Sygn. akt: KIO 1750/19

WYROK

z dnia 20 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2019 r. przez wykonawcę Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Pocztę Polską Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1750/19

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

Zamawiający Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn. „Modernizacja infrastruktury sieciowej LAN w Data Center” (nr ref. PI.PZ.2600.149.2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 043-099186. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 134 ust. 1 w zw. z art. 39 i nast. ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 9 września 2019 r. wykonawca Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia występującej w ofercie

Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jej treść odpowiada treści SIWZ;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Integrated Solutions"), pomimo iż oferta ta nie jest zgodna z SIWZ.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania poprawienia omyłki występującej w jego ofercie w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania;

3. odrzucenia oferty Integrated Solutions jako niezgodnej z SIWZ;

4. dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty Odwołującego;

5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykazując spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta, gdyby nie została odrzucona, klasyfikowałaby się na drugim miejscu w rankingu ofert pod kątem ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. Odrzucenie przez Zamawiającego oferty obecnie wybranej jako najkorzystniejsza i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, prowadziłoby do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał zatem uszczerbku. Odwołujący dodał, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty w zakresie odnoszącym się do własnej oferty Odwołujący wskazał, iż w informacji z dnia 30 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na to, iż Zamawiający wymagał przełącznika typu D wyposażonego we wkładki o następujących parametrach „10 Gb/złącze LC/ włókna MM OM3/ zasięg 100 m", tj. wymagał, aby przełącznik był wyposażony we wkładki z włóknami wielomodowymi. Tymczasem w ofercie Odwołującego podano wkładki „SFP-10G-LR-S=", które wg Zamawiającego są wkładkami z włóknami jednomodowymi. W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i dokonał odrzucenia oferty bez uprzedniego wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co umożliwiłoby wykonawcy udzielenie Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty.

Przede wszystkim Odwołujący podniósł, iż zgodnie z SIWZ, Zamawiający nie wymagał podania oferowanych wkładek dla przełącznika typu D. Zgodnie z Formularzem rzeczowo-cenowym (Załącznik nr 2 do SIWZ), wystarczające było podanie marki i modelu samego przełącznika, bez wkładek. Potwierdza to również ocena Zamawiającego, który dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Integrated Solutions, w której nie podano w ogóle wkładek oferowanych dla przełącznika typu D. Oznacza to, iż Zamawiający dokonał oceny i podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o informacje nie wymagane zgodnie z SIWZ i takie, których nie weryfikował w odniesieniu do pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu, w szczególności - w odniesieniu do oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Takie działanie Zamawiającego jest niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców, jak również jest niezgodne z zasadami badania i oceny ofert określonymi w SIWZ.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp, przedwcześnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego - w istocie bowiem, intencją i wolą Odwołującego było zaoferowanie wkładki o oznaczeniu: „SFP-10G-LRM=" i jedynie w wyniku omyłki podano w tabeli Załącznika nr 2 wkładkę budzącą wątpliwości Zamawiającego. Wkładka „LRM" zapewnia jednoznacznie spełnienie wymagań SIWZ. Wskazywaną w uzasadnieniu odrzucenia niezgodność z SIWZ, należy uznać zatem za inną omyłkę podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W wyniku zaniechania przez Zamawiającego poprawienia omyłki, doszło do bezpodstawnego odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał, iż podany przez Zamawiającego jako podstawa prawna odrzucenia przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. Zdaniem Odwołującego omyłka występująca w jego ofercie spełnia wszystkie ww. przesłanki do poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dalej Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby odnoszące się do kwestii omyłki w ofercie - wyroki KIO o sygn. akt KIO 26/17 oraz KIO 931/17.

Ponadto Odwołujący podkreślił, iż poprawienie omyłki nie prowadzi do istotnych zmian w treści oświadczenia woli Odwołującego dotyczącego zakresu zaoferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż dotyczy to nieistotnego elementu oferty, którego podanie nie było nawet wymagane przez Zamawiającego. Zgodnie z konstrukcją wymagań SIWZ, co potwierdził również Zamawiający wyjaśniając treść SIWZ w odpowiedzi na pytania wykonawców (np. Odpowiedź nr 1 z dnia 11 marca 2019 r.) kluczowa dla Zamawiającego była weryfikacja szczegółów oferowanego rozwiązania w odniesieniu do przełączników typ A, B i C. Podczas, gdy dla przełączników typ D, szczegóły rozwiązania, m.in. typ oferowanych wkładek mogły podlegać szczegółowemu dobraniu dopiero na etapie realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał dalej, iż wkładki dla przełącznika typu D również wartościowo, w stosunku do całego oferowanego rozwiązania, jak również do samego przełącznika, stanowią element nieistotny, którego koszt jest wielokrotnie (proporcje rzędu 1:30 000) niższy niż koszt pozostałych komponentów. Zmiana treści oferty nie wpływa zatem w istotny sposób ani na oferowany przedmiot zamówienia (całość rozwiązania) ani na cenę ofertową. Na marginesie Odwołujący wskazał, iż dodany nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. art. 144 ust. 1e ustawy Pzp zawiera katalog zmian umowy, które należy uznać za istotne. Przepis ten można traktować jako wskazówkę interpretacyjną również przy dokonywaniu oceny istotności omyłki znajdującej się w ofercie. W świetle wymienionych w tym przepisie przypadków, omyłkę w treści oferty Odwołującego należy uznać za nieistotną.

