

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 25 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego 12 kwietnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Cloudware Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zakup infrastruktury techniczno-systemowej środowisk Access Point (AP) i RINA na potrzeby EESSI w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych (nr postępowania TZ/271/60/18)

prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy: UpWare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności - odrzucenie oferty złożonej przez UpWare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na niesprecyzowanie w jej treści przedmiotu oferty co do oferowanego modelu przełącznika LAN z platformy Cisco Nexus 9300, wbrew treści załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 4 - formularz cenowy w poz. 3.
2. Umarza postępowanie w odniesieniu do zarzutu wycofanego na rozprawie.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Cloudware Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Cloudware Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. Zakup infrastruktury techniczno-systemowej środowisk Access Point (AP) i RINA na potrzeby EESSI w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych (nr postępowania TZ/271/60/18).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 grudnia 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr2018/S_246 pod poz. 563313.

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

2 kwietnia 2019 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu zawiadomienie o wyniku postępowania w części 1 zamówienia - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez UpWare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „UpWare”}.

12 kwietnia 2019 r. Odwołujący Cloudware Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Cloudware”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Cloudware.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez zaniechania odrzucenia oferty UpWare, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

{a w konsekwencji}

2. Art. 7 ust. 1 - przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Dokonania ponownej oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty UpWare.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{zarzut pierwszy}

Odwołujący zrelacjonował, że:

- Zamawiający w ramach opisu w załączniku 1A do SIWZ aktualnie posiadanej infrastruktury techniczno-systemowej podał szczegółowe dane katalogowe użytkowanych przełączników (Cisco Catalyst 2960S 24 GigE, 4xSFP LAN Base);

-w części 4 pkt 3 formularza cenowego stanowiącego element formularza ofertowego Zamawiający wymagał wskazania konkretnego modelu oferowanego przełącznika;

- UpWare w formularzu ofertowym określił przełącznik jako „Przełącznik LAN Cisco/Nexus 9300”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że oznaczenie „Nexus 9300” dotyczy grupy (rodziny) produktów, w której skład wchodzi różne modele przełączników, o czym świadczy m.in. wydruk ze strony internetowej producenta urządzeń, gdzie w grupie przełączników Nexus 9300 znajduje się dziewięć modeli przełączników {jako dowód nr 1 załączono przetłumaczony na jez. polski wydruk ze strony internetowej en/us/products/collateral/switches/Nexus-9000-series-switches/ datasheetc78-736967.html}

Zdaniem Odwołującego prawidłowo wypełniony formularz cenowy powinien wskazywać konkretne urządzenie, tak jak zostało do uczynione w ofercie Odwołującego, gdzie określono urządzenie poprzez wskazanie nr katalogowego, dzięki któremu Zamawiający powziął wiedzę o tym, że konkretnie został zaoferowany przełącznik (model) Cisco Nexus 92160YC-X, pochodzący z grupy produktów oznaczonej jako Nexus 9200 {jako dowód nr 2 załączono wydruk z katalogu Cisco}. Zamawiający oczekiwał od wykonawcy wskazania konkretnego modelu urządzenia, które zamierza dostarczyć, czyli dochowania takiej samej należytej staranności w określeniu przedmiotu ich oferty, jaką wykazał przy opisywaniu przedmiotu zamówienia {jako dowód nr 3 na potwierdzenie, że Cisco Catalyst 2960S 24 GiRE, 4xSFP LAN Base to model a nie grupa urządzeń załączono wydruk ze strony

Odwołujący powołał się na to, że w jednym z najnowszych orzeczeń Izba wprost stwierdziła, że: Brak podania producenta, typu/modelu zaoferowanego monitora, stanowi nieusuwalny brak oferty, bowiem oznacza brak złożenia oświadczenia woli wykonawcy, co do tego jaki konkretny monitor oferuje. Sposób sporządzenia oferty uniemożliwia zbadanie tej oferty przez Zamawiającego pod względem zgodności z wymaganiami S/WZ. Nie można braku podania wymaganych danych, identyfikujących objęty zamówieniem monitor, uznać za inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Jakkolwiek jest to niezgodność z SIWZ to jednak nie można tego braku uznać za omyłkę i to taką która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty (wyrok z 11 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2665/18).

A ponadto w doktrynie i orzecznictwie (sygn. akt KIO 796/14, Lex nr 1463495) podkreśla się, że niezgodność oferty z SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, polega m.in. na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganej w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że mechanizm zapobiegający konieczności odrzucenia przez zamawiających ofert z błahych przyczyn, o którym mowa w art. 87 pzp nie może prowadzić do zmiany treści oferty, zarówno w drodze wyjaśnień jej treści, jak i poprawienia przez zamawiającego tzw. innej omyłki. Dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest bowiem wystąpienie trzech przesłanek wymienionych w treści przepisu: w ofercie musi wystąpić niezgodność z SIWZ, która powinna mieć charakter omyłki i której poprawienie nie doprowadzi do istotnych zmian w ofercie. Stąd konieczne jest, aby zamawiający był w stanie samodzielnie dokonać poprawienia tej innej omyłki. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie poprawić samodzielnie omyłki, instytucja ta nie może mieć zastosowania.

Zdaniem Odwołującego w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie ma możliwości poprawienia treści oferty UpWare w ten sposób, że wpisze konkretne urządzenie, gdyż takie działanie, po pierwsze - stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w treść oferty, po drugie - wymagałby od Zamawiającego profesjonalnej wiedzy, która pozwoliłaby mu ocenić, który z dziewięciu modeli urządzeń wchodzących w skład grupy Nexus 9300 spełnia wymagania szczegółowo opisane w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, Zamawiający nie miał możliwości ustalenia modelu przełącznika, który oferuje UpWare na podstawie jakiegokolwiek innego dokumentu złożonego przez UpWare w postępowaniu.

Odwołujący powołał się na to, że jego stanowisko znajduje odzwierciedlenie w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo:

- Zdaniem Izby, skoro w treści oferty odwołujący nie podał numeru produktu, to zamawiający słusznie przyjął, że odwołujący zaoferował linię produktów, a nie konkretny model, którego

wymagał zamawiający Z tego względu nieodrzućenie oferty odwołującego powodowałoby, że zamawiający nie miałby pewności co mu dostarczy odwołujący. Z tych względów zamawiający nie był zobligowany do żądania wyjaśnień od odwołującego, a także miał obowiązek odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp, gdyż oferta nie wskazywała konkretnego produktu, którego to wskazania wymagał zamawiający (wyrok z 7 maja 2014 r. sygn. akt KIO796/14).

- Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że przystępujący podał producenta, parametry urządzenia oraz wskazał na grupę produktów TURBO, która jednak zarówno jak wynika ze strony producenta jak i oświadczeń samego przystępującego na rozprawie zawiera szereg urządzeń o różnych parametrach i rozwiązaniach technicznych, co więcej w dacie rozprawy przystępujący wskazał, że typem oferowanego urządzenia, które spełnia wymagania zamawiającego jest AT25-0.8 Spec. Informacja ta jednak nie została odzwierciedlona w treści oferty mimo wyraźnego wymogu zamawiającego, a jej brak nie pozwalał na zweryfikowanie czy jakie urządzenie zostało zaoferowane z całej liczącej ponad 16 typów urządzeń grupy TURBO. Tym samym treść oferty nie odpowiada treści siwz, gdyż nie podaje informacji żądanych przez zamawiającego. W ocenie Izby informacja ta nie może podlegać poprawieniu w trybie 1 art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż przystępujący nie wykazał w jakikolwiek sposób, że w grupie TURBO tylko to jedno urządzenie posiada zadeklarowane przez niego parametry, a tym samym jest możliwe do jednoznacznego zidentyfikowania samodzielnie przez zamawiającego. Podanie typu zatem wprowadzałoby istotną zmianę w treści oferty, gdyż konkretyzowałoby jedno urządzenie z szeregu spełniających i niespełniających wymagań zamawiającego. Zamawiający nie byłby w stanie także poprawić tej omyłki samodzielnie, gdyż przystępujący nie wykazał, że była możliwość ustalenia konkretnego typu urządzenia na podstawie podanych danych w załączniku nr 9 (wyrok z 11 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 998/18).

{zarzut drugi}

Dodatkowo Odwołujący zarzucił, że zgodnie z informacjami zawartymi na ww. stronie producenta przełączników Cisco żaden model z grupy Nexus 9300 nie spełnia stawianego przez Zamawiającego wymogu wskazanego w załączniku nr 1 do SIWZ pkt 3 ppkt 5 odnoszącego się do wymogu obsługi „minimum 10000 instancji wirtualnego routingu (oddzielne tablice routingu)”, gdyż modele przełączników z tej rodziny urządzeń obsługują maksymalnie 1000 instancji, a zatem dziesięciokrotnie mniejszą ilość instancji, która jest wymagana przez Zamawiającego (jako dowód nr 4 załączono przetłumaczony na jęz. polski wydruk ze strony .

{zarzut trzeci}

Odwołujący zrelacjonował, że:

- w załączniku nr 1 do SIWZ pkt 5 na str. 36. wiersz 11. zawarto następujące wymagania: System zabezpieczeń firewall musi umożliwiać zestawianie zabezpieczonych kryptograficznie tuneli VPN w oparciu o standardy IPSec i IKE w konfiguracji site-to-site. Konfiguracja VPN musi odbywać się w oparciu o ustawienia routingu (tzw. routing-basedVPN). Dostęp VPN dla użytkowników mobilnych musi odbywać się na bazie technologii SSL VPN. Wykorzystanie funkcji VPN (IPSec i SSL) nie wymaga zakupu dodatkowych licencji.

- w części 4 pkt 4 formularza cenowego stanowiącego element formularza ofertowego Upware wskazał system firewall Palo Alto / PAN-PA -3220.

- zgodnie z informacją producenta Palo Alto dla zapewnienia połączenia dla użytkowników mobilnych (Mobile app for iOS endpoints, Android endpoints, Chromebooks, and Windows 10 UWP endpoints) wymagana jest licencja GlobalProtect (jako dowód nr 5 załączono przetłumaczony wydruk ze strony www producenta PaloAlto: -licenses)

Odwołujący zarzucił, że w tych okolicznościach zaproponowany przez UpWare firewall nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż Zamawiający wymagał, aby dostęp VPN odbywał się dla użytkowników mobilnych na bazie technologii SSL VPN oraz aby wykorzystanie funkcji VPN (IPSec i SSL) nie wymagało zakupu dodatkowych licencji. Tymczasem w przypadku oferowanego przez UpWare systemu firewall, aby zapewnić tę funkcjonalność wymagany jest zakup licencji GlobalProtect, która musi być uruchomiona na każdym firewallu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie UpWare.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem

3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii ogłoszenia Stronom postępowania

(zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) - Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 24 kwietnia 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{rozważania wspólne dla wszystkich zarzutów}

Na wstępie Zamawiający rozważył zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp,

zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, kłóć w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego co do zasady - porównanie zaoficerowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna (zob. wyrok KIO 1529/14).

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków, zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego (zob. wyrok Izby z 24 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1093/08, LEX nr 466543). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 kc., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający badając ofertę złożoną w postępowaniu sprawdza, czy merytoryczna zawartość oferty odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ. Przy tym oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta powinna przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoficerowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego (zob. wyrok KIO 60/16).

Podsumowując, w orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu publicznego zamówienia. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia składane wraz z formularzem ofertowym.

{zarzut pierwszy}

Zamawiający stwierdził, że opisał w załączniku nr 1A do SIWZ aktualnie posiadaną infrastrukturę techniczno-systemową, w tym podał dane użytkowanych przełączników, w celach informacyjnych, aby wskazać, z jakimi urządzeniami i systemami powinny współpracować zaoficerowane przez wykonawcę urządzenia.

Ponadto Zamawiający zrelacjonował następujące okoliczności.

Po pierwsze, że zgodnie z treścią pkt 1.2. formularza oferty wymagał, aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w pkt 2 SIWZ i załączniku nr 1 do SIWZ oraz we wzorze umowy (załącznik nr 3A-3B do SIWZ). Zamawiający w dniu 16 stycznia 2019 r. dokonał modyfikacji SIWZ.

Po drugie, że w pkt 3. ze str. 7. załącznika nr 1A do SIWZ podał wymagania dotyczące przełączników I_AN (4 szt.), z których część była określona sztywno (pkt 3-4, 7-11), a w pozostałych przypadkach (pkt 1-2, 5-6) określono minimalne wymogi: przepustowość - minimum 1,3Tbps (pkt 1), Interfejsy - minimum 2 porty 40 G SR, minimum 48 portów typu 1/10 Gigabit SFP+, możliwość rozbudowy o minimum 2 porty 40G (pkt 2), minimum 10000 instancji wirtualnego routingu (oddzielne tablice routingu) (pkt 5), obsługa minimum 3000 sieci VI_AN (pkt 6).

Po trzecie, że UpWare zaoferował przełączniki I_AN Cisco/Nexus 9300 o odpowiednio: przepustowości 3,6 Tbps (pkt 1), interfejsach (40 Gb SR):2 i (1/10Gb SFP+): 48 (pkt 2), a w pozostałym zakresie parametrach zgodnych z wymaganiami przez Zamawiającego.

Po czwarte, że „zbadał całą grupę oferowanych przełączników I_AN Cisco/Nexus 9300, w tym Nexus 9300-EX, na stronie internetowej producenta Cisco”. I stwierdził, że według dokumentacji udostępnionej przez producenta tylko jeden przełącznik z grupy LAN Cisco/Nexus 9300 spełnia wszystkie wymagania określone przez niego i zaoferowane przez Wykonawcę: Cisco Nexus 93180YC-EX (jako dowód nr 1 załączono przetłumaczoną na jęz. polski dokumentację pobraną ze strony: [gQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.Nexus.com.pe%2Fmedia_Nexus%2Fuploads%2Ffichas_tecnicas%2Fdatasheetc78-736651.pdf&usg-AOVVawOxnV_ufCCSGS_BT-oVC2sG](http://www.Nexus.com.pe/media_Nexus/uploads/fichas_tecnicas/datasheetc78-736651.pdf)).

Odnosząc się do zacytowanego w odwołaniu fragmentu uzasadnienia wyroku Izby z 11 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2665/18, Zamawiający podkreślił, że dotyczy on poprawności zastosowania przez zamawiającego normy art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który nie znajduje zastosowania w prowadzonym przez niego postępowaniu, gdyż na podstawie treści oferty i innych dokumentów przedłożonych przez UpWare „nie miał żadnych problemów z badaniem oferty pod względem zgodności z wymaganiami określonymi w SIWZ”.

{zarzut drugi}

Zamawiający stwierdził, że wbrew drugiemu zarzutowi odwołania, wszystkie modele przełączników z „grupy Nexus 9300EX i dodatkowo FX” spełniają warunek obsługi 10 tys. instancji wirtualnego routingu (oddzielne tablice routingu) (tj. oprócz powyżej wymienionego również Cisco Nexus 93108TC-EX, Cisco Nexus 93180LC-EX, Cisco Nexus 93180YC, Cisco Nexus 93108TC-FX itd.), gdyż według dokumentacji producenta dostępnej na stronie internetowej seria 9300-EX i seria 9300-FX obsługuje maksymalnie do 16000 VRF (instancji wirtualnego routingu) (jako dowód nr 2 załączono przetłumaczoną na jęz. polski dokumentację pobraną ze strony: [&cd-12&cadzrja&uact-8&ved2ahUKEwjJ38yBz8rhAhUus4sKHQ9gAg8QFjALegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.Nexus.com.pe%2Fmedia_Nexus%2Fuploads%2Ffichas_tecnicas%2Fdatasheet-C78-736651.pdf&usg-AOVVawOxnV_ufCCSGS_BT-oVC2sG](http://www.Nexus.com.pe/media_Nexus/uploads/fichas_tecnicas/datasheet-C78-736651.pdf)).

{zarzut trzeci}

Zamawiający zrelacjonował, że:

- zgodnie z wymaganiem zawartym w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 5 (na str. 37) w wierszu 11.: system zabezpieczeń firewall musi umożliwiać zestawienie zabezpieczonych kryptograficznie tuneli VPN w oparciu o standardy IPSec i IKE w konfiguracji site-to-site. Konfiguracja VPN musi odbywać się w oparciu o ustawienia routingu (tzw. routing - basedVPN). Dostęp VPN dla użytkowników mobilnych musi odbywać się na bazie technologii SSL- VPN. Wykorzystanie funkcji VPN (IPSec i SSL) nie wymaga zakupu dodatkowych licencji.
- stosownie do pkt 1.2. formularza oferty oferowany przedmiot zamówienia powinien spełniać wszystkie jego wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w pkt 2. SIWZ i załączniku nr 1 do SIWZ oraz we wzorze umowy stanowiącym odpowiednio załączniki nr 3A-3B do SIWZ.
- według brzmienia § 4 ust. 5 umowy: Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, zawiera wszystkie koszty Wykonawcy związane z dostawą i uruchomieniem sprzętu oraz oprogramowania, konsultacjami zdalnymi, o których mowa w § 3 ust. 8, gwarancją, ubezpieczeniem, opakowaniem rozładunkiem oraz uwzględniają inne opłaty i podatki wynikające z realizacji Umowy, a także ewentualne upusty i rabaty i nie może ulec zwiększeniu w okresie obowiązywania Umowy, z zastrzeżeniem zapisów 13. ust. 1-5.

- UpWare zaoferował, że dostarczy firewall Palo Alto/PAN-PA-3220.

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił, że w ramach powyższego wymogu wyraźnie zastrzegł, że wykorzystanie funkcji VPN (IPSec i SSL) nie wymaga zakupu dodatkowych licencji, gdyż na etapie SIWZ nie jest w stanie przewidzieć, jaki dokładanie zostanie zaoferowany sprzęt i jaka będzie polityka licencjonowania. Stąd intencją nieponoszenie dodatkowych opłat z tego tytułu, tj. jeśli są licencje wymagane to muszą być dostarczone przez wykonawcę w cenie zamówienia na etapie dostawy urządzeń.

Zamawiający zwrócił uwagę, że według informacji producenta załączonej do odwołania (jako dowód nr 5) licencja GlobalProtect wymagana jest w ściśle określonych przypadkach, jeśli użytkownik chce korzystać z: zaawansowanych funkcji tj. kontroli HIP i powiązanych aktualizacji treści, obsługi aplikacji mobilnej GlobalProtect lub obsługi protokołu IPv6. Natomiast jeśli użytkownik chce użyć GlobalProtect dla zapewnienia bezpieczeństwa, zdalnego dostępu lub rozwiązania wirtualnej sieci prywatnej (VPN) za pośrednictwem jednej lub wielu wewnętrznych/zewnętrznych bram, nie potrzebuje żadnych licencji GlobalProtect.

Według Zamawiającego z opisu przedmiotu zamówienia i SIWZ nie wynika, aby chciał korzystać z zaawansowanych funkcji GlobalProtect, które wymagają wykupienia subskrypcji.

{zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp}

W rezultacie Zamawiający nie zgodził się również z Odwołującym co do tego, że naruszył art. 7 pzp, gdyż zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozstrzygnięcie podtrzymanego zarzutu dotyczącego przełącznika LAN}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Izba stwierdziła, że choć okoliczności faktyczne, które zostały przywołane w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie, generalnie odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy, wymagają jednak podsumowania i istotnego uzupełnienia.

W ramach opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ, nazwanego w ostatecznej wersji z 16 stycznia 2019 r. „Zmodyfikowanym szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia”:

- w pierwszej kolejności podano aktualnie posiadaną przez ZUS infrastrukturę techniczno-systemową, co najmniej przez wskazanie producenta i modelu urządzenia, a w przypadku przełącznika LAN jeszcze dokładniej: „WS-C2960S-24TS-L Cisco Catalyst 2960S 24 GigE, 4 x SFP LAN Base”;
- następnie określono ogólne wymagania wspólne dla wszystkich urządzeń, np. że wykonawca nie może dostarczyć urządzeń, modułów czy podzespołów wycofanych przez producenta z produkcji lub sprzedaży (tzw. and of sale);
- wreszcie w odniesieniu do danej kategorii urządzenia w układzie tabelarycznego zestawienia sprecyzowano wymagane parametry techniczne, przy czym dla przełącznika LAN wyszczególniono w 11 punktach parametry, z których większość została określona na sztywno, z wyjątkiem: przepustowości na poziomie 1,3 Tbps (pkt 1.) i interfejsów: 2 portów 40Gb SR i 48 portów 1/10 Gb SPF+ oraz rozbudowy o 2 porty 40 Gb (pkt 2.), liczby instancji wirtualnego routingu - oddzielnych tablic routingu (pkt 5) i obsługi 3 tys. sieci LAN (pkt 6), które zostały określone jako minimalne.

Powyższe wymagania zostały powielone w załączniku nr 1A do SIWZ, nazwanego w ostatecznej wersji z 16 stycznia 2019 r. „Zmodyfikowaną specyfikacją oferowanego przedmiotu zamówienia”, który tym różni się od załącznika nr 1 do SIWZ, że obok tabelarycznego zestawienia wymaganych parametrów dodano kolumnę przeznaczoną na wpisanie przez wykonawcę oferowanych parametrów, przy czym w większości przewidziano, że sprowadzać się to będzie do potwierdzenia spełnienia wymaganych parametrów słowem „TAK”, a jedynie w przypadku: przepustowości (pkt 1) i liczby interfejsów w odniesieniu do portów 40Gb SR i portów 1/10 Gb SPF+ (pkt 2.) należało wpisać, jakimi parametrami cechuje się oferowane urządzenie (ponadto w pkt 11. należało sprecyzować wysokość oferowanego urządzenia przez podanie liczby U, które zajmie w 19” szafie rack).

Jako załącznik nr 2 do SIWZ załączono wzór formularza ofertowego, na który składa się zamieszczony w pkt 4. formularz cenowy, w którym oprócz określenia ceny jednostkowej dla poszczególnych kategorii oferowanych urządzeń (i dokonania dalszych przeliczeń obrazujących sposób wyliczenia ceny oferty) należało wpisać producenta i model dla większości z oferowanych urządzeń, w tym dla przełącznika LAN.

Jednakże oferta, którą należało złożyć do upływu terminu składania ofert sprowadzała się wyłącznie do wypełnionego przez wykonawcę formularza ofertowego, czyli załącznika nr 2 do SIWZ, co wynika wprost z pkt 4.3.1. s.i.w.z. (oprócz tego należało oczywiście załączyć JEDZ, o czym mowa w pkt 4.4.4.1. s.i.w.z.). Natomiast wypełniona przez wykonawcę specyfikacja przedmiotu oferty została zakwalifikowana do kategorii oświadczeń i dokumentów, do których złożenia Zamawiający wezwie przed udzieleniem zamówienia wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona (pkt 4.4.3.1.2. s.i.w.z.).

Zgodnie z przewidzianą według s.i.w.z. procedurą oferta złożona przez UpWare do upływu terminu składania ofert przypadającego na 31 stycznia 2019 r. zawierała jedynie wypełniony formularz ofertowy, w którego pkt 4., czyli w formularzu cenowym dla urządzenia z poz. 3. - przełącznika LAN sprecyzowano, że oferowane jest urządzenie producenta Cisco, model Nexus 9300.

Zamawiający nie wzywał UpWare do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 pzp odnośnie braku sprecyzowania w ofercie modelu oferowanego przełącznika LAN produkcji Cisco ani nie podjął formalnie próby poprawienia treści tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Dopiero na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp z 20 lutego 2019 r. UpWare przesłał w zakreślonym do 5 marca 2019 r. m.in. wypełniony przez siebie załącznik nr 1A do s.i.w.z., w którym dla przełącznika LAN pojawiła się informacja, że oferowana przepustowość wynosi 3,6 Tbps.

Niesporne było, że oznaczenie „Nexus 9300” nie precyzuje konkretnego modelu przełącznika produkcji Cisco.

Na podstawie dokumentacji producenta Cisco przedłożonej w toku postępowania odwoławczego Izba dodatkowo stwierdziła, że:

- oznaczenie „Nexus 9300” odnosi się do platformy (rodziny) urządzeń z serii Nexus 9000, obejmującej 9 modeli, które wyszczególniono w załączonej do odwołania (jako dowód nr 1) dokumentacji producenta Cisco pn. „Przełącznik platformy Cisco Nexus 9300 arkusz danych”, z których żadne nie spełnia wszystkich szczegółowych parametrów opisu przedmiotu zamówienia, ponadto ze złożonych na rozprawie przez Przystępującego wydruków ze strony internetowej producenta Cisco wynika, że 8 spośród tych modeli zostało już przez niego wycofanych ze sprzedaży;
- oznaczenia odpowiednio „Nexus 9300-EX” i „Nexus 9300-FX” odnosi się do następnej generacji urządzeń serii Nexus 9000, które to platformy składają się odpowiednio z 3 („EX”) i 5 („FX”) modeli przełączników, przy czym szczegółowe wymagania opisu przedmiotu zamówienia spełniają następujące modele przełączników z tych platform: Cisco Nexus 93180YC-EX, Cisco Nexus 93180YC-FX oraz Nexus 93240Y-FX2 (arkusz danych „Przełączniki Cisco Nexus 9300-EX i 9300-FX. Arkusz danych” załączony jako dowód nr 1 do odpowiedzi na odwołanie; wydruki ze strony internetowej producenta Cisco złożone na rozprawie przez Przystępującego);
- oznaczenie „Nexus 9300-GX” również odnosi się do następnej generacji urządzeń serii Nexus 9000, przy czym ta platforma obejmuje 2 modele przełączników, z których żaden nie spełnia wszystkich szczegółowych wymagań opisu przedmiotu zamówienia {arkusz danych „Cisco Nexus GX Series Terabit Scalę Switches” złożony przez Przystępującego na rozprawie}.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W dotychczasowym orzecznictwie Izby wskazywano jako na utrwalone w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. - jest z nią zgodna. Przy czym samo rozumienie terminu oferta należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budziło przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny, za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty - poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia - podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty - porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na

sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenie zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. (por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13). Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców). Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

Powyższy wywód zaprezentowano m.in. w uzasadnieniu wyroku Izby z 23 grudnia 2013 r. sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/18, w którym podstawą uwzględnienia odwołania było stwierdzenie zasadności zarzutu, że wybrany przez zamawiającego wykonawca, wbrew jednoznacznie wyrażonemu w s.i.w.z. przez zamawiającego oczekiwaniu, nie sprecyzował oferty w zakresie urządzeń zasilania awaryjnego UPS w sposób umożliwiający weryfikację zgodności ich parametrów z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż wskazane w ofercie oznaczenie odnosi się do grupy urządzeń, wśród których występuje kilka modeli urządzeń o różnych parametrach, z których jedne spełniają wymagania opisu przedmiotu zamówienia, a inne nie. Dodać należy, że Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 14 maja 2014 r. sygn. akt V Ca 408/14 oddalił skargę zamawiającego na powyższy wyrok Izby, w szczególności wskazując, niemożliwe byłoby też uzupełnienie danych dotyczących urządzeń, gdyż doprowadziłoby to do prowadzenia negocjacji, a to oznaczałoby, że nie złożono konkretnej oferty, tylko ofertę z opcjami. Wybór takiej oferty oznaczał zatem ewidentne nierówne traktowanie podmiotów, bo to co inni oferowali w ramach wskazanej ceny podlegało dalszym negocjacjom. Wykonawca zostawił sobie więc możliwość dalszego dopasowania sprzętu, co mogło spowodować podwyższenie kosztów. Pomyłka w ofercie i wpisanie jedynie marki urządzenia bez modelu, przy uznaniu, że do przetargu przystępują profesjonalści również winna skutkować odrzuceniem tej oferty

Ponadto Izba w uzasadnieniu przywoływanego powyżej orzeczenia trafnie wskazała, że o ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby wydane: 3 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 556/12, 9 listopada 2012 r. sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12, 22 listopada 2012 r. sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13, 10 czerwca 2013 r.

sygn. akt KIO 1266/13} - o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli - jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty - jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp} W postępowaniu o zamówienia publiczne nie została wyłączona bowiem ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. Jednakże jego istotne elementy - jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia - powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 87 ust. 2 pzp obliuguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty - w tym ostatnim przypadku - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty - w razie braku wyrażenia braku zgody na taką poprawę [art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp]. Opisane instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, np. przez pryzmat załączonych

do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W rozstrzyganej aktualnie sprawie, podobnie jak w tamtej, mamy do czynienia z taką sytuacją, że Przystępujący nie skonkretyzował oferowanego urządzenia w stopniu pozwalającym na ocenę, co dokładnie zostało zaoferowane. Wnioskowanie, a dokładniej odgadywanie przez Zamawiającego, które spośród urządzeń produkcji Cisco kryjących się za oznaczeniem „Nexus 9300”, które wskazano w ofercie, odpowiada wszystkim parametrom opisu przedmiotu zamówienia, a tym bardziej wskazanie w nieudokumentowany sposób w trybie nieznanym ustawie modelu urządzenia, które zalicza się do platformy funkcjonującej pod innym oznaczeniem „Nexus 9300-EX”, nie stanowi dopuszczalnego w świetle ustawy pzp ustalenia treści oferty w sytuacji, gdy Przystępujący zaniedbał podania wystarczających informacji. Z kolei nie mogły być one uzupełniane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż sprowadzałyby się to do negocjowania treści oferty po terminie składania ofert. Stanowiłoby też naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż Przystępujący miałyby więcej czasu od innych wykonawców na sprecyzowanie urządzenia zgodnego z treścią wymagań s.i.w.z., co - jak pokazało postępowanie odwoławcze - nie było takie proste ani oczywiste. Zdaniem Izby sytuacja niezastosowania się do treści s.i.w.z. w zakresie sprecyzowania treści oferty stwarza dużo większe zagrożenie naruszenia zasad z art. 7 ust. 1 pzp oraz naruszenia zakazu zmiany i negocjowania treści oferty z art. 87 ust. 1 pzp niż stany faktyczne dotyczące wystąpienia niezgodności pomiędzy sprecyzowanym już przedmiotem oferty a parametrami opisu przedmiotu zamówienia. Ilekroć wykonawcy zaniedbali konkretyzacji oferowanego przedmiotu przez niepodanie jego nazwy, typu lub modelu, a nie jest ona możliwa do otworzenia na podstawie innych dokumentów składanych wraz z ofertą, ofertę należy uznać za niezgodną w powyższym zakresie z s.i.w.z.

Podkreślić należy, że wbrew temu, co twierdzili w toku postępowania odwoławczego Zamawiający i Przystępujący, złożona przez UpWare oferta nie zawierała żadnych innych dokumentów, które pozwalałyby na ustalenie, jaki konkretnie model przełącznika kryje się pod oznaczeniem „Nexus 9300”. Wynika to z tego, że w związku z prowadzeniem postępowania w tzw. procedurze odwróconej Zamawiający przewidział złożenie specyfikacji technicznej oferowanych urządzeń w trybie art. 26 ust. 1 pzp od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, gdyż błędnie uznał, że sprecyzowanie przedmiotu oferty można zakwalifikować jako dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy określonych przez niego wymagań, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Nie miałyby to większego znaczenia, gdyby w formularzu ofertowym został sprecyzowany konkretny model przełącznika Cisco, jak to miało miejsce w ofercie Odwołującego. W takim przypadku późniejsze oświadczenie co do parametrów, jakimi cechuje się model przełącznika wskazany w ofercie, nie uzupełniałoby ani nie zmieniałoby treści oferty, gdyż da się obiektywnie ustalić, jakie konkretnie parametry ma dany model przełącznika. Odmienne przedstawia się sytuacja z ofertą UpWare, gdyż wobec braku sprecyzowania modelu przełącznika w ofercie, późniejsze zadeklarowanie, że dostarczony przełącznik będzie się cechował przepustowością powyżej wymaganego minimum, stanowiło niedopuszczalne z mocy art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp uzupełnienie treści oferty po upływie terminu składania ofert. Warto zauważyć, że wynika to również z innych orzeczeń, które zostały przywołane powyżej za odpowiedzią na odwołanie - stanowisko prawne wynikające z odpowiedzi na odwołanie przemawia de facto przeciwko stanowisku procesowemu Zamawiającego. Tymczasem bez sprecyzowania tego parametru, jak się okazało na rozprawie, nie sposób, nawet biorąc pod uwagę nowsze niż Nexus 9300 platformy Nexus 9300-EX, Nexus 9300-FX i Nexus 9300-GX, więcej niż jeden model przełącznika można dopasować do wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Zaznaczyć ponownie trzeba jednak, że na podstawie treści złożonej przez UpWare oferty Zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych, aby uznać, że wskazanie platformy Nexus 9300 oznacza platformę Nexus 9300-EX, a w jej ramach model przełącznika, który odpowiada wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia, gdyż ustawa pzp nie przewiduje możliwości takiego dopasowywania treści złożonej oferty do treści s.i.w.z., a wręcz zakazuje.

{rozstrzygnięcie wycofanego zarzutu dotyczącego przełącznika LAN}

Zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Skoro możliwe jest wycofanie odwołania w całości, tym bardziej możliwe jest wycofanie go w części. Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i wycofał zawarty w odwołaniu zarzut dotyczący niespełniania przez przełączniki z rodziny Nexus 9300 parametru dotyczącego liczby obsługiwanych wirtualnych instancji routingu.

Stąd postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu.

{rozstrzygnięcie podtrzymanego zarzutu dotyczącego firewallu}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia zarzutu:

Izba stwierdziła, że choć okoliczności faktyczne, które zostały przywołane w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie, generalnie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, wymagają jednak następującego uzupełnienia.

Z określonego w załączniku nr 1 do SIWZ dla firewallu wymagania, że dostęp VPN dla użytkowników mobilnych musi odbywać się na bazie technologii SSL VPN, a wykorzystanie funkcji VPN (IPSec i SSL) nie wymaga zakupu dodatkowych licencji, nie wynika, że Zamawiający wymagał zapewnienia dostępu VPN SSL dla użytkowników mobilnych za pośrednictwem aplikacji, którą można zainstalować na urządzeniach mobilnych pracujących pod kontrolą systemów operacyjnych Android, iOS czy innych.

Ponadto nie zdefiniowano, co należy rozumieć przez „użytkownika mobilnego”, który to termin może odnosić się zarówno do użytkownika przenośnych komputerów osobistych działających w oparciu o system Windows, który dominuje na rynku, czy też Mac OS, jak i do użytkownika tabletów czy smartfonów z systemem operacyjnym Android czy iOS.

Z kolei według dokumentacji producenta Palo Alto (załączonej do odwołania jako dowód nr 5 oraz złożonej na rozprawie przez Przystępującego) dla użycia GlobalProtect do zapewnienia bezpiecznego, zdalnego dostępu lub rozwiązania wirtualnej sieci prywatnej (VPN) za pośrednictwem jednej lub wielu wewnętrznych lub zewnętrznych bram, nie potrzeba żadnych licencji GlobalProtect. W takim przypadku działa oprogramowanie klienckie dla użytkownika końcowego Agent GlobalProtect, które działa w systemach Windows i Mac OS i jest wdrażane z poziomu Portal GlobalProtect. Dopiero m.in. obsługa aplikacji mobilnej GlobalProtect wymaga wykupienia rocznej subskrypcji GlobalProtect, a licencja ta musi być zainstalowana na każdej zaporze sieciowej z uruchomioną bramą (bramami), która obsługuje aplikację GlobalProtect na urządzeniach mobilnych).

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się

Ponieważ w powyżej przywołanym przy okazji rozpatrywania poprzedniego zarzutu rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp Odwołujący nie był w stanie wykazać, że zachodzi sprzeczność treści oferty z treścią s.i.w.z., zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy.

Wbrew stanowisku Odwołującego na rozprawie brak sprecyzowania w s.i.w.z. terminu „użytkownik mobilny”, które nie ma również jednoznacznie ustalonego potocznie znaczenia, uniemożliwia jego zinterpretowanie przywołanego powyżej wymogu w taki sposób, że wymagane było zapewnienie obsługi VPN SSL z poziomu aplikacji zainstalowanej na urządzeniu mobilnym z systemem Android czy iOS. Zgodnie z powszechnie przyjmowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem wątpliwości czy niejednoznaczne postanowienia s.i.w.z. należy interpretować na korzyść wykonawców, którzy złożyli oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 i art. 7 ust. 1 pzp ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis - zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego - zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b tego rozporządzenia - zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci

wynagrodzenia pełnomocnika, przy czym wysokość tych ostatnich ograniczono w stosunku do złożonego przed zamknięciem rozprawy rachunku do kwoty maksymalnej według § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia.