycji producentów urządzeń, którzy w swojej ofercie mają rozwiązania pokrywające cały zakres przedmiotu zamówienia (głównie producenta Cisco). Zamawiający powinien wymagać specjalisty w zakresie danej technologii jedynie w zakresie w jakim jest ono reprezentowane przez oferowane rozwiązanie. Np. z zakresu technologii VoIP wymagana powinna być osoba z certyfikatem eksperckim z zakresu technologii VoIP, a nie dodatkowe ze znajomości urządzeń aktywnych, czy z zakresu bezpieczeństwa. Jest powszechną praktyką, iż producenci rozwiązań specjalizowanych, w zakresie jednej określonej technologii udostępniają certyfikację na różnych poziomach jedynie dla tej technologii i spełnienie wymagań odnośnie certyfikacji w innych obszarach dla danego producenta jest niemożliwe. Odwołujący wniósł o usunięcie spornego zapisu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż warunek związany jest z koniecznością posiadania przez *Specjalistę* certyfikatu na poziomie eksperckim w zakresie rozwiązań komunikacyjnych VoIP oferowanego rozwiązania. Warunek został określony w taki sposób, aby osoba posiadała specjalistyczną wiedzę (znajomość na poziomie eksperckim rozwiązań komunikacyjnych VoIP) na bazie zaoferowanego rozwiązania, gdy będzie się ono składało z elementów pochodzących od różnych producentów.

Izba oddaliła w tym zakresie odwołanie uznając, iż opisany w rozdziale V pkt 1, tabela pkt 1 ppkt 5 siwz warunek udziału w postępowaniu nie preferuje konkretnego rozwiązania, w zakresie którego należy wykazać się ekspertem mającym wiedzę z zakresu komunikacji VoIP, wykorzystywanej przy wideokonferencji, stanowiącej wymagany element przedmiotu zamówienia. Opis warunku odsyła bowiem do standardu komunikacji wykorzystywanej w urządzeniach dedykowanych do wideokonferencji, a nie konkretnego certyfikatu z zakresu komunikacji VoIP. Sama konieczność posiadania specjalisty z zakresu komunikacji VoIP na poziomie eksperckim nie budziła zastrzeżeń Odwołującego, natomiast postawiona teza o potrzebie wykazania się znajomością urządzeń aktywnych, czy bezpieczeństwa, stanowiła swobodną wykładnię warunku. Odwołujący w toku rozprawy wskazywał, iż elementem, który decyduje o naruszeniu zasad dotyczących opisu przedmiotu zamówienia jest brak dookreślenia dla jakiego typu urządzeń wykorzystujących technologię należy przedstawić specjalistę i zakładał, iż może się okazać koniecznym spełnienie oczekiwania, aby

wykonawca dysponował specjalistą dla każdego z urzędów wykorzystujących technologię. Równocześnie przyznał, iż jego interpretacja może być błędna, co ma wskazywać na brak jednoznaczności opisu tego wymagania.

W ocenie Izby, wątpliwości co do zakresu wymagania wskazane w odwołaniu nie uzasadniały uznania, iż opis warunku jest niejednoznaczny, a co za tym idzie, wymagający dookreślenia. Wskazana w żądaniu zmiana siwz poprzez wskazanie rodzaju dopuszczonych certyfikatów mogłaby doprowadzić do ograniczenia możliwości zaoferowania innych urzędów bazujących na innych certyfikowanych rozwiązaniach wykorzystujących komunikację VoIP. Czyniłoby to warunek bardziej hermetyczny i mogący utrudniać wykonawcom udział w postępowaniu w sytuacji, gdyby Zamawiający nie wskazał wszystkich występujących na rynku certyfikatów dla urzędów wykorzystujących technologię VoIP. Wyjaśnienia Zamawiającego rozwiewały wątpliwości Odwołującego i Przystępującego, które wynikały z odmiennej koncepcji opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto, Odwołujący pominął istotną okoliczność związaną z możliwością realizacji poszczególnych grup funkcjonalności przez zespoły urzędów pochodzące od różnych producentów. Zamawiający nie preferował konkretnych rozwiązań, oczekując jedynie aby wykonawca dysponował specjalistą w zakresie zaoferowanego rozwiązania wykorzystującego komunikację VoIP, co było proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz miało na celu zweryfikowanie możliwości technicznych wykonawcy koniecznych do jego wykonania, bez wprowadzania ograniczenia co do możliwych do zaoferowania rozwiązań, w tym konglomeratów urzędów różnych producentów.

2. Zarzut nr 2 – opis przedmiotu zamówienia dot. sprzętu informatycznego wskazujący na konkretne rozwiązanie, naruszające art. 29 ust. 1, 2 lub 3 Ustawy w zw. z art. 30 Ustawy oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący w stosunku do kilkunastu parametrów wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do siwz) podniósł, iż Zamawiający w sposób bezpośredni przenosił sformułowania i parametry techniczne ze specyfikacji technicznych określonych dostawców, nie podając jednocześnie, jakie główne cechy stanowią element oczekiwanych funkcjonalności i składają się na rozwiązania równoważne. Nie podał również uzasadnienia o charakterze obiektywnym usprawiedliwiającym takie działanie. Wskazując na kolejne urządzenia, których wymagania mają ograniczać konkurencję do urządzeń CISCO oraz oprogramowania IBM Odwołujący w podsumowaniu w sposób jednolity określał, iż wymienione przez niego parametry jednoznacznie wskazują na konkretne urządzenie, przy czym istnieją rozwiązania spełniające część wymagań, ale nie wszystkie łącznie. Odwołujący w oparciu o powyższe wnosił o rezygnację lub modyfikację części wymagań.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w części uwzględnił zarzuty kierowane wobec opisu przedmiotu zamówienia i zapowiedział zmianę, w części spełniającą oczekiwania Odwołującego. Po analizie skutków proponowanych zmian Odwołujący uzna, iż odwołanie w całości pozostaje aktualnym, a zmiany jakie miałyby być wprowadzone nie obejmują całości żądań, które łącznie miałyby umożliwić zaoferowanie innych rozwiązań, niż wskazane w podstawie zarzutu.

Sporne wymagania dotyczyły:

- terminal videokonferencyjny typ I, pkt 3.5.1.1, pkt 3.5.3.1 (w ramach zestawu videokonferencyjnego do sali multimedialnej) – załącznik nr 4 do siwz, str. 23, 35 i 38 – wskazujące na urządzenie Cisco Telepresence SX 80;
- terminal video konferencyjny, typ II, pkt 3.5.2.1 załącznika nr 4 do siwz (w ramach zestawu videokonferencyjnego do Sali multimedialnej) – wskazujące na urządzenie Cisco Telepresence SX80 Codec;
- specjalizowany komputer stacjonarny z monitorem, pkt 3.5.5 załącznika nr 4 do siwz – łącznie z pozostałymi parametrami wskazują na urządzenie Cisco DX80;
- system monitoringu, zarządzania i automatyzacji, pkt 3.9.1 załącznika nr 4 do siwz (str. 162) – łącznie wymagania spełnia system zarządczy jednego producenta Cisco Business Edition 6000 Solution, w skład którego wchodzi m.in. Cisco Telepresence, Cisco Prime Collaboration Provisioning, Cisco Licensing itd., na które wskazują wymagania dotyczące integracji z obecną platformą pilotażową (pkt 2 str. 12 załącznika nr 4 do siwz) oraz wymagania platformy zarządzania, która ma zarządzać wszystkimi urządzeniami i systemami. Według wiedzy Odwołującego nie istnieją na rynku systemy zdolne do zarządzania infrastrukturą wielu producentów na takim poziomie jaki wymaga Zamawiający. Również wymaganie, aby system zarządzania rozróżniał na podstawie numeru seryjnego typ urządzenia i wybierał właściwą konfigurację wskazuje, że na system pochodzący od tego samego producenta co urządzenia. Również wymaganie „centralnej administracji licencji urządzeń” wymusza zastosowanie systemu zarządzania pochodzącego od tego samego producenta co urządzenia. Systemy licencjonowania i przechowywania licencji wśród producentów znacznie się różnią. Według wiedzy Odwołującego nie jest możliwe zastosowanie jednego systemu zarządzania do administrowania licencjami urządzeń wielu producentów (.....). odwołujący wnosił o dokonanie takiej zmiany, która umożliwi zaoferowanie urządzeń pochodzących od różnych producentów, które zarządzane są przez własne systemy zarządzania dedykowane dla danego typu urządzenia;

- kamery dla terminala wielokonferencyjnego dla zestawu typu I i II, pkt 3.5.1.1 i 3.5.2.1 str. 24 i 32 załącznika nr 4 do siwz, wskazują na urządzenie Cisco Telepresence SpeakerTrack 60 Camera;
- systemy wideokonferencyjne opisane w pkt 3.4 załącznika nr 4 – parametry wskazują na funkcjonalność urządzeń Cisco Telepresence SX series Codec;
- firewall opisany w pkt 3.5.8 załącznika nr 4 –wskazują na funkcjonalności urządzeń Cisco Meraki z serii MX;
- moduł zarządzania bezpieczeństwem brzegowym opisany w pkt 3.9.1.3 załącznika nr 4 do siwz – wskazują na rozwiązanie Firepower Management Center producenta Cisco;
- przełączniki segmentu brzegowego opisane w pkt 3.6.2. załącznika nr 4 – wymagania łącznie spełniają tylko produkty Cisco serii Nexus 9000;
- matryca sieciowa CPD opisana w pkt 3.6.3 załącznika nr 4 – opisuje podejście do tematyki SDN prezentowane tylko przez jednego producenta na rynku, tj. Cisco wraz z rozwiązaniem promowanym ACI;
- przełącznik matrycy sieciowej CPD opisany w pkt 3.6.3.2 załącznika nr 4 do siwz, wymaganie dotyczące zarządzania jako całości (fabric) poprzez serwery kontrolne, jest charakterystyczne dla produktów Cisco;
- ścisłe powiązanie projektu z projektem pilotażowym, wskazuje na ścisłą zależność wymaganych rozwiązań z tymi, które zostały zaoferowane w projekcie pilotażowym;
- serwery kontrolne matrycy sieciowej CPD opisane w pkt 3.6.3.1 załącznika nr 4 do siwz, wskazują na rozwiązanie Cisco ACI;
- platforma społecznościowa opisana w pkt 3.8.1.1 załącznika nr 4 do siwz – wskazują na rozwiązanie producenta IBM Connections;
- raporty opisane w pkt 3.8.1.1. załącznika nr 4 do siwz – brak uzasadnienia do żądania obsługi wymienionych rozwiązań MS SQL, Oracle Database Enterprise, IBM DB2 czy bazy danych typu NonSQL, w przypadku gdy dostarczona platforma edukacyjna z takiego rozwiązania nie będzie korzystać;
- sekcja D – portal edukacyjny, punkt 3.8.8.1. załącznika nr 4 do siwz.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie mając na uwadze, że opis przedmiotu zamówienia dopuszczał możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w modelu integracyjnym i deweloperskim. Zasadniczo argumentacja Odwołującego odnosiła się do modelu integracyjnego, na co wskazują wnioski oparte na ocenie dostępnych od ręki, gotowych

rozwiązań i posiadanych przez nie funkcjonalności. Nie uwzględniała natomiast możliwości dopuszczonej przez Zamawiającego - zaoferowania tworzonego na potrzeby tego zamawiającego systemu budowanego w modelu deweloperskim, tj. opartego na innych rozwiązaniach niż standardowe. Do takich wniosków skłania również podsumowanie zawarte przy omówieniu kwestionowanych wymagań, w którym Odwołujący wskazuje na znane rozwiązania dostępne na rynku *spełniające część wymagań, ale nie wszystkie łącznie*. Miało to istotne znaczenie dla oceny zarzutu, gdyż wskazywało na wybiórczą analizę podstawy faktycznej, co powodowało iż wnioski o naruszeniu przepisów ustawy nie mogły być uznane za trafne. Ponadto, żądanie dokonania zmiany części wymaganych parametrów, w ocenie Izby, miało na celu obniżenie standardu do takiego, w którym możliwe byłoby skorzystanie z innych gotowych rozwiązań (jednego producenta), bez konieczności przygotowania oferty w modelu deweloperskim, mogącym podrażać koszty wykonania zamówienia. W ocenie Izby, wnioski dowodowe o powołanie biegłego, który miałby ustalić, czy dostępne na rynku rozwiązania spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego, nie obejmowały rozwiązań możliwych do wykorzystania w modelu deweloperskim. Biegły oceniałby bowiem rozwiązania standardowe, a nie te przygotowane pod potrzeby Zamawiającego, co czyniłoby ten dowód nieprzydatnym. Wskazuje na to również stanowisko Zamawiającego, który przyznał, iż nie jest mu znane jedno rozwiązanie spełniające wszystkie wymagania. Dotyczy to także urządzeń CISCO, na jakie wskazywać miałby opis przedmiotu zamówienia. Prowadziło to zatem do uznania, iż powołanie biegłego w zakresie w jakim wnosili o to Odwołujący i Przystępujący prowadziłyby jedynie do przedłużenia postępowania odwoławczego bez wymiernej korzyści dla rozstrzygnięcia. Nawet bowiem, gdyby opinia biegłego potwierdziła, że nie ma innych urządzeń niż wskazane przez Odwołującego, bądź żadne z dostępnych na rynku nie spełniają wszystkich parametrów przedmiotowych, to nie obejmowałyby to możliwości zbudowania oferty w modelu deweloperskim. Powyższe czyniło tezę Odwołującego, który przy każdym z urządzeń wskazywał na dostępne rozwiązania, które jednak nie spełniają wszystkich wymagań, jako prawdopodobną, jednak nie rozstrzygającą dla oceny zasadności stawianego zarzutu. Nie mogło to jednak uzasadniać stwierdzenia, iż opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne rozwiązanie, chociaż opis ten wyznaczał standard wykorzystywany co najmniej w urządzeniach CISKO. Odwołujący w ogóle nie odnosił się do oceny wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w odniesieniu do usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego związanych z celami i koniecznością stworzenia systemu umożliwiającego prawidłowe działanie projektu pilotażowego, stanowiącego element chmury obliczeniowej, już wdrożonego i funkcjonującego. Zaprzeczając istnieniu potrzeb Zamawiającego w tym zakresie, stawiał zarzut nieuzasadnionego ścisłego powiązania wymagań z rozwiązaniami zastosowanymi w projekcie pilotażowym. Braki w zakresie tej oceny czyniły zarzut nieskutecznym. W ocenie

Izby, właśnie okoliczności dotyczące projektu pilotażowego wymagały uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, jako elementu koniecznego do wdrożenia przy budowie systemu docelowego. Zamawiający wykazał w sposób przekonujący, iż obowiązek utrzymania projektu pilotażowego w perspektywie kolejnych lat, stanowi obiektywną, niezależną od Zamawiającego potrzebę, uzasadniającą zamieszczenie wymagań, związanych z już działającym elementem systemu. Sprecyzowany w toku rozprawy wniosek o powołanie biegłego w celu ustalenia, czy wymagania Zamawiającego znajdują uzasadnienie w obiektywnych potrzebach nie mógł być uwzględniony, jako nieprawidłowy dla wykazania okoliczności, na jaką został powołany. Nie leży bowiem do oceny biegłego ocena potrzeb Zamawiającego, której dokonuje sam Zamawiający. Wniosek o powołanie biegłego mógłby być uwzględniony, jeżeli zmierzałby do wykazania okoliczności wymagających wiedzy specjalnej, np. ustalenia czy skarżone wymagania mają uzasadnienie techniczne, tj. wpływają na funkcjonalność oczekiwaną wobec budowanego systemu, a jeżeli tak to w jakim zakresie. Co więcej tezy przywołane we wnioskach Odwołującego i Przystępującego nie uwzględniały oceny wymagań pod kątem działającego już elementu przyszłej chmury obliczeniowej, co pozwalałoby na ustalenie, czy są one uzasadnione.

W świetle powyższego Izba uznała, iż zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie zasługiwały na uwzględnienie. Należy również zaznaczyć, iż w części Odwołujący na rozprawie uznał odpowiedź Zamawiającego za satysfakcjonującą (dotyczy to: kamer dla terminala wideokonferencyjnego; modułu zarządzania bezpieczeństwem brzegowym).

3. Opis przedmiotu zamówienia - wymóg dostępności wszystkich funkcjonalności w oferowanych rozwiązaniach na dzień składania ofert, jako naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący kwestionuje wymaganie opisane w załączniku nr 4 do siwz *Opis przedmiotu zamówienia*, pkt 3.2 - *jeżeli wymagania szczegółowe nie stanowią inaczej, wszystkie wymagane funkcjonalności muszą być dostępne w oferowanych rozwiązaniach w dniu składania oferty*, w sytuacji kiedy termin wykonania zamówienia w części dotyczącej dostawy, instalacji i wstępnego uruchomienia portalu edukacyjnego wynosi 180 dni, a wykonania całego zamówienia 900 dni. W jego ocenie brak jest uzasadnienia do żądania posiadania rozwiązania już w dniu składania ofert, skoro określa się w harmonogramie realizacji etapu I czas na przygotowanie i akceptację projektu wykonawczego w terminie do 30 dni od terminu podpisania umowy. Wskazał, iż rozwiązanie dla Zamawiającego będzie miało charakter szczególny, dedykowany pod jego potrzeby i wymagania i nie może obecnie określić, w jakiej formule będzie składał ofertę, tj. czy rozwiązanie będzie oparte na modelu integracyjnym, czy też deweloperskim. Termin realizacji wskazany przez Zamawiającego pozwala wykonawcom na uzupełnienie posiadanego produktu o funkcjonalności i

wymagania, nietypowe lub szczególne. W zakresie rozwiązań IT jest przyjętą normą, że wykonawcy posiadają pewne rozwiązania bazowe, które następnie jest dostosowywane do wymogów klienta. W przypadku zaoferowania portalu w modelu deweloperskim – zakładający realizację komponentów aplikacyjnych portalu (wszystkich lub wybranych) jako dedykowanych aplikacji przygotowanych na potrzeby MChE, nie jest możliwe spełnienie warunków na dzień złożenia oferty.

Odwołujący zażądał usunięcia zapisów z załącznika nr 4 pkt 3.2 – Jeżeli wymagania szczegółowe nie stanowią inaczej, wszystkie wymagane funkcjonalności muszą być dostępne w oferowanych rozwiązaniach w dniu składania ofert oraz z pkt 3.8 Sekcja D – Portal edukacyjny – W przypadku stosowania modelu „integracyjnego”, komponenty wchodzące w skład portalu będą uwzględnione w testach walidacyjnych. Wykonawca będzie zobowiązany do zaprezentowania oferowanych wersji komponentów i sposobu realizowania przez nie wymaganych funkcjonalności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że wymaganie dostępności wszystkich funkcjonalności nie dotyczy sytuacji, gdy wymagania szczegółowe stanowią inaczej. Rozwiązanie oparte na modelu „integracyjnym” musi posiadać wszystkie wymagane funkcjonalności w dniu składania ofert ponieważ ma być oparte na standardowych rozwiązaniach producenckich, natomiast na stworzenie rozwiązania deweloperskiego wykonawca ma 180 dni. Rozwiązanie deweloperskie zakłada zbudowanie nowego, dedykowanego dla Zamawiającego rozwiązania. Ponieważ Zamawiający punktuje w kryterium oceny „model integracyjny”, konieczne jest zweryfikowanie funkcjonalności w ramach testów walidacyjnych. Jako podstawę wyłączenia dostępności funkcjonalności na moment składania ofert stanowi odesłanie do wymagań szczegółowych, co odnosi się do załącznika nr 4 do siwz, w tym opisanego modelu deweloperskiego.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uwzględniła stan faktyczny, który został przez Odwołującego wybiórczo wskazany w postawie zarzutu, przez pominięcie faktu, iż kwestionowany wymóg ogólny nie ma bezwzględnego charakteru. Szczegółowe wymagania, które wyłączać mają obowiązek dostępności w dniu składania ofert wszystkich wymaganych funkcjonalności, odnoszą się do przedmiotu zamówienia zaprojektowanego do wykonania w modelu deweloperskim. Ponadto wyjaśnienia Zamawiającego odnoszące się do zapisów załącznika nr 4 do siwz oraz kryteriów oceny ofert potwierdzały, iż wymóg posiadania wszystkich wymaganych funkcjonalności dotyczy tylko tej sytuacji kiedy wykonawca składa ofertę przygotowaną w oparciu o „model integracyjny”, omówiony szerzej przy zarzucie dotyczącym kryterium oceny ofert. Odwołujący nie odniósł się do wyłączenia, z którego wynika, iż przedmiotowe wymaganie nie dotyczy ofert obejmujących rozwiązanie deweloperskie, które zostanie dopiero stworzone po zawarciu umowy z wybranym

wykonawcą w terminie 180 dni. Co istotne Odwołujący błędnie termin na stworzenie rozwiązania deweloperskiego odnosił do rozwiązania integracyjnego, co wypaczało rzeczywisty sens wymagania stawianego wobec rozwiązania przygotowywanego w oparciu o standardowe rozwiązania producenckie. W świetle powyższego, podstawa faktyczna zarzutu czyniła nieuzasadnionym tezę, iż nieuprawnione jest żądanie przez Zamawiającego kierowane wobec gotowych systemów posiadania funkcjonalności wymaganych opisem przedmiotu zamówienia. Co istotne, właśnie ten model wykonania zamówienia jest preferowany w kryterium oceny ofert, co uzasadnia szczegółowe zweryfikowanie posiadanych funkcjonalności, nie tylko w oparciu o oświadczenie wykonawcy, które będzie wystarczające w odniesieniu do przedmiotu zamówienia realizowanego w modelu deweloperskim. Przyjęty sposób weryfikacji funkcjonalności uwzględniał zasadniczą różnicę pomiędzy dopuszczalnymi dla tego zamówienia sposobami wykonania. Z jednej strony wymóg przygotowania próbki pozwalającej na weryfikację funkcjonalności stanowi dodatkowe obciążenie dla wykonawcy, to jednak może ono zdecydować o tym, że będzie ona uznana za najkorzystniejszą, o czym zdecydować będzie łączna ilość uzyskanych punktów. Zasadniczo zatem, wyższe koszty jakie poniesie wykonawca składający ofertę na model integracyjny, będą mogły przełożyć się na ocenę tej oferty, co może zdecydować o uznaniu jej za najkorzystniejszą. W świetle powyższego w interesie wykonawcy jest to aby każda z ofert, która miałaby uzyskać dodatkowe punkty w kryterium oceny, była uprzednio zweryfikowana pod kątem posiadanych funkcjonalności, co ma zapewnić uczciwą konkurencję w postępowaniu.

4. Opis kryteriów oceny ofert – parametry techniczne, jako naruszające art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący kwestionuje ustalone kryterium oceny ofert – *Parametry techniczne waga 40%*, w którym punktowane ma być wykorzystanie „ściśłego” modelu integracyjnego (25 pkt) oraz oparcie portalu edukacyjnego o gotowe komponenty aplikacyjne (model „integracyjny” - 25 pkt). Zamawiający dopuszcza dwa modele realizacji portalu: „integracyjny” i „deweloperski” i dodatkowo wymaga, aby *zainstalowane i uruchomione w ramach niniejszego postępowania elementy muszą być kompatybilne z infrastrukturą wybudowaną w ramach projektu pilotażowego MChE. Dopuszczalne są dwa modele integracji: „lekki” – dołączenie infrastruktury pilotażowej do dostarczonych elementów i systemów (zdublowany system kontroli i zarządzania) i integracja w warstwie zarządzania „ściśły” – wykorzystanie elementów (urządzenia, licencje) infrastruktury pilotażowej jako komponentów rozbudowanego systemu w celu utworzenia jednorodnej infrastruktury (...).*

Wykorzystanie „ściśłego” modelu integracyjnego oraz oparcie portalu edukacyjnego o gotowe komponenty w modelu integracyjnym jest punktowane w sumie 50 pkt. Przyjęte

kryteria oceny powodują praktycznie dopuszczenie do przetargu tylko ofert, które będą uwzględniały model integracyjny. Oferta złożona w modelu deweloperskim musi być o ponad 16 mln brutto tańsza, żeby przy osiągnięciu identycznej punktacji za pozostałe parametry techniczne, móc konkurować z modelem integracyjnym. Działania Zamawiającego jedynie pozornie dopuszczają inne oferty, a jego oczekiwaniem jest, aby oferta została przygotowana w oparciu o oprogramowanie IBM Connection, mając świadomość, iż jest to rozwiązanie droższe. Nieuzasadnione faworyzowanie gotowego rozwiązania w określonym modelu integracyjnym stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zażądał usunięcia obu podkryteriów oceny i przyporządkowanych im punktów i odpowiednią zmianę sumy punktów przyznawanych w ramach kryterium „Parametry techniczne”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał uzasadnienie dla preferowania wykonania zamówienia w modelu „ściśłym”, którymi są niższe koszty utrzymania oraz mniejsze ryzyko niepowodzenia projektu niż przy modelu „deweloperskim”. Zamawiający preferuje gotowe rozwiązanie (model „integracyjny” i „ściśły”), dopuszczając złożenie ofert bazujących na rozwiązaniach „deweloperskich”.

Istota sporu sprowadzała się do zasadniczej kwestii wymagającej ustalenia, tj. wskazania, czy sposób punktacji ofert w kryterium technicznym preferuje konkretne rozwiązania, czy też odnosi się do modelu wykonania przedmiotu zamówienia, a także jak dużą swobodę może mieć Zamawiający przy ustaleniu wagi i odpowiadającej jej ilości punktów. Odnosząc się do pierwszej z kwestii to zasadniczo stanowisko Zamawiającego z pkt 2.6 odpowiedzi na odwołanie było częściowo zbieżne ze stanowiskiem Odwołującego w zakresie, w jakim stwierdza, iż *na rynku nie ma jednego producenta, którego rozwiązania umożliwiają realizację wszystkich wymaganych funkcjonalności, więc za równo przewidzenie w SIWZ możliwości budowy zamawianego rozwiązania informatycznego z produktów różnych producentów, jak i skorzystanie z tej możliwości przez wykonawców jest konieczne*. Odnosząc powyższe do kryterium oceny ofert Zamawiający zdecydował się na preferowanie rozwiązań bazujących na gotowych produktach i wykorzystaniu gotowych komponentów aplikacyjnych właściwych dla modelu „integracyjnego”, co ogranicza możliwość doboru urządzeń spośród tych rozwiązań, które pozwalają na wykorzystanie elementów systemu pilotażowego, stanowiącego element obecnie tworzonej platformy. Nie oznacza to jednak, iż opis kryteriów został w taki sposób ukształtowany, aby wymusić zaoferowanie konkretnego rozwiązania. W sposób czytelny ujął tą kwestię Zamawiający na rozprawie wskazując, że kryteria odnoszą się do preferowanej przez niego filozofii wykonania przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, ocenę kryterium należało odnieść do kwestii zasadniczej, a dotyczącej

obiektywnej potrzeby zaferowania rozwiązania uwzględniającego wdrożony już dla obszaru 21 szkół województwa małopolskiego, projekt pilotażowy. Zasadniczo sama potrzeba utrzymania rozwiązania pilotażowego, jako elementu budowlanej platformy edukacyjnej nie była kwestionowana, a Odwołujący wraz z Przystępującym po jego stronie stawiali zapytanie co do wyznaczenia granic znaczenia tego projektu dla rzeczywistych możliwości zaferowania konkurencyjnych rozwiązań w tym zamówieniu.

Projekt pilotażowy, do którego odnoszą się kryteria oceny ofert stanowi część małopolskiej chmury edukacyjnej, wykonany w oparciu o urządzenia CISCO przez wykonawcę wyłonionego w trybie zamówienia publicznego. Zamawiający zobowiązany jest do utrzymania i zapewnienia trwałości projektu przez kolejne 5 lat (poczynając od końca 2016 r.).

Parametry techniczne oceniane w kryterium mają wagę 40%, a łącznie możliwych jest do uzyskania 123 pkt z czego 25 pkt za wykorzystanie ścisłego modelu integracji – co odnosi się do sposobu wykorzystania projektu pilotażowego i kolejne 25 pkt za „model integracyjny” – co odnosi się do wykorzystania gotowych rozwiązań (standardowych mechanizmów). Odwołujący wykazywał, iż dla zrównoważenia różnicy punktowej jaka powstałaby przy ofercie opartej na modelu deweloperskim i lekkiej integracji z projektem pilotażowym oferta musiałaby być o ok. 16 mln tańsza i na tą okoliczność przedstawił własną analizę ceny i ilości punktów według ustalonych kryteriów.

Przy modelu ścisłym nie ma konieczności wykorzystania produktów takich samych jak te które zostały użyte w projekcie pilotażowym. Integracja może być wykonana przy wykorzystaniu tego samego rodzaju urządzeń, które zostały wykorzystane przy infrastrukturze pilotażowej lub wykorzystaniu innych urządzeń, które wykorzystują standardowe protokoły komunikacyjne. Przy modelu lekkim powstały natomiast dwa niezależne rozwiązania, które następnie zostaną zintegrowane na poziomie warstwy zarządzającej, tj. model pilotażowy i model docelowy. W przypadku modelu lekkiego byłyby to dwa systemy i dodatkowo wymagałoby to poznania przez użytkowników nowego systemu.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uznała, iż kryteria stanowiące przedmiot zarzutu odnosiły się do filozofii budowy systemu, a nie konkretnego rozwiązania. Jakkolwiek przyjęcie modelu „integracyjnego” oraz ścisłej integracji może wprowadzać ograniczenia co do wykorzystania dostępnych na rynku rozwiązań, to jednak nie oznacza, że wykonawcy decydujący się na złożenie oferty przygotowanej w oparciu o model niepunktowany, nie mogą konkurować z rozwiązaniami wpisującymi się w preferowanym model wykonania. Poznawczym było w tym zakresie odesłanie do pierwszego postępowania unieważnionego, w którym złożone zostały dwie oferty, jedna w modelu integracyjnym, a druga w modelu

deweloperskim. Wyliczenia Odwołującego co do wysokości ceny, jaką musiałby zaproponować wykonawca nie uwzględniały różnicy w punktach, jakie zapewne występowałyby przy różnych modelach wykonania przedmiotu zamówienia w pozostałych kryteriach technicznych. Odwołujący przyjął bowiem, iż w pozostałych kryteriach oferty uzyskiwałyby taką samą ilość punktów, chociaż każda z nich miałaby być przygotowana w innym modelu. Ponadto, łącznie możliwych jest do uzyskania 123 pkt., a oba kwestionowane kryteria dotyczą tylko części z tych punktów. Ponadto, w świetle zmiany podejścia do oceny ofert i odchodzenia od wiodącego znaczenia kryterium „ceny”, na znaczeniu zyskiwać będą walory techniczne, użytkowej i jakościowe rozwiązań. Dlatego też argumentacja Odwołującego dotycząca konkurowania ceną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie mogła być wystarczająca do wykazania naruszenia zasad uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Co ważne w niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił różne rozwiązania, co jednak nie oznaczało, iż pozbawiony jest prawa do preferowania rozwiązań, które będą w najwyższym stopniu spełniały jego oczekiwania. W niniejszej sprawie nie było spornym ustalenie, że kryteria odnoszą się do walorów technicznych rozwiązań, a tym samym nie mogły być uznane za obiektywnie nieuzasadnione. Ponadto, wskazane przez Zamawiającego potrzeby związane z utrzymaniem projektu pilotażowego, który należy włączyć w nowy projekt również czyniły ocenę obiektywnie związaną z przedmiotem zamówienia. Zmiana o jaką wnosił Odwołujący, tj. rezygnacja z punktowania modelu ścisłego i modelu integracyjnego, stawiałoby na tym samym poziomie oferty znacząco odbiegające pod kątem filozofii wykonania przedmiotu zamówienia, co zapewne powodowałoby wzrost znaczenia kryterium „cena”, kosztem tych elementów, które pozwalają na stworzenie równych zasad oceny ofert bazujących na podobnych założeniach. Sam Odwołujący wskazywał na znaczenie przyjętej koncepcji na wysokość ceny możliwej do zaoferowania za dane rozwiązanie. Skoro przy tego rodzaju zamówieniach decydującym pozostają kwestie techniczne, których Zamawiający nie ograniczał poprzez wykluczenie części możliwych rozwiązań, nie ma uzasadnienia dla pozbawienia go prawa preferowania dodatkowymi punktami rozwiązań najbardziej dla niego korzystnych. W świetle powyższego Izba uznała, iż kryteria odnosiły się nie do konkretnych produktów, ale koncepcji wykonania przedmiotu usługi, która może wymagać wykorzystania różnych produktów, a przypisana waga odnosząca się do koncepcji wykonania nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Na marginesie Izba wskazuje, że zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy, w sytuacji gdy Zamawiający przypisał wagi tym elementom, które dotyczyły strony technicznej rozwiązania, nie mógł być skuteczny. Wskazana norma prawna nie może być naruszona przez Zamawiającego, w sytuacji gdy siwz zawiera opis kryteriów oceny i przypisanych wag, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Jedynie brak wymaganych informacji w siwz mógłby stanowić podstawę zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy.

5. Warunek przeprowadzenia testów walidacyjnych – naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016r., poz. 1126), w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący podnosi, iż ustalone zasady przeprowadzania testów walidacyjnych opisane w pkt 8 załącznika nr 4 do siwz, naruszają warunki uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zakładając pełną uznaniowość co do ich przeprowadzenia wobec poszczególnych wykonawców. W związku z tym Odwołujący domaga się wykreślenia obowiązku prezentowania sposobu realizowania wymaganych funkcjonalności.

Ponadto, w ocenie Odwołującego zakres badania opisany w pkt 8 „Testy walidacyjne” powoduje de facto otwarty zakres testów. Podczas procedury testowania weryfikacji podlegać może każda funkcjonalność o czym przesądza sformułowanie (...) *Testy mogą dotyczyć weryfikacji każdej funkcjonalności wymaganej dla poszczególnych elementów egzemplarza wzorcowego, w szczególności obejmują (ale nie muszą być ograniczone do):* (...). Powoduje to ten skutek, iż aby pomyślnie przejść testy należy dysponować w pełni sprawnym rozwiązaniem w dniu złożenia oferty. Bez zmian wnioskowanych przez Odwołującego, procedura testów walidacyjnych będzie odsbywała się wg swobodnego uznania Zamawiającego.

Nie zależnie od powyższego kwestionuje prawidłowość opisu procedury testowej i obowiązek załączenia szczegółowych, zamkniętych testów dla konkretnych funkcjonalności. Zamawiający oprócz usunięcia spornego otwartego zapisu zakresu weryfikacji powinien zrezygnować z konieczności tworzenia portalu przed zawarciem umowy.

Przedmiotem testów walidacyjnych mają być gotowe rozwiązania, a zatem dotyczyć ma to tylko ofert złożonych na model integracyjny, celem sprawdzenia działania produktu przed jego zakupem. Zamawiający wyjaśniał, iż nie wymaga wykazania pełnej skali, tzn. możliwości sprawdzenia działania dla wszystkich użytkowników. Testami mają być objęte produkty wzorcowe, które stanowiąc będą wycinek rozwiązania, a nie gotowe rozwiązanie, na którego przygotowanie wykonawca ma 180 dni.

Zarzut ten pozostaje powiązany z wymaganiem dostępności wszystkich wymaganych funkcjonalności w dniu składania ofert, omówionym przy zarzucie nr 3, a Odwołujący zasadniczo zarzuca Zamawiającemu brak opisu scenariuszy testowych dla oceny każdej z funkcjonalności i braku jednoznacznego ustaleniu zakresu tego badania, co uzasadniać ma żądanie wykreślenia obowiązku prezentowania sposobu realizowania wymaganych funkcjonalności.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uznała, iż zasadniczo potrzeba sprawdzenia działania funkcjonalności dotyczy tych rozwiązań, które oparte zostaną na gotowych produktach, czyli rozwiązań w modelu integracyjnym. Ponadto, jako model preferowany w jednym z kryteriów oceny, w ocenie Izby, powinien być przez Zamawiającego możliwy do zweryfikowania inaczej niż na podstawie oświadczenia wykonawcy, co do prawidłowego działania produktu gotowego, którego wartość jest szacowana na kwotę przekraczającą 50 mln zł. Podnoszone argumenty natury ekonomicznej nie stanowiły dostatecznego argumentu za tym, aby uznać za niedopuszczalne żądanie przygotowania produktów wzorcowych umożliwiających sprawdzenie, czy wybrana oferta rzeczywiście odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Zasadniczo zatem zarzut nie potwierdził się, a fakt, że Zamawiający uznał iż siwz może wydawać się nieprecyzyjna co do określania, którzy wykonawcy będą wzywani, w szczególności przy uwzględnieniu procedury odwróconej, zasadniczo nie wpływało na ustalenie, iż testy walidacyjne nie naruszały uczciwej konkurencji. Nawet gdyby przyjąć, iż w siwz należałoby w sposób jednoznaczny określić procedurę wzywania wykonawców do przedstawienia próbek, to nadal obowiązek przygotowania oferty, w tym zapewnienia przez wykonawcę elementów potrzebnych do przeprowadzenia testów, dotyczy w takim samym stopniu wszystkich wykonawców decydujących się na złożenie oferty w modelu integracyjnym. Brak opisu w siwz kiedy i które rozwiązania będą testowane nie powoduje utrudnienia uczciwej konkurencji. Skoro na tle obecnych zapisów jasne jest, iż wykonawcy będą wzywani do złożenia próbek (*a contrario* nie muszą ich załączać do oferty), to doprecyzowanie w tym zakresie samej procedury według, której Zamawiający będzie wzywał, nie wpłynie zasadniczo na sytuację wykonawcy na etapie składania ofert. Dopiero, gdyby brak tych informacji uniemożliwił przeprowadzenie testów zasadnym byłoby uwzględnienie odwołania. Ponieważ takiego wyводу Odwołujący nie prezentował, nie było podstaw do uznania, iż zasady przeprowadzenia testów walidacyjnych czynią warunki udziału w postępowaniu niekonkurencyjnymi.

6. Zakres zobowiązania umownego – zarzut naruszenia art. 14 Ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 353¹, 354 § 2 k.c. w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy.

Odwołujący kwestionuje dopuszczalność nałożenia na wykonawcę odpowiedzialności za już wykonane dostawy i usługi, co do których upłynął termin gwarancji (wsparcia gwarancyjnego), a wynika z obowiązku objęcia obsługą gwarancyjną również elementów infrastruktury pilotażowej. Odwołującemu nie jest znany stan techniczny i prawny posiadanego przez Zamawiającego rozwiązania, nie są mu zatem znane koszty wynikające z ryzyka przejęcia odpowiedzialności za dostawy i usługi wykonane przez podmiot trzeci, które były objęte wsparciem gwarancyjnym do 31.08.2016 r.

Odwołujący wnosił o usunięcie z pkt 2 OPZ wymagania, aby wszystkie wykorzystane moduły oprogramowania zostały zaktualizowane do najnowszych wersji i objęte jednolitą obsługą gwarancyjną z resztą systemu, obowiązku podania informacji o elementach infrastruktury pilotażowej, które zostaną wykorzystane do pełnienia funkcji w rozbudowanej infrastrukturze oraz braku możliwości wymiany elementów infrastruktury pilotażowej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż po stronie wykonawcy projektu musi spoczywać odpowiedzialność za prawidłowe działanie całej infrastruktury, również tej wbudowywanej w ramach modelu integracji „ścistej” i „lekkiej” programu pilotażowego. Objęcie jednolitą obsługą gwarancyjną wykorzystanych modułów dotyczy „ścisłego” modelu integracji oraz modułów oprogramowania, a nie urządzeń. Ma ono przeciwdziałać niepożądanemu skutkowi braku kompatybilności z projektem pilotażowym i powstania dwóch systemów, ze sobą niewspółpracujących.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż nałożony na wykonawcę obowiązek został odniesiony do modelu integracji „ścistej”, czyli tej w której wykorzystane zostaną elementy modelu pilotażowego w celu stworzenia jednego rozbudowanego systemu (modelu docelowego), a nie dwóch niezależnych rozwiązań integrowanych na poziomie warstwy zarządzającej (model pilotażowy i model docelowy). Powyższe uzasadnia przeniesienie na wykonawcę ryzyka poniesienia odpowiedzialności za prawidłowe działanie tworzonego przez niego jednego systemu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....