W ocenie Odwołującego przedstawiona powyżej argumentacja pokazuje, że odrzucenie oferty Odwołującego było nieuzasadnione. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych (tak np. w wyroku Krajowej

Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2253/17). Nieprawidłowości w ofercie Odwołującego (w przeciwieństwie do przedstawianych niżej błędów w ofercie Integrated Solutions) stanowią właśnie przykład takich niezgodności, dla których przewidziano w przepisach ustawy tryb poprawienia omyłek o nieistotnym charakterze. Odwołujący wskazał, iż za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 535/17, którego fragmenty uzasadnienia przywołał.

Uzasadniając zarzuty odnoszące się do oferty wykonawcy Integrated Solutions,

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru oferty ww. wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy podlega ona odrzuceniu ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegającą na niepodaniu wymaganych przez Zamawiającego informacji i niedookreśleniu przedmiotu oferty.

Odwołujący wskazał, iż w Formularzu rzeczowo-cenowym (Załącznik nr 2 do SIWZ),

Zamawiający w kolumnie nr 2 wymagał podania przez wykonawców marki i modelu oferowanych urządzeń, tzn. dokładnego określenia, jakie produkty otrzyma w ramach oferowanego przez wykonawców rozwiązania, zgodnie z wykazem podanym przez siebie w kolumnie 1. W przypadku szeregu wymaganych przez Zamawiającego pozycji, wykonawca Integrated Solutions, mimo wyraźnego wymagania Zamawiającego, nie określił jednoznacznie, co jest przedmiotem oferty i nie podał wymaganych informacji. Dotyczy to:

1. wiersza nr 8 tabeli - Przełącznik Typ H - Integrated Solutions wpisało w kolumnie drugiej

„Lenovo Flex System Fabric", przy czym nie jest to oznaczenie marki i modelu, ale rodziny (grupy) produktów, w ramach których dostępne są różne modele, m.in. Flex System Fabric SI4093 System Interconnect Module, Flex System Fabric EN4093R 10Gb Scalable Switch, Flex System Fabric CN4093 10Gb Converged Scalable Switch. Nie wiadomo zatem, który z tych modeli oferuje wykonawca i na dostarczenie, jakiego dokładnie urządzenia zgadza się Zamawiający dokonując wyboru takiej oferty.

2. Wiersza nr 7 tabeli - Przełącznik Typ G - Integrated Solutions podało wyłącznie oznaczenie urządzenia jako - „40 GBE CONNECTION BLADE 18/8+2". W sposób ewidentny brakuje zatem określenia marki (producenta) oferowanego urządzenia.

3. Wierszy nr 9, 10, 11, 12 i 13 - Moduły komunikacyjne - Integrated Solutions zamiast podania wymaganych marki i modelu tych modułów, podało parametry oferowanego rozwiązania, bez określenia modelu i producenta produktów, które będą podlegać dostarczeniu.

4. Wiersza nr 14 - Serwery - Dla systemu WMWare NSX - Integrated Solutions zaoferowało serwer „Fujitsu 2530", co uniemożliwia jednakże identyfikację oferowanego produktu gdyż jest to oznaczenie rodziny serwerów różnych generacji, z których nie wszystkie spełniają wymagania SIWZ. Zatem, w oparciu o tak wypełniony Formularz rzeczowo-cenowy, Zamawiający nie miał możliwości weryfikacji i potwierdzenia, czy wykonawca zaoferował produkt zgodny z wymaganiami | SIWZ. Przyszła dostawa odbywająca się na podstawie tak sporządzonej oferty, prowadzić może do konieczności przyjęcia przez Zamawiającego produktu niezgodnego w rzeczywistości z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

W ocenie Odwołującego uznanie przez Zamawiającego za prawidłową oferty niezawierającej informacji wymaganych w celu identyfikacji oferowanych urządzeń, stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Taki oferent, nie będąc jako jedyny zobowiązany do określenia oferowanych urządzeń już na etapie składania oferty, unika nie tylko weryfikacji złożonej oferty pod kątem zgodności z SIWZ, jak i pod kątem rażąco niskiej ceny, jak również może dowolnie - na każdym etapie, aż do de facto dostawy zamówienia - zmieniać „przedmiot" swojej oferty, nie będąc związanym oświadczeniem ujawnionym w ofercie. Niedookreśloność oferty Integrated Solutions potwierdza zresztą komentarz wykonawcy zawarty w złożonym Formularzu rzeczowo-cenowym, przy wierszu 21, zaznaczający konieczność przedyskutowania wymagań SIWZ dotyczących Wyposażenia Szafy Rack po uzyskaniu zamówienia.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający, który określił w SIWZ oczekiwany od wykonawców zakres informacji, które mają oni podać w ofercie, nie może po upływie terminu składania ofert dowolnie rezygnować z ich wymagania i weryfikacji, zarówno pod katem formalnym, jak i merytorycznym. Zamieszczenie obowiązku określenia oferowanych urządzeń i elementów rozwiązania na oznaczonym poziomie szczegółowości, tworzy z nich istotny i bezwzględnie wymagany element treści oferty. Odwołujący podkreślił, iż w przeciwieństwie do sytuacji, w której znajduje się Odwołujący, nieprawidłowość w ofercie Integrated Solutions dotyczy urządzeń i modułów, których podania w ofercie wyraźnie wymagał Zamawiający i co do których obowiązek podania dokładnej marki i modelu nie może budzić wątpliwości. Jest to zatem, zdaniem Odwołującego, błąd o wiele istotniejszy niż nieprawidłowość wskazana przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego. Mimo to, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, a przyjął za prawidłową obarczoną ewidentnymi brakami ofertę Integrated Solutions - stanowi to w ocenie Odwołującego istotne naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący dodał, iż wskazanych powyżej niezgodności w ofercie Integrated Solutions nie można usunąć w drodze wyjaśnień treści oferty lub poprawienia omyłek bez naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ingerencja Zamawiającego w treść oferty nie polegałaby bowiem na wyjaśnieniu nieścisłości czy też poprawieniu nieistotnej omyłki, ale na uzupełnieniu oferty nowa treścią, której Zamawiający nie może ustalić samodzielnie. Wskazał również na ewidentny charakter niezgodności z SIWZ, który sprowadza się do niepodania informacji wyraźnie wymaganych przez Zamawiającego - takiemu działaniu trudno przypisać charakter omyłkowy i nieistotny, gdy dotyczy pozycji Formularza wymaganych przez Zamawiającego. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 15 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2058/16 oraz wyrok z dnia 11 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2665/18.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 18 września 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na wstępie, iż odwołanie w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie,

w przedmiotowej sprawie nie może być bowiem mowy o naruszeniu przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów w zarzucanym zakresie, w szczególności zaś takiego naruszenia, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że Zamawiający nie odrzuciłby oferty Odwołującego (choć nie było podstaw, aby uznać ją za zgodną z SIWZ) to i tak Zamawiający nie miałby podstaw do wyboru oferty Odwołującego, bowiem oferta Przystępującego była najkorzystniejsza. Zamawiający uznał za całkowicie bezzasadne twierdzenia Odwołującego, iż złożył ofertę, która powinna była zostać poprawiona przez Zamawiającego, jako zawierająca omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. W Formularzu rzeczowo-cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ (dalej również: „Formularz Cenowy"), Zamawiający wymagał wskazania marki i modelu urządzeń w ramach oferowanego rozwiązania. W wierszu 4 Formularza Cenowego wykonawcy zostali zobowiązani do wskazania oferowanego przełącznika typu D Odwołujący wskazał „Cisco C9300-24T-E" czyli markę i model przełącznika, ale też dodatkowo zaoferował modele wkładek (modułów optycznych) do ww. przełącznika o oznaczeniu: a) GLC-BX40-D-I=; b) GLC-BX40-U-I=; c) 2xSFP-10G-LR-S=". Wymagania techniczne dla wkładek dla przełącznika typu D „10 Gb/złącze LC/włókna MM OM3/ zasięg 100m" zostały wskazane w opisie przedmiotu zamówienia (Tabela, Poz. 4 Specyfikacja przełącznika typ D (przełącznik „Extranet") stanowiącego Załącznik nr 1 do Wzoru umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ). Wymagania dla wkładek opisane „10 Gb/złącze LC/włókna MM OM3/ zasięg 100m" oznacza wkładki SFP+ z włóknami wielomodowymi. Wkładki o oznaczeniu „SFP-10G-LR-S=", zaoferowane przez Odwołującego są zaś wkładkami z włóknem optycznym jednomodowym. Powyższe jednoznacznie potwierdza informacja producenta Cisco, dostępna na jego stronie

internetowej www.cisco.com - wydruk której, w zakresie w jakim dotyczy ww. wkładki, Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie. Z powyższej dokumentacji wynika: „Moduł Cisco SFP-10G-LR-S (S-Class). Moduł Cisco 10GBASE-LR obsługuje połączenia 10 kilometrowe na standardowym włóknie jednomodowym. Moduł SFP10G-LR-S nie obsługuje połączeń FCoE." W tym miejscu Zamawiający wyjaśnił, że skrót SMF służy do określenia włókien jednomodowych, norma G.652 również opisuje włókna jednomodowe — jest to norma przyjęta przez ITU-T tj. międzynarodowej organizacji opisującej standardy telekomunikacyjne (Fibre Channel over Ethernet — technologia połączeń pamięci masowych przy wykorzystaniu sieci Ethernet). Oferowane wkładki optyczne jednomodowe „SFP10G-LR-S=", działają w II oknie transmisyjnym, tzn. generują wiązkę światła o długości fali 1310 nm, natomiast wkładki optyczne w urządzeniach Zamawiającego (urządzenia Firewall), do których mają zostać podłączone zamawiane przełączniki wyposażone są we wkładki wielomodowe, tzn. pracują w I oknie transmisyjnym z długością fali 850 nm.

Dalej Zamawiający podniósł, iż Odwołujący w sposób bezpodstawny twierdzi, iż Zamawiający powinien był zastosować art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zaoferowanie przez Odwołującego wkładki (marka i model), biorąc pod uwagę treść oferty Odwołującego i złożone przez niego w postępowaniu wyjaśnienia, nie mogły być przedmiotem wyjaśnienia, gdyż prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty i w konsekwencji dokonywania merytorycznych zmian, prowadzących do istotnej zmiany treści oferty, po terminie składania ofert. Zamawiający, co prawda, nie wymagał podania w Formularzu rzeczowo-cenowym modeli wkładek dla przełącznika typu D. Jednak parametry techniczne dla wkładek do przełącznika typu D zostały wyraźnie wskazane w SIWZ. Ze względu na zaoferowanie przez Odwołującego określonego typu wkładek w wierszu 4 Formularza Cenowego, Zamawiający był zobowiązany już na etapie składania ofert do sprawdzenia parametrów technicznych wkładek i ich zgodności z SIWZ. Odwołujący zaoferował w Formularzu rzeczowo-cenowym wyżej opisane wkładki „SFP-10G-LR-S=" do przełącznika typu D o parametrach, które nie spełniają wymagań SIWZ (wskazał wkładki z włóknem optycznym jednomodowym zamiast wkładek z włóknem optycznym wielomodowym). Wbrew twierdzeniom Odwołującego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zapadła w oparciu o informacje nie weryfikowane w odniesieniu do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Badanie zgodności oferty z SIWZ w odniesieniu do przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie ogranicza się bowiem do weryfikacji czy wykonawca podał w formularzu w odpowiednich rubrykach treść, której oczekiwał zamawiający, ale czy wykonawca zaoferował realizację świadczenia zgodnego z wymaganiami SIWZ. W przeciwnym wypadku mogłoby dochodzić do sytuacji, w której wykonawcy, poza wypełnieniem formularza o wymagane przez zamawiającego dane, analogicznie jak Odwołujący, wprowadzaliby do treści oferty dodatkowe zastrzeżenia prowadzące do zaoferowania świadczenia o innych cechach niż oczekiwane zgodnie z SIWZ. W przedmiotowym przypadku nie może także być mowy o naruszeniu przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców.

W sytuacji, w której Odwołujący, zaoferował realizację części świadczenia o innych cechach niż wymagane w SIWZ, Zamawiający nie mógł przejść nad powyższym do porządku dziennego. To dokonywanie istotnych zmian w treści oferty Odwołującego, czego Odwołujący de facto oczekuje, prowadziłoby zdaniem Zamawiającego do nierównego traktowania wykonawców, naruszając zakaz wynikający z art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał także, iż zawarte w odwołaniu twierdzenie iż „w istocie bowiem intencją i wolą Odwołującego było zaoferowanie wkładki o oznaczeniu „SFP-10G-LRM", czyli wkładek z włóknem optycznym wielomodowym" jest niezgodne z rzeczywistością. Odwołujący nie tylko zaoferował w Formularzu rzeczowo-cenowym wkładki oznaczone jako „SFP-10G-LR-S=", ale dodatkowo potwierdził: że oferuje wkładki tego typu w innym piśmie złożonym w postępowaniu w toku wyjaśnień mających służyć wykazaniu, iż cena zawarta w jego ofercie nie jest ceną rażąco niską. Z powyższego wynika, iż Odwołujący świadomie zaoferował wkładki wskazane w Formularzu rzeczowo-cenowym. W powyższym stanie faktycznym ustawa Pzp nie zobowiązywała Zamawiającego do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia nieprawidłowości na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zaoferował w wierszu 4 Formularza rzeczowo-cenowego wkładki o opisie „SFP-10G-LR-S=, co potwierdziły dodatkowo złożone w postępowaniu wcześniej wyjaśnienia. Dopiero z odwołania wynika, że Odwołujący rzekomo miał zamiar zaoferować inne wkładki o opisie „SFP-10G-LR-M" Zamawiający podniósł, iż dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie trzech przesłanek wymienionych w treści ww. przepisu mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co potwierdza stanowisko wyrażone w orzecznictwie (w tym zakresie Zamawiający przywołał wyrok KIO z 2 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 129/18). Wskazał, iż w szczególności za omyłkę nie można uznać celowego zaoferowania urządzenia, które nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Zastosowanie w takim przypadku art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowiłoby niedozwoloną zmianę oferty, na potwierdzenie czego Zamawiający przywołał wyrok KIO z 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2746/17).

Zdaniem Zamawiającego trudno uznać za prawdziwe twierdzenie zawarte w odwołaniu, że wkładki „stanowią element nieistotny" oferty. Przede wszystkim podkreślił, iż wkładki stanowią część przedmiotu umowy, bez której oferowane rozwiązanie nie będzie funkcjonować zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, przy czym nie ma znaczenia wartość wkładek. W tym miejscu Zamawiający zwrócił uwagę, że, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zawartym na str. 3 w pkt V.3 odwołania, istotne dla Zamawiającego było, aby wszystkie wkładki, a nie tylko wkładki do przełączników typu A, B i C, spełniały wymagania postawione w SIWZ. Zamawiający nie wymagał wprawdzie podania wkładek w Formularzu Cenowym, ale sformułował w tym zakresie jednoznaczne wymagania w SIWZ, na które zwrócił uwagę w wyjaśnieniach do SIWZ tj. odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 11 marca 2019 r., cyt.: „Zamawiający informuje, że opis wymagań technicznych dotyczących przełączników Typ A, B, C oraz Typ D, E, F, G i H znajduje się w Załączniku nr 1 do Umowy „ Opis przedmiotu zamówienia" Rozdział I pkt 2 Szczegółowe wymagania i specyfikacje Tab. od 1 do 8". Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego, powyższa odpowiedź Zamawiającego potwierdzała, że weryfikacja wszystkich wkładek będzie istotna dla Zamawiającego, skoro Zamawiający postawił w SIWZ wymagania, do których odesłał wykonawcę w udzielonej odpowiedzi. Odnośnie zaś twierdzenia Odwołującego o możliwości dobrania wkładek na etapie realizacji umowy, w sytuacji, w której wykonawca biorący udział w Postępowaniu zaoferowałby inne wkładki do przełączników typu D, niż wymagane w SIWZ, w sytuacji wyboru jego oferty co najmniej spornym byłoby jakich wkładek ma prawo oczekiwać Zamawiający.

Dodatkowo, Zamawiający podniósł, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, do błędów w Formularzu rzeczowo-cenowym nie ma zastosowania art. 144 ust. 1e ustawy Pzp, ponieważ przepis ten dotyczy zmiany treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, że przed zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzuceniem oferty Odwołującego zbadał przesłanki wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dochodząc do wniosku, iż w przedmiotowej sprawie, zachodził brak możliwości poprawienia niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ, gdyż błąd mógł być poprawiony na różne sposoby, a Zamawiający nie dysponował wiedzą pozwalającą na wybór jednego z nich. W tym kontekście Zamawiający podkreślił, że szczególny charakter przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że jego stosowanie musi mieć granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Wbrew sugestiom odwołania czynności podjętych przez Zamawiającego nie cechował formalizm będący celem samym w sobie, lecz realizacja zasad przewidzianych w ustawie Pzp.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że Odwołujący przywołuje nieadekwatne w okolicznościach faktycznych sprawy orzecznictwo KIO wskazujące na możliwość poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. XII GA 429/09 wskazał, że „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprowadzono w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 ustawy Pzp." Zamawiający wskazał z tym kontekście także na wyrok KIO z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1152/13. Zdaniem Zamawiającego w spornej sprawie działanie Odwołującego — polegające na zaproponowaniu w wierszu 4 Formularza rzeczowo -

cenowego wkładki niezgodnej z wymaganiami technicznymi SIWZ - ma charakter zbyt daleko idący, aby można było to uznać za omyłkę, zwłaszcza tego rodzaju, którą można poprawić. Nie mamy tu do czynienia z „niedokładnością", „rozbieżnością" czy „niespójnością", którą Zamawiający może poprawić w oparciu o informacje wynikające z oferty, co więcej wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z dnia 3 czerwca 2019r. potwierdziły, przed jakąkolwiek dalszą próbą wyjaśniania treści oferty Odwołującego, że w pełni świadomie oferuje wkładki, które wskazał w Formularzu Cenowym.

W ocenie Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma w przedmiotowym przypadku charakter zasadniczy i nieusuwalny. Rzeczona niezgodność dotyczy sfery merytorycznej zobowiązania określonego w SIWZ oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie Odwołującego. W takim stanie faktycznym należy uznać, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, wobec czego zawarty w złożonym odwołaniu zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego jest chybiony, a odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający dodał, że podejmowanie przez Zamawiającego korespondencji z Odwołującym dotyczącej opisanej wyżej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, biorąc pod uwagę, że korespondencja taka nie mogłaby mieć istotnego wpływu na wynik postępowania nie dość. że niedopuszczalne z ww. powodów, nie mogło prowadzić do zmiany wyniku postepowania. Zamawiający i tak wybrałby bowiem ofertę Integrated Solutions, co było prawidłowe, jak potwierdza argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w dalszej części pisma. Odwołanie zatem w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, nie zasługuje na uwzględnienie (zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Integrated Solutions, Zamawiający wskazał, iż nie wystąpiła niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ. Przystępujący w swej ofercie podał wymagane przez Zamawiającego informacje i oświadczenia. W kolumnie nr 2 zatytułowanej Marka i model Tabeli szczegółowej Formularza Cenowego Zamawiający oczekiwał podania oznaczeń w stopniu umożliwiającym Zamawiającemu zidentyfikowanie jakie urządzenia oferuje dany wykonawca (jakiej marki i modelu), z wymogu którego to Przystępujący w pełni się wywiązał. Przedmiot oferowanych przez Przystępującego rozwiązań został przy tym określony w stopniu w pełni czytelnym dla Zamawiającego oraz każdego profesjonalnego uczestnika rynku, na którym udzielane jest przedmiotowe zamówienie. Przystępujący identyfikując poszczególne urządzenia w ofercie każdorazowo posłużył się ich nazwami i oznaczeniami modeli funkcjonującymi na rynku, pozwalającymi jednoznacznie stwierdzić co oferuje, do jakiej grupy urządzeń należy oferowane urządzenie oraz czy urządzenie funkcjonujące pod podaną nazwą i oznaczeniem modelu może spełniać wymagania postawione przez Zamawiającego odnośnie tego urządzenia w SIWZ, co było w istocie celem kolumny nr 2. Zdaniem Zamawiającego

Odwołujący, pomimo ciążącego na nim ciężaru dowodu, nie zdołał zaś wykazać w jakimkolwiek stopniu, iż treść oferty Przystępującego nie spełniała wymagań SIWZ, ani, że dokonana przez Zamawiającego ocena powyższej oferty pod kątem zgodności z treścią SIWZ naruszała przepisy ustawy Pzp.

Zastosowanie wobec oferty Przystępującego sankcji, której oczekuje Odwołujący byłoby zdaniem Zamawiającego absurdalne, nastąpiłoby w całkowitym oderwaniu od treści oraz celu wymogu postanowionego przez Zamawiającego w kolumnie nr 2 zatytułowanej „Marka i model", ale też stanowiłoby rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego jest przy tym niekonsekwentne. Z jednej strony Odwołujący nietrafnie zarzuca Zamawiającemu formalizm przy ocenie oferty Odwołującego, a jednocześnie domaga się odrzucenia przez Zamawiającego oferty Integrated Solutions bez jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych, w szczególności pomimo, iż, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń, w świetle treści złożonej przez Przystępującego oferty i wiedzy o rozwiązaniach dostępnych na rynku, którą przecież posiada Odwołujący, wiadomym jest jakiej marki i modelu urządzenia zaoferował Integrated Solutions. Z opisu oferowanych przez Przystępującego urządzeń nie wynika tez, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, że oferowane przez Integrated Solutions rozwiązania są niezgodne z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego w SIWZ. To raczej Odwołujący, dążąc do uzyskania zamówienia w postępowaniu, wybiórczo i w sposób niezgodny z rzeczywistością prezentuje stan faktyczny, nadinterpretowując treść oferty Przystępującego. Zamawiający podkreślił, iż badając spełnienie przedmiotowych wymagań SIWZ oceniał oferty wszystkich wykonawców, złożone w postępowaniu, nie tylko poprzez pryzmat literalnego brzmienia zawartych w nich opisów użytych celem identyfikacji danego urządzenia, ale także poprzez sens zastosowanych oznaczeń.

Bezzasadne zdaniem Zamawiającego są twierdzenia Odwołującego jakoby w wierszu nr 8 „Tabeli szczegółowej' złożonego przez Przystępującego Formularza Cenowego, oznaczonym jako „Przełączniki Typ H (kompatybilny z Blade FlexSystem)", w kolumnie nr 2 zatytułowanej „Marka i model" Przystępujący nie wskazał marki oraz modelu oferowanego

urządzenia, lecz, zdaniem Odwołującego błędnie, rodzinę (grupę) produktów. W ocenie Zamawiającego w świetle treści oferty Integrated Solutions oraz wiedzy o rozwiązaniach funkcjonujących na rynku w pełni czytelnym było, które modele oferuje Przystępujący oraz że są one zgodne z wymaganiami postawionymi w SIWZ. Wyspecyfikowanie zaś wszystkich mogących występować w ofercie wariantów lub wersji modelu urządzenia nie było wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający w tym miejscu zaznaczył, iż wymagał od wykonawców oznaczenia we wskazanym wyżej miejscu w Formularzu Ofertowym modelu urządzenia, co de facto Przystępujący uczynił, oznaczając model przełącznika. Okoliczność, iż przełącznik „Lenovo Flex System Fabric" występuje w trzech wersjach, z których wszystkie spełniają wymagania SIWZ, w żadnym razie nie przemawia za niezgodnością oferty Przystępującego z SIWZ. Wykonawca Integrated Solutions opisał urządzenie w taki sposób, iż czytelna była zarówno marka, jak i model „Lenovo Flex System Fabric". Z punktu widzenia Zamawiającego decydujące było, iż dookreślona została grupa czy też typ przełączników danego modelu, w skład której wchodzą tylko trzy wersje dostępne na rynku, spośród których wszystkie spełniają wymagania Zamawiającego odnośnie przełączników wskazane w SIWZ (OPZ Załącznik nr 6 do SIWZ) tj. wskazane w odwołaniu: 1) Lenovo Flex System Fabric EN4093R 10Gb Scalable Switch, 2) Lenovo Flex System Fabric CN4093 10Gb Converged Scalable Switch oraz 3) Lenovo Flex System Fabric S14093 System Interconnect Module, Odwołujący zaś nie dowiódł, aby było inaczej. W szczególności wszystkie wymienione urządzenia modelu Flex System Fabric są kompatybilne z grupą serwerów IBM Flex System. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający złożył dokumentację ze strony internetowej producenta Lenovo (str. 10 i 11).

Dalej Zamawiający wskazał, iż podobnie chybione są twierdzenia sformułowane przez Odwołującego odnośnie przełączników „Typ G". Zamawiający podniósł, iż Przystępujący opisał urządzenie posługując się nazwą urządzenia i oznaczeniem modelu urządzenia, funkcjonującym na rynku, w sposób pozwalający Zamawiającemu na jednoznacznie ustalenie jakie urządzenie zostało zaoferowane oraz że zaoferowane urządzenie jest zgodne z wymaganiami SIWZ. Zamawiający podkreślił, iż oznaczenie „40GBE CONNECTION BLADE 18/8+2" jednoznacznie wskazuje na tylko jedno urządzenie oferowane na rynku tj. jedną markę i model urządzenia występującego na rynku, produkowany przez Fujitsu. Takie rozumienie przez Zamawiającego sposobu opisania marki i modelu urządzenia zostało dodatkowo potwierdzone, po złożeniu odwołania, stanowiskiem producenta Fujitsu wyrażonym w dniu 13 września 2019 r. (w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający złożył email z dnia 13 września 2019 r.).

W odniesieniu do modułów komunikacyjnych, Zamawiający podniósł w szczególności, że twierdzenie przez Odwołującego, iż podając szczegółowy opis produktu (ang. „Product Description") pochodzący z załączonej do oferty Przystępującego dokumentacji Huawei Technologies Co. Ltd., Przystępujący nie oznaczył oferowanego urządzenia w sposób umożliwiający jednoznaczną identyfikację tego co oferuje, w tym marki i modelu modułu komunikacyjnego, lecz wyłącznie parametry oferowanego urządzeń, jest zaskakujące. Zamawiający wskazał, iż sposób oznaczenia przez Przystępującego modułów komunikacyjnych w wierszach od 9 do 13 „ Tabeli szczegółowej' złożonego przez Integrated Solutions Formularza Cenowego, w kolumnie nr 2 zatytułowanej „Marka i model" każdorazowo wskazuje (oznacza) na konkretną markę i model ściśle określonego urządzenia występującego na rynku, które Zamawiający, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń, w oparciu o treść oferty Przystępującego, jednoznacznie zidentyfikował. Co więcej, Odwołujący całkowicie pominął, iż integralną część oferty Przystępującego stanowiły dokumenty potwierdzające, że oferowane elementy infrastruktury sieciowej określone w Formularzu Cenowym, w tym moduły komunikacyjne, spełniają wymagania określone w SIWZ. Przystępujący załączył do formularza ofertowego dokumentację producenta Huawei Technologies Co. Ltd., która potwierdza zgodność z SIWZ wszystkich modułów komunikacyjnych oznaczonych rzez Integrated Solutions, w wierszach od 9 do 13 „Tabeli szczegółowej' Formularza Cenowego, nie pozostawiając jakichkolwiek wątpliwości w kwestii tego jakie urządzenie, w tym jakiej marki i modelu identyfikuje każdy z opisów („Product Description") poszczególnych pięciu modułów w Formularzu Cenowym. W punkcie 12 formularza ofertowego Przystępujący wymienił ww. dokumentację producenta jako „Dokumenty zgodnie z Rozdz. VI pkt 4.2 SIWZ'. Poza tym, iż opis kolejnych pięciu modułów komunikacyjnych w Formularzu Cenowym złożonym przez Przystępującego jednoznacznie identyfikuje markę i model oferowanych urządzeń, to każdy z tych pięciu opisów koresponduje ze szczegółową specyfikacją poszczególnych pięciu modułów komunikacyjnych na str. 19, 20 i 22 dokumentacji producenta Huawei Technologies Co., Ltd., którą to dokumentację Przystępujący załączył do oferty. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedstawił tabelę zawierającą dokładny opis, w którym miejscy dokumentacji producenta Huawei znajduje się wskazane przez Przystępującego w Formularzu oznaczenie modułu komunikacyjnego oraz załączył złożoną wraz z ofertą przez Przystępującego dokumentację producenta Huawei. Podniósł, iż sposób oznaczenia marki i modelu modułów komunikacyjnych poprzez wskazanie opisu produktu (ang. „Product description") wynikającego z nazewnictwa przyjętego przez producenta firmę Huawej jednoznacznie identyfikował moduły oferowane przez

Przystępującego. Dokumentacja producenta, która została załączona do oferty Integrated Solutions zawiera symbole opisane identycznie, jak w treści złożonej oferty, co pozwoliło na ustalenie, które konkretnie moduły komunikacyjne (wkładki) zaoferowano.

Z kolei w kontekście serwerów dla systemu WMware NSX, Zamawiający zauważył, iż Przystępujący w wierszu nr 14 „Tabeli szczegółowej' Formularza Cenowego w kolumnie „Marka i model" podał oznaczenie „Fujitsu 2530', które jednoznacznie identyfikuje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jaka marka i model serwera została zaoferowana, nie jest to zaś oznaczenie nie pozwalające ustalić co jest oferowane, tak jak bezpodstawnie zdaje się twierdzi Odwołujący. Takie rozumienie potwierdził po złożeniu odwołania producent serwerów - Zamawiający jako dowód złożył email z dnia 13 września 2019 r. Dalej wskazał, iż Odwołujący całkowicie pomija, że inne dane w tym „generacja" serwera nie były wymagane w SIWZ. Aktualnie na rynku występują generacje M1, M4 i M5. W ramach dostępnych generacji serwera możliwa jest konfiguracja spełniająca wymagania SIWZ. Co istotne, Zamawiający nie wymagał wskazania w wierszu 14 Formularza rzeczowo-cenowego innych danych technicznych poza marką i modelem serwera. Niezależnie od powyższego, podanie przez wykonawcę składającego w postępowaniu ofertę generacji serwera nie przesądza jeszcze, że serwer będzie spełniał wymagania SIWZ, o powyższym świadczy bowiem dopiero sposób skonfigurowania serwera, którego podania w Formularzu Cenowym Zamawiający nie wymagał. Zamawiający nie postawił wymogu, aby w „Tabeli szczegółowej' Formularza Cenowego podać sposób skonfigurowania na etapie realizacji zamówienia serwera dla systemu WMware NSX, lecz jedynie oczekiwał, aby zidentyfikować ww. serwer poprzez podanie marki i modelu, co Przystępujący uczynił. Gdyby przychylić się do kierunku argumentacji Odwołującego, każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu musiałby w „Tabeli szczegółowej' Formularza Cenowego zamieścić szczegółowy opis wykazujący, że serwer zostanie skonfigurowany tak jak oczekuje tego Zamawiający w SIWZ z uwzględnieniem wszystkich parametrów poszczególnych komponentów. Powyższego wymagania zaś Zamawiający z uwagi na jego bezcelowość nie postawił w SIWZ, nie może zatem oczekiwać powyższego na tym etapie od wykonawców, a tym bardziej wyciągać z powyższego negatywnych skutków wobec wykonawców.

Na marginesie Zamawiający wskazał, iż Przystępujący w treści formularza ofertowego oświadczył, iż zapoznał się z SIWZ (w tym z wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ) i nie wnosi do nich zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w nich zawarte (pkt 2 formularza ofertowego), a także, że przedmiot zamówienia będzie spełniał wymagania Zamawiającego określone w SIWZ (pkt 3 formularza ofertowego). Treść złożonej przez Przystępującego oferty potwierdzała zatem, iż serwer zaoferowanej marki i modelu będzie spełniać wymagania SIWZ, i tylko taki serwer zostanie przez Zamawiającego zaakceptowany na etapie odbioru przedmiotu umowy od Wykonawcy. W kontekście powyższego, twierdzenia Odwołującego jakoby wykonawca na etapie realizacji umowy będącej przedmiotem postępowania mógł zmieniać przedmiot oferty, w szczególności w takim stopniu, iż oferowałby rozwiązanie niezgodne z SIWZ są całkowicie bezpodstawne. Na marginesie Zamawiający dodał, iż w jakikolwiek sposób nie poparte treścią oferty Przystępującego oraz nie pozostające w związku z niniejszą sprawą są uwagi Odwołującego odnoszące się do wiersza 21 „Tabeli szczegółowej' Formularza Cenowego, w którym Przystępujący zaoferował urządzenia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, sposób oznaczenia urządzenia, w świetle treści oferty Przystępującego, nie będzie prowadzić do konieczności przyjęcia przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia, serwera nie spełniającego wymagań SIWZ skoro Zamawiający w sposób wyraźny określił w SIWZ wymagania dotyczące serwerów, z którymi to opis oferowanego serwera pozostaje w zgodności.

Zamawiający weryfikując zgodność ofert z SIWZ pod kątem przedmiotowego wymogu, brał pod uwagę różny sposób, w który wykonawcy będą mogli wypełnić Formularz Cenowy, kierując się tym, iż wszelkie niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, odczytywać należy na korzyść wykonawców, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby. Odwołujący w żadnym stopniu nie wykazał, iż Zamawiający zrezygnował przy badaniu ofert z któregokolwiek z wymagań postawionych w SIWZ, skoro Przystępujący oznaczył w Formularzu Cenowym urządzenia w sposób jednoznacznie umożliwiający Zamawiającemu ich identyfikację. Treść oferty Przystępującego była też w pełni spójna ze złożonymi, w toku Postępowania, wyjaśnieniami (jako dowód Zamawiający wskazał na pismo Przystępującