

**WYROK**  
z dnia 20 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2018 r. przez wykonawcę

**SoftHard Spółka Akcyjna, ul. Graniczna 27, 09-407 Płock**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne „SuPeKom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Poznańska 18, 66-100 Sulechów**

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania oznaczonych jako punkt II podpunkt 4. litera a, litera b, litera e i litera g tiret pierwszy i trzeci, tj. wymogu dotyczącego punktu 3.2.3 podpunkt 5.13 i 5.25 opisu przedmiotu zamówienia,**
2. **odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu odwołania oznaczonego jako punkt II podpunkt 4. litera d,**
3. **oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**
4. **kosztami postępowania obciąża SoftHard Spółka Akcyjna i:**
  - 4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez SoftHard Spółkę Akcyjną tytułem wpisu od odwołania,**

**4.2. zasądza od SoftHard Spółki Akcyjnej na rzecz Sulechowskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego „SuPeKom” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Zielonej Górze.

**Przewodniczący: .....**

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający – Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne „SuPeKom” Spółka z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę oraz wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz z niezbędną infrastrukturą” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 22 lutego 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 522559. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – SoftHard S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu dokonanie w sprzeczności z ustawą: określenia warunków udziału w postępowaniu; ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, prowadzącego do świadomej rezygnacji z możliwości pozyskania ofert konkurencyjnych pod względem cenowym od innych wykonawców; przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Powyższymi czynnościami naruszono w szczególności przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a, ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków dotyczących posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także w sposób, który przekracza określony w ustawie Prawo zamówień publicznych cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania w całości i nakazania Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez przyjęcie:

1. zarzut z punktu II podpunkt 4 litera a: że w celu spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej dotychczasowy zapis w punkcie 1. przyjmie brzmienie: wykonawca wykaże wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywane, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum dwa zamówienia polegające

na dostawie wraz z wdrożeniem co najmniej dwóch Zintegrowanych Systemów Informatycznych (z menu w języku polskim), dla podmiotów świadczących usługi co najmniej w zakresie dostawy wody i odbioru ścieków lub/i gospodarki zasobami mieszkaniowymi obejmującymi co najmniej 3000 odbiorców, każda, przy czym: - przynajmniej jedna ze wykazanych dostaw musi obejmować co najmniej usługi w zakresie dostawy wody i odbioru ścieków i/lub gospodarki zasobami mieszkaniowymi o wartości dostawy nie mniejszej niż 200 tys. zł brutto, oraz - przynajmniej jedna z wskazanych dostaw musi obejmować wdrożenie systemu informatycznego zawierającego Elektroniczne Biuro Obsługi Klienta, spełniające co najmniej następujące wymagania: i. możliwość zalogowania się Klienta na swoim koncie, ii. konto powinno zawierać spersonalizowane informacje o kliencie, iii. klient powinien mieć wgląd do swoich rozrachunków, iv. istnieje możliwość zbiorczego umieszczenia na kontach klientów wszelkich informacji, komunikatów, itp. wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

2. zarzut z punktu II podpunkt 4 litera b: że w celu spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej dotychczasowy zapis w punkcie 2. przyjmie brzmienie: wykonawca wykaże wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywane, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum jedno zamówienie polegające na dostawie sprzętu komputerowego o wartości co najmniej 200.000,00 zł brutto, przy czym w skład tych urządzeń wchodziły min. serwer, serwerowy system operacyjny i macierz dyskowa wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

3. zarzut z punktu II podpunkt 4 litera c: w wymaganiu zamieszczonym w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” część 1 – załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 18 fraza „Fabrycznie zainstalowany w serwerze na etapie produkcji na złączu PCIe v3 lub v2...” zostanie zastąpiona frazą „Zainstalowany w serwerze na złączu PCIe v3 lub v2...”, ponieważ użytkownik może zamówić fabryczny montaż takiego modułu przy zamówieniu minimum 50 sztuk serwerów,

4. zarzut z punktu II podpunkt 4 litera d: usunięcie z części C specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania 6.3.4.1., ponieważ to działanie powinno być prowadzone na etapie odbioru dostarczonego systemu,

5. zarzut z punktu II podpunkt 4 litera e: usunięcie z części C specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania 6.3.4. ust. 1), ponieważ istnieje tylko jeden dostawca wymaganego modułu kryptograficznego,

6. zarzut z punktu II podpunkt 4 litera f: zmiany w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” część 1. pkt 3.2.1, wymagania w zakresie Zintegrowanego Systemu Informatycznego zapisu w punkcie 5. z: „System baz danych musi być oparty o profesjonalną, komercyjną, licencjonowaną, nowoczesną relacyjną bazę danych wykorzystującą język SQL” na „System baz danych musi być oparty o profesjonalną, licencjonowaną, nowoczesną relacyjną bazę danych wykorzystującą język SQL”,

7. zarzut z punktu II podpunkt 4 litera g: wyeliminowanie ze „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” część 1. pkt 3.2.3. wymagania w zakresie Bazy Danych następujących zapisów:

- 5.13. wbudowany silnik JVM,
- 5.24. musi pozwalać na podział danych w jednej tabeli między różne fizyczne pamięci masowe zgodnie ze zdefiniowanymi warunkami podziału,
- 5.25. wbudowane narzędzie do tworzenia aplikacji internetowych za pomocą interfejsu opartego o przeglądarkę internetową,
- 5.26. możliwość wprowadzenia rozwiązania opartego o bazę klastrową, które umożliwi automatyczne rozłożenie obciążenia na pojedyncze elementy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu spowodowała, że Odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia oferty przetargowej i nabrał wątpliwości co do działania Zamawiającego zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji. Zamawiający, opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dopuścił się, w sposób istotny, naruszenia przepisów dotyczących przestrzegania zasady uczciwej konkurencji w związku z niezachowaniem zasady proporcjonalności warunków udziału zamówienia dla przedmiotu zamówienia.

Firma SoftHard S.A. posiada ogromne doświadczenie w dostarczaniu i wdrażaniu autorskiego Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI), systemu klasy ERP, czyli oprogramowania objętego przedmiotem zamówienia, w tym na rzecz licznych podmiotów komunalnych. Odwołujący jest producentem ZSI spełniającego wszystkie wymagania funkcjonalne Zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący jest również wykonawcą, który posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Jednak nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, tj. wygórowane warunki i ich kumulatywny charakter uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie tego zamówienia.

Zamawiający tak opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że, według wiedzy Odwołującego i znajomości podmiotów działających w tym segmencie rynku IT, będzie mógł spełnić je samodzielnie co najwyżej jeden wykonawca – UNISOFT Spółka z o.o. W tym segmencie rynku IT, na którym działa Odwołujący i którego

dotyczy przedmiotowe postępowanie, praktycznie nie jest możliwe realne wykorzystanie możliwości, jakie daje art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym wydaje się, że wyłącznie hipotetyczna możliwość złożenia ofert przez inne podmioty, w postępowaniu o tak opisanym sposobie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, będzie wskazywała na działania pozorne, a oferty te będą miały charakter ofert kurtuazyjnych. Powyższe potwierdzają wyniki licznych postępowań, w których ofertę złożyła firma UNISOFT Spółka z o.o. i której oferta, przy braku konkurencyjnych ofert, zostawała wybrana.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo dotyczące konieczności określania warunków udziału w postępowaniu z poszanowaniem uczciwej konkurencji, w tym dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. Ustalenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy i doświadczenia, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki ubiegania się o zamówienie tak powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nie mogą one być nadmierne, zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia i adekwatne do osiągnięcia wybranego celu. Przy określaniu, którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczenia konkurencji winny być jak najmniejsze i stosowane jedynie w zakresie niezbędnym dla osiągnięcia celów danego zamówienia.

W ocenie Odwołującego kumulatywny charakter wymagania 9.1.2 ppkt 3 lit. a) i b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wydaje się wskazywać na dążenie do wyłączenia w rzeczywistości możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez innych wykonawców, w tym Odwołującego, posiadających wiedzę i doświadczenie w stopniu gwarantującym należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 16 marca 2015 r., w którym wskazano „nie sposób odmawiać zamawiającym prawa do określania liczby zamówień, których wykonanie (wykonywanie) świadczyć będzie, w ich ocenie, o należyтым przygotowaniu wykonawców. Uprawnione jest bowiem zapatrywanie, że podmiot, który legitymuje się realizacją kilku świadczeń danego rodzaju na rzecz różnych zamawiających i w różnych okolicznościach faktycznych posiada większe doświadczenie niż ten, który incydentalnie zrealizował jedno zamówienie”. Powyższe wynika z utrwalonego w doktrynie poglądu, że zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem, jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy), a nie dokonaniem (przeprowadzonym) eksperymentem, czy też próbą, jak byłoby to w przypadku ograniczenia się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania

tożsamych prac lub czynności, (...) określając wymaganą wiedzę i doświadczenie ilością wykonanych robót, dostaw czy też usług, należy mieć na uwadze przedmiot zamówienia, warunki jego realizacji, ilość zrealizowanych rozwiązań w skali kraju, nowatorstwo technologiczne lub konstrukcyjne i wiele innych aspektów”.

Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 października 2015 r. „wprowadzenie warunków tożsamych lub istotnie zbliżonych do warunków realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania w sposób znaczący narusza ten przepis i stanowi o ograniczeniu konkurencyjności zamówień publicznych. (...) Wychodząc natomiast od językowego rozumienia słowa „proporcjonalny”, należy stwierdzić, iż przymiotnik ten oznacza „mający określony stosunek części do całości, wyrażający określony stosunek do jakiejś wielkości” (...) Natomiast w przypadku określania sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oczywistym jest, iż przy ustalaniu właściwej proporcji do przedmiotu zamówienia na podstawie przepisu art. 22 ust. 4 ustawy należy kierować się koniecznością zachowania podstawowych zasad jego prowadzenia wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy jako zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Nieproporcjonalność wymagania dotyczy również wymagań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia: część C wymagania 6.3.4.1. i 6.3.4. ust. 1), szczegółowy opis przedmiotu zamówienia część 1 – 3.2.1., punkt 5., 3.2.3, punkty: 5.13, 5.24, 5.25, 5.26. Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, dokonania czynności zmiany w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub unieważnienia postępowania, a także obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa przez pełnomocnika Odwołującego.

W piśmie procesowym Odwołujący dodał, że postanowienia rozdziału I pkt 6.3.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia obliguje wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji wersji testowej Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI), która będzie spełniała wszystkie funkcje wymagane w postępowaniu. Wymóg ten zakłada, że wykonawca już wcześniej zrealizował ZSI identyczny do tego, który został opisany w opisie przedmiotu zamówienia. To z kolei dyskwalifikuje z przetargu wykonawców, którzy w terminie określonym przez Zamawiającego (do końca 2018 roku) są w stanie przygotować wszelkie funkcje wymagane w postępowaniu, ale nie dysponują wszystkimi już na etapie udziału w postępowaniu przetargowym.

Takie sformułowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia stoi w opozycji do definicji legalnej umowy dostawy, która została uregulowana w art. 605 Kodeksu cywilnego.

Przedmiotowa definicja zakłada wytworzenie rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz ich dostarczenie częściami albo okresowo do odbiorcy. Skoro Zamawiający chce kupić gotowy program typu ZSI, to taka umowa będzie pozbawiona cech charakterystycznych umowy dostawy.

Przy uwzględnieniu wszystkich wymagań Zamawiającego, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, niemożliwe jest złożenie oferty przez wykonawcę, który nie posiada ZSI przystosowanego w 100% do wdrożenia w warunkach Zamawiającego. Przed wdrożeniem ZSI wymaga przeprowadzenia analizy przedwdrożeniowej oraz parametryzacji. Dlatego wymóg opisany w pkt 6.3.4.1. jest całkowicie bezzasadny, a jednocześnie stwarza możliwość wyeliminowania wszystkich ofert, które mogłyby okazać się korzystniejsze ze względu na kryteria oceny ofert. Zapis ten może zostać użyty jako swego rodzaju kryterium zapasowe, mimo że taka weryfikacja powinna być wykonywana dopiero w trakcie odbioru.

Całkowicie nieuzasadniony jest wymóg instalowania modułu kryptograficznego na etapie produkcji, ponieważ producent urządzenia (np. Utimaco GmbH) nie wymaga tego od jego użytkowników. Z korespondencji Odwołującego z dystrybutorami serwerów firmy DELL wynika, że nie można w konfiguratorze złożyć takiego zamówienia dla pojedynczego serwera, ponieważ zamówienie z uwzględnieniem fabrycznego zainstalowania urządzenia HSM może być wykonane dla minimum 25 sztuk serwerów. Biorąc pod uwagę powyższe wymaganie należy uznać, że specyfikacji istotnych warunków zamówienia preferuje wyłącznie wykonawców, którzy korzystają z takich rozwiązań na co dzień, oraz jednocześnie dyskwalifikuje wykonawców korzystających z alternatywnych rozwiązań.

Wnioski Odwołującego dotyczące bazy danych ZSI, wymienione w punkcie II ppkt 4 lit. f i g odwołania korelują z wymaganiem dla procesora serwera pod aplikację – 3.1.2. pkt 4. Kwestionowane przez Odwołującego zapisy wskazują jednoznacznie na bazę danych Oracle. Oprogramowanie (ZSI) firmy Unisoft sp. z o.o. współpracuje tylko z tą bazą danych, podczas gdy inni potencjalni oferenci, zdolni do realizacji zamówienia, oferują ZSI współpracujący z różnymi bazami danych (w tym m.in. Oracle). ZSI Odwołującego współpracuje z dwiema bazami danych: niekomercyjną oraz Oracle. Aktualne zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie eliminują wprawdzie Odwołującego z możliwości ubiegania się o realizację zamówienia, lecz preferują rozwiązania firmy Unisoft sp. z o.o. Wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia są możliwe do spełnienia tylko pod warunkiem dostarczenia ZSI funkcjonującego w oparciu o bazę danych Oracle wersji Enterprise i nie są możliwe do spełnienia przez bazę danych Oracle w wersji Standard czy RAC. Tym samym zapisy sformułowane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia preferują wyłącznie wykonawców oferujących rozwiązania, które są najdroższe na rynku i to dodatkowo w najwyższej z dostępnych wersji. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że wdrożeniami ZSI zbliżonymi do wymaganego przez Zamawiającego,



opartymi na bazie danych Oracle, na co dzień zajmuje się wyłącznie firma Unisoft sp. z o.o., ponieważ inni dostawcy korzystają z alternatywnych baz danych, które nie są tak kosztochłonne, przez co są w stanie oferować ZSI w cenie 2-3 krotnie niższej niż Unisoft sp. z o.o. Baza danych Oracle jest to co prawda najsilniejsze rozwiązanie na rynku, lecz stosowanie jej w warunkach Zamawiającego nie znajduje faktycznego uzasadnienia. W ocenie Odwołującego Zamawiającemu powinno przede wszystkim zależeć na tym, aby ZSI funkcjonował w sposób płynny i niezakłócony, podczas gdy analiza zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje jednoznacznie, iż celem przyświecającym Zamawiającemu jest zakup najdroższego możliwego oprogramowania dostępnego na rynku, które będzie w przyszłości generować dalsze najwyższe koszty utrzymania. Gdyby Zamawiający uwzględnił odwołanie w tym zakresie, to oferenci otrzymaliby możliwość zaoferowania ZSI z równoważną bazy danych, np. darmową bazą Firebird, dla której wydajność ZSI w warunkach Zamawiającego byłaby nie mniejsza niż w przypadku bazy danych Oracle. Ponadto doświadczenie Odwołującego pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że w warunkach Zamawiającego do wydajnej obsługi przetwarzania procesów zachodzących w przedsiębiorstwie Zamawiającego wystarczyłby serwer jednoprocessorowy. Wprowadzone zapisy świadczą mogą o braku wiedzy osób przygotowujących opis przedmiotu zamówienia w zakresie powiązania mocy serwera z bazą danych ZSI. Miernikiem wydajności powinien być nie test serwera, a test szybkości działania ZSI w kluczowych operacjach. Z informacji uzyskanych od innych użytkowników ZSI firmy Unisoft sp. z o.o. Odwołujący powziął wiedzę, że rozwiązania tej firmy są mniej wydajne pod względem szybkości pracy i mogą nie spełniać powyższych czasów reakcji przy zastosowaniu bazy danych Oracle Standard Edition 2 oraz serwera zgodnego z jej wymaganiami licencyjnymi. Zdaniem Odwołującego uwzględnienie wniosków zawartych w pkt II ppkt 4 odwołania pozwoli na wyeliminowanie z treści dokumentacji przetargowej wszelkich zapisów, które naruszają przepisy o zamówieniach publicznych.

## II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uwzględnił odwołanie częściowo w zakresie zarzutów i żądań sformułowanych w:

1. punkcie II ppkt 4 lit. a odwołania,
2. punkcie II ppkt 4 lit. b odwołania – w zakresie żądania wprowadzenia do treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej pojęcia „sprzęt komputerowy”,
3. punkcie II ppkt 4 lit. g odwołania – w zakresie żądania usunięcia postanowień 5.13 i 5.25.

W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podkreślił, że uznaje za wyrażnie w odwołaniu jedynie zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie wiedzy i doświadczenia. Natomiast żądania Odwołującego dotyczące zmian w opisie przedmiotu zamówienia nie zostały poprzedzone wyrażnie postawionymi zarzutami. Odwołujący nie wskazał, jaką czynność Zamawiającego kwestionuje ani jaki konkretnie przepis ustawy Prawo zamówień publicznych został naruszony w wyniku działania bądź zaniechania Zamawiającego. W odwołaniu w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia nie dokonano subsumpcji stanu faktycznego do odnoszących się do niego przepisów prawa. Część żądań Odwołującego w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia jest pozbawiona jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego. W rezultacie Zamawiający miał znacznie utrudnioną możliwość odniesienia się do lakonicznie wyartykułowanych w odwołaniu żądań Odwołującego. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zarzut musi być postawiony wyrażnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i doprecyzowanie treści zarzutów odwołania. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu, jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności. Wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego, art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wyznacza zakres rozpoznania odwołania przez Izbę, podając, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W rezultacie wszelkie próby formułowania dopiero na rozprawie zarzutów odnoszących się do żądań określonych w odwołaniu w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zdaniem Zamawiającego powinny być uznane za działania spóźnione.

Zarzut i żądanie dotyczące zmiany warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej poprzez zmianę dotychczasowego brzmienia postanowienia punktu 1. (pkt II ppkt 4 lit. a odwołania): Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut i dokona w tym zakresie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut i żądanie dotyczące zmiany warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej poprzez zmianę dotychczasowego brzmienia punktu 2. (pkt II ppkt 4 lit. b odwołania): Zamawiający uwzględnił zarzut w części dotyczącej jednoznacznego dopuszczenia w treści warunku możliwości wykazania się doświadczeniem w dostawie i uruchomieniu sprzętu komputerowego. Zamawiający dokona w tym zakresie modyfikacji

specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zamianę frazy: urządzeń teleinformatycznych ..." na „urządzeń teleinformatycznych/sprzętu komputerowego”.

Jednocześnie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu w części dotyczącej kwestionowania wymagania, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem nie tylko w dostawie, ale również w uruchomieniu urządzeń teleinformatycznych. W ocenie Zamawiającego wymóg posiadania doświadczenia w uruchomieniu urządzeń nie jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, natomiast umożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, przez co jego ustanowienie nie narusza art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut i żądanie dotyczące zastąpienia frazy „Fabrycznie zainstalowany w serwerze na etapie produkcji na złączu PCIe v 3 lub v2 ..." (pkt II ppkt 4 lit. c odwołania): Zamawiający nie uwzględnił zarzutu i żądania.

Przedmiotowy wymóg dotyczy tego, by moduł bezpieczeństwa był zainstalowany w serwerze fabrycznie na etapie produkcji, a nie na innym etapie. Podnieść należy, że znajduje to uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Moduł kryptograficzny to kluczowy element infrastruktury z punktu widzenia jej bezpieczeństwa. Zamawiający w trakcie pracy ze Zintegrowanym Systemem Informatycznym będzie przetwarzał znaczne ilości wrażliwych danych, w związku z tym musi zadbać o ich bezpieczeństwo, w tym o zgodność funkcjonowania ZSI z wymogami prawnymi nakazującymi zapewnienie pełnego bezpieczeństwa tym danym. Montaż fabryczny modułu kryptograficznego (na etapie produkcji serwera) przez producenta zapewnia gwarancję działania/współpracy tego bardzo wrażliwego podzespołu z innymi komponentami serwera. Producent przed dopuszczeniem modułu kryptograficznego do użytku musi przetestować prawidłowość jego działania (inaczej serwer nie wyjedzie z fabryki), co gwarantuje, że na pewno będzie on działał. Dodatkowo w przypadku awarii takiego modułu gwarancji udziela producent serwera, a nie firma zewnętrzna, która dostarcza dany moduł. Dla zamawiającego upraszcza to proces zgłaszania ewentualnej usterki, daje pewność, iż awaria modułu bezpieczeństwa lub innego podzespołu serwera będzie traktowana na równi priorytetowo, zaś sam problem nie będzie eskalowany pomiędzy dostawcami, a także daje pewność 100% kompatybilności wszystkich podzespołów. Jednocześnie z informacji Zamawiającego wynika, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, możliwe jest zamówienie 1 sztuki serwera wraz z fabrycznie zamontowanym modułem bezpieczeństwa. W celu wyjaśnienia przedmiotowej kwestii Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie informacji do dwóch podmiotów działających w branży - Dell Sp. z o.o. oraz Thomas-Krenn AG. Z udzielonych przez te podmioty informacji wynika, że na rynku nie jest stosowany wymóg minimalnej liczby zamawianych produktów oraz że możliwe jest zamówienie 1 sztuki serwera z fabrycznie zamontowanym modułem bezpieczeństwa. Pismem z 7 marca 2018 r. Dell Sp. z o.o. oświadczyła, że „przygotowuje wyceny i przyjmuje do realizacji

nawet pojedyncze indywidualne konfiguracje serwerów, macierzy (nie jest stosowany wymóg minimalnej ilości wycenianych i zamawianych produktów)". Pismem z 7 marca 2018 r. Thomas-Krenn AG oświadczył, że „jako producent serwerów własnej marki, może dostarczyć nawet jedną szt. naszego kompletnego rozwiązania Security Appliance wraz z zainstalowanym na etapie montażu serwera modułem bezpieczeństwa HSM (nie jest stosowany wymóg minimalnej ilości zamawianych produktów).”

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że sam Odwołujący w trakcie poprzedniego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na wdrożenie ZSI w ramach wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty przedstawił informacje sprzeczne ze swoimi obecnymi twierdzeniami, tj. z informacji tych wynikało, że realia rynkowe są takie, że nie ma konieczności zakupu partii nie mniejszej niż 50 sztuk, a możliwa jest dostawa pojedynczych sztuk urządzeń. Zamawiający nie uwzględnił zarzutu polegającego na bezpodstawnym wymaganiu dostarczenia egzemplarza testowego oferowanego Zintegrowanego Systemu Informatycznego przed wyborem oferty najkorzystniejszej, a nie na etapie odbioru dostarczanego systemu (zarzut pkt II ppkt 4 lit. d odwołania).

Zamawiający powinien mieć możliwość potwierdzenia, czy oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Oczekiwanie zaprezentowania wybranych funkcji ZSI jest działaniem powszechnie spotykanym i stosowanym w ramach postępowań dotyczących tożsamyh przedmiotów zamówienia prowadzonych w trybie ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający prowadząc postępowanie na dostawę ZSI opisał w sposób precyzyjny, jak będzie wyglądała prezentacja systemu i jak wyglądają scenariusze testowe. Zamawiający nie oczekuje dostarczenia Zestawu Testowego, który będzie prezentował wszystkie funkcje określone w opisie przedmiotu zamówienia, lecz oczekuje jedynie prezentacji kluczowych funkcji z punktu widzenia Zamawiającego. Wymaganych przez Zamawiającego funkcji we wszystkich modułach jest blisko 600, natomiast egzemplarz testowy powinien prezentować jedynie 49 funkcjonalności. Dostarczenie wymaganego przez Zamawiającego egzemplarza testowego jest w pełni możliwe dla każdego wykonawcy dysponującego standardową wersją Zintegrowanego Systemu Informatycznego.

Odwołujący nie wskazał, dlaczego uważa, że przedmiotowe działania powinny być prowadzone na etapie odbioru sprzętu. Odwołujący nie sprecyzował również, dlaczego takie działanie miałoby być niedopuszczalne z punktu widzenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie Odwołującego jest niezwykle lakoniczne, tymczasem z praktyki prowadzenia postępowań przetargowych wynika, że zamawiający oczekują dostarczenia Zestawu Testowego oferowanych Systemów Informatycznych na etapie wyboru ofert, a działania takie są zgodne z przepisami ustawy.

Zarzut i żądanie dotyczące usunięcia ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, część C wymagania 6.3.4 ust. 1 (pkt II ppkt 4 lit. e odwołania): Zamawiający nie uwzględnił zarzutu i

żądania. Zgodnie z przedmiotowym wymogiem w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, żąda się od wykonawców złożenia certyfikatu FIPS 140-2 poziom 3 dla modułu kryptograficznego wbudowanego w serwer.

Zarzut i żądanie dotyczące zmiany w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, część 1, wymagania 3.2.1. w zakresie pkt 5 (pkt II ppkt 4 lit. f odwołania):

Przedmiotowy wymóg jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego – wprowadzono go m.in. w celu zapewnienia bezpieczeństwa danych przetwarzanych przez Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący dąży do wykreślenia cechy „komercyjności” bazy danych, choć nie podał, jakie argumenty przemawiają za proponowaną przez niego zmianą. Zamawiający ze względu na specyfikę prowadzonej działalności związanej z przetwarzaniem tysięcy newralgicznych i wrażliwych danych transakcyjnych oraz osobowych, oczekuje, aby rozwiązanie ZSI było oparte o komercyjną, czyli wspieraną przez konkretnego producenta platformę bazodanową. Zapewni to bezpieczeństwo użytkownika, ochronę kodów źródłowych i ciągłość funkcjonowania oraz możliwość rozwoju na przestrzeni wielu lat eksploatacji systemu. Wymaganie komercyjnej bazy danych ma na celu zapewnienie, że wydajność i bezpieczeństwo funkcjonowania Zintegrowanego Systemu Informatycznego, w oparciu o który Zamawiający będzie obsługiwać ponad 4.500 swoich klientów (dla wody i ścieków), ok. 3.376 osób zamieszkujących lokale mieszkalne we wspólnotach mieszkaniowych, ponad 100 pracowników i ponad 8.000 osób mających posiadających prawo do grobu), które są dla Zamawiającego priorytetem zostaną w pełni spełnione. Dodatkowo w obliczu wchodzącego w życie Europejskiego Rozporządzenia RODO obniżanie standardów bezpieczeństwa Zamawiającego w celu zagwarantowania Odwołującemu możliwości złożenia oferty jest dla Zamawiającego nie do przyjęcia. Komercyjna baza danych i jej poszczególne wymagania mają na celu także zapewnienie (poza bezpieczeństwem i wydajnością, o których mowa powyżej) również bezproblemowe funkcjonowanie, możliwości konfiguracji oraz uporządkowaną strukturę.

Dla Zamawiającego jednym z najwyższych kosztów prowadzenia działalności są płace pracowników, dlatego Zamawiający ceni ich czas. Ich codzienna praca, czas odpowiedzi systemu i pewność, że dane systemu będą zapisane prawidłowo w bazie danych są priorytetowe. Zamawiający nie może sobie pozwolić na przestoje związane z wolną, mało wydajną pracą aplikacji, czego obawia się po bazie nie komercyjnej.

Zamawiający oczekuje dostawy rozwiązania które zapewni, bezproblemową i płynną pracę Zintegrowanego Systemu Informatycznego, natomiast w przypadku pojawienia się problemów oczekuje możliwości szybkiego kontaktu z producentem oprogramowania, wsparcia technicznego, wsparcia merytorycznego i dostępu do poprawek/aktualizacji które są regularnie wprowadzane przez producentów komercyjnych baz danych. Zamawiający nie zamierza

szukać rozwiązań problemów z bazą danych na forach internetowych oraz nie zamierza zatrudniać dodatkowych specjalistów, którzy tego typu problemy będą rozwiązywać. Produkty typu Open Source nie zapewniają gwarancji prawidłowego działania, możliwości szybkiego rozwiązywania problemów ani szybkiego kontaktu z ich twórcą. Dodatkowo otrzymanie niekomercyjnej bazy danych rodzi poważne ryzyko, że zostanie ona stworzona tylko na potrzeby jej dostarczenia dla Zamawiającego, a więc może ona nie być dostatecznie dobrze przetestowana, a jej użytkowanie może rodzić bardzo dużo problemów na etapie jej późniejszego użytkowania i eksploatacji, uzależniając jednocześnie Zamawiającego od bazy, która nie będzie dostosowana do jego oczekiwań.

Zarzut, że Zamawiający chce, aby dostarczono mu sprzęt przewyższający jego zapotrzebowanie, jest niesłuszny i krzywdzący. Tworząc opis przedmiotu zamówienia Zamawiający brał pod uwagę profilaktykę projektu, a także swojego działania jako spółki, tj. konieczność zachowania trwałości projektu, chęć rozbudowy oprogramowania w kolejnych latach użytkowania, zminimalizowanie ryzyka niedotrzymania kroku technologiom informatycznym, jakie w przyszłości Zamawiający będzie dalej wdrażać (np. GIS). W związku z czym, Zamawiający nie celował w rozwiązania niskobudżetowe, które z wielkim prawdopodobieństwem przyczyniłyby się w krótkim czasie do konieczności poczynienia kolejnych inwestycji.

Odwołujący nie skonkretyzował zarzutu w stosunku do przedmiotowych wymagań. Odwołujący w ogóle nie uzasadnił, dlaczego w jego ocenie konieczne jest wykreślenie zwrotu „komercyjny”. Odwołujący nie wskazał także, w jaki sposób przedmiotowy wymóg jest sprzeczny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie wskazał, czy dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia mu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący stwierdził, że jedynie określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a nie opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Natomiast na zasadzie art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zarzut i żądanie dotyczące usunięcia wymagania 3.2.3. poprzez usunięcie szeregu postanowień – ppkt 5.13, 5.24, 5.25, 5.26 (pkt II ppkt 4 lit. g odwołania): Zamawiający uwzględnił zarzut w części odnoszącej się do ppkt 5.13 i 5.25 oraz dokona w tym zakresie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie wniósł o oddalenie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu w części odnoszącej się do pkt 5.24 i 5.26. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie skonkretyzował zarzutu w stosunku do przedmiotowych wymagań i nie wskazał przepisu naruszonego, nie podał też jakiegokolwiek

uzasadnienia stawianych żądań poza ogólnym stwierdzeniem o nieproporcjonalności przedmiotowych wymagań.

Zamawiający wskazał na obiektywne potrzeby związane z ustanowieniem wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia pkt 5.24 i 5.26. 5.24. Wymóg 5.24 dotyczy możliwości podziału danych w jednej tabeli między różne fizyczne pamięci masowe zgodnie ze zdefiniowanymi warunkami podziału. Zamawiający chce mieć możliwość swobodnego zarządzania przestrzeniami tabel znajdujących się w bazie danych, które będą umieszczane na różnych zasobach dyskowych, przy zachowaniu ich pełnej spójności i integralności, a taką możliwość zapewnia otrzymanie tylko komercyjnej, profesjonalnej bazy danych.

Możliwość wprowadzenia rozwiązania opartego o bazę klastrową, które umożliwi automatyczne rozłożenie obciążenia na pojedyncze elementy (pkt 5.26) – możliwość klastrowania jest nieocenionym rozwiązaniem i komercyjna baza danych posiadająca taką funkcjonalność ma bardzo duże znaczenie dla Zamawiającego. Klaster zapewnia możliwość działania w sposób bardzo atrakcyjny, sprawiając, że komfort i możliwości pracy są olbrzymie. Dobrze skonfigurowana infrastruktura zapewnia, że w przypadku np. pracy nad bardzo ważną i obszerną dokumentacją/raportem, w momencie wyłączenia serwera (z powodu awarii np. zasilacza, płyty głównej, czy jakiegokolwiek innego elementu) Zamawiający jako użytkownik nie zauważa takiego zdarzenia i jego praca nie jest przerywana, gdyż dokumentacja/raport wykonuje się poprawnie. Wprowadzenie przedmiotowego wymogu jest podyktowane troską o pełne bezpieczeństwo i ciągłość działania Zintegrowanego Systemu Informatycznego. Zamawiający bowiem chce mieć możliwość zorganizowania konfiguracji, w której, jeśli jeden serwer przestanie działać, drugi natychmiast przejmie jego funkcje bez wyraźnego przestoju w pracy. W odwołaniu nie zostało wskazane, czy baza danych, na której funkcjonuje system Odwołującego nie posiada takiej funkcjonalności, niemniej jednak ustanowienie wymogu w pełni znajduje odzwierciedlenie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

Obie zakwestionowane funkcje posiadają bazy danych komercyjne, jak np. IBM DB2, Microsoft MS SQL, My SQL od Enterprise (oraz wersja darmowa Community), Oracle.

Konsekwencją rezygnacji z tych zapisów będzie obniżenie poziomu bezpieczeństwa przetwarzanych danych i zamknięcie systemowi możliwości rozwoju, a użytkownikom swobodnego zarządzania zasobami bazy danych.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – za wyjątkiem zarzutu (żądania) z punktu II podpunkt 4 lit. d odwołania, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba wyjaśnia, iż w wyroku używa podwójnego określenia „zarzut (żądanie)”, ponieważ część zarzutów Odwołujący sprecyzował merytorycznie jedynie jako żądania i jego zarzuty można wywodzić wyłącznie z tych żądań.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów (żądań) odwołania oznaczonych w odwołaniu jako punkt II podpunkt 4 lit. a – w całości, jako punkt II podpunkt 4 lit. b – w zakresie żądania wprowadzenia do treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej pojęcia „sprzęt komputerowy” oraz jako punkt II podpunkt 4 lit. g odwołania – w zakresie żądania usunięcia postanowień 5.13 i 5.25.

Odwołujący oświadczył, że dokonane uwzględnienie zarzutu oznaczonego jako punkt II podpunkt 4 lit. b go satysfakcjonuje i nie podtrzymał tego zarzutu w pozostałej części, co oznacza jego wycofanie w nieuwzględnionym zakresie. Odwołujący cofnął też zarzut odwołania oznaczony jako punkt II podpunkt 4 lit. e. W powyższym zakresie, zgodnie z art. 186 i art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba umorzyła postępowanie, rozpoznając jedynie pozostałe zarzuty.

Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu (żądania) oznaczonego jako punkt II podpunkt 4 lit. d. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – jak w niniejszej sprawie – odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, 2) określenia warunków udziału w postępowaniu, 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, 4) odrzucenia oferty odwołującego, 5) opisu przedmiotu zamówienia, 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zarzut (żądanie) punktu II podpunkt 4 lit. d. dotyczy „usunięcia z części C specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania 6.3.4.1., ponieważ to działanie powinno być prowadzone na etapie odbioru dostarczonego systemu”. Przedmiotowe postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnosi się do rozdziału „Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” – część C: „Oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę na żądanie Zamawiającego”,



wymaganie 6.3.4.1: „ponadto w celu potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający po otwarciu ofert i przed wyborem oferty najkorzystniejszej wezwie Wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, do dostarczenia egzemplarza testowego oferowanego Zintegrowanego Systemu Informatycznego będącego przedmiotem zamówienia. Zakres, termin i sposób dostarczenia – odbioru zestawu testowego do prezentacji wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności Zintegrowanego Systemu Informatycznego oraz termin i przebieg prezentacji przedstawia załącznik nr 2 do SIWZ.”

Powyższy zakres nie odnosi się więc ani do określenia warunków udziału w postępowaniu, ani do opisu przedmiotu zamówienia, ani do żadnej z pozostałych czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz do sposobu badania (weryfikacji) złożonej oferty. Tym samym odwołanie w tej części dotyczy innej czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem spełnia przesłankę odrzucenia wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie nie mogłoby być też uwzględnione w żądanym zakresie, tj. całkowitego usunięcia wymogu prezentacji, ze względu na to, że żądanie jest zbyt daleko idące, a Zamawiający, jak sam podkreślił, i z czym zgodził się Odwołujący, generalnie ma prawo przeprowadzić prezentację. Odwołujący, jak wskazał podczas rozprawy, zasadniczo nie negocjował też samej prezentacji, lecz wybrane przez Zamawiającego scenariusze. Nie potrafił jednak sprecyzować i skonkretyzować zarzutów przeciw nim ani nie zmienił zakresu swojego żądania poprzez odniesienie do usunięcia lub zmiany tych konkretnych scenariuszy.

Co do pozostałych zarzutów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy (wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny pomiędzy Stronami – został on opisany powyżej w stanowiskach Stron.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu (żądania) wskazanego w punkcie II podpunkt 4 litera c, tj. usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia „Fabrycznie zainstalowany w serwerze na etapie produkcji na złączu PCIe v3 lub v2...” wymogu „fabrycznego” zainstalowania w serwerze modułu kryptograficznego (tzn. przez producenta serwerów), odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący uzasadniając to żądanie wskazywał w odwołaniu, że użytkownik może zamówić fabryczny montaż takiego modułu przy zamówieniu minimum 50 sztuk serwerów (w piśmie procesowym z 14 marca 2018 r. – 25 sztuk). Z kolei Zamawiający dowodził, że nie ma takiego ograniczenia ilościowego i możliwe jest to nawet przy jednej sztuce serwera. Obie Strony powoływały się przy tym na informacje wynikające z załączonej do pism procesowych korespondencji z producentami serwerów.

Rzeczywiście z korespondencji tej wynika, że – przynajmniej DELL – udzielił w tym zakresie sprzecznych odpowiedzi; albo pozornie sprzecznych, gdyż możliwość konfiguracji dla jednego serwera może zależeć od konkretnego elementu (modułu), którego zamówienie dotyczy lub „projektu”, z którego dany klient DELL-a korzysta.

Biorąc jednak pod uwagę stanowiska Stron Izba postanowiła oddalić odwołanie co do tego zarzutu stwierdzając, że stanowisko Zamawiającego jest bardziej przekonujące, zaś oświadczenia Odwołującego były na tyle niespójne, że Izba nie mogła się na nich oprzeć. Już niezależnie od wskazanej minimalnej liczby serwerów (50 czy 25) – bo konkretna liczba, jeśli jest wyższa od 1, nie ma tu znaczenia – Odwołujący zmieniał swoje oświadczenia w tym zakresie: co do możliwości w ogóle montowania modułu przez producenta serwerów (certyfikowanie), wskazywał też, że mógłby to zlecić producentowi serwerów, ale jest to bardziej kosztowne oraz że przeszkodą w zasadzie nie jest sam wymóg montażu przez producenta, ale fakt, że producent nie może określić terminu montażu, który zależy od dostępności modułu – i że u producenta takiego jak DELL na pewno będzie to długo.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że nie może dać wiary stwierdzeniom Odwołującego ani uwzględnić tego zarzutu, skoro Odwołujący sam nie potrafił sprecyzować, na czym konkretnie problem związany z tym wymogiem Zamawiającego polega.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu (żądania) wskazanego w punkcie II podpunkt 4 litera f odwołania, odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że żąda zmiany wymogu zawartego w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” część 1. pkt 3.2.1, „System baz danych musi być oparty o profesjonalną, komercyjną, licencjonowaną, nowoczesną relacyjną bazę danych wykorzystującą język SQL” poprzez usunięcie wymogu, by baza była komercyjna. W odwołaniu Odwołujący nie uzasadnił podstaw tego żądania, wskazując później, że co prawda oferowany przez niego Zintegrowany System Informatyczny może działać w oparciu o taką bazę (Oracle), ale bazę danych typu open source uważa za lepiej działającą i lepiej dostosowaną do potrzeb Zamawiającego, a przy tym znacznie tańszą i dlatego taką wolałby Zamawiającemu zaoferować.

Zamawiający z kolei wskazywał, że żąda bazy komercyjnej z tego powodu, że ze względu na dofinansowanie unijne musi utrzymać projekt minimum przez 8 lat, a bazy typu open source nie zapewniają ani aktualizacji/modyfikacji oprogramowania, ani wsparcia producenta, które to rzeczy są dla niego istotne.

Izba stwierdziła, że z powyższego względu wymogu Zamawiającego nie można uznać za nieuzasadniony. Z kolei rolą wykonawców nie jest ocena gospodarności zamawiającego ani ustalanie, które rozwiązanie lepiej odpowiadałoby jego potrzebom (chyba że takie zadania zamawiający przed nimi postawi, np. w dialogu konkurencyjnym). Samo odwołanie służy też

ochronie wykonawcy przed szkodą, którą mógłby ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów (art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), a nie dostosowywaniu wymagań opisu przedmiotu zamówienia do przedmiotów, które wykonawca „wolałby” zaoferować. W związku z powyższym Izba nie uwzględniła ww. zarzutu (żądania).

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu (żądania) wskazanego w punkcie II podpunkt 4 litera g odwołania dotyczącego wyeliminowania ze „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” część 1. pkt 3.2.3. wymagania w zakresie bazy danych wymogu punktu 5.24. i 5.26, odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący żądał usunięcia następujących wymogów opisu przedmiotu zamówienia: „5.24. musi pozwalać na podział danych w jednej tabeli między różne fizyczne pamięci masowe zgodnie ze zdefiniowanymi warunkami podziału” i „5.26. możliwość wprowadzenia rozwiązania opartego o bazę klastrową, które umożliwi automatyczne rozłożenie obciążenia na pojedyncze elementy”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy wskazał uzasadnienie postawionych przez siebie wymogów, które w ocenie Izby pozwala stwierdzić, że żądania te nie są nieuzasadnione. Natomiast Odwołujący w odwołaniu w ogóle nie uzasadnił swojego żądania usunięcia tych wymogów, a w piśmie procesowym z 14 marca 2018 r. oraz podczas rozprawy przywołał argumentację analogiczną jak w poprzednim zarzucie, tj. że co prawda baza danych Oracle jest „najsilniejsza”, ale droga, a bazę danych typu open source uważa za lepiej działającą i lepiej dostosowaną do potrzeb Zamawiającego itd.

Jak już Izba wskazała powyżej – środki odwoławcze służą ochronie wykonawców i nie przysługują, jeśli wymóg zamawiającego nie narusza praw wykonawców i nie jest niezgodny z prawem ani nie powoduje szkody po stronie danego, odwołującego się wykonawcy (art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zaś rolą wykonawców jest złożenie ofert odpowiadających wymaganiom i potrzebom zamawiających przez tych zamawiających określonych, a nie ocena gospodarności, celowości zakupów dokonywanych przez zamawiającego czy też ustalanie, które rozwiązanie lepiej odpowiadałoby potrzebom danego zamawiającego w danej sytuacji. Dlatego też Izba nie uwzględniła ww. zarzutu (żądania).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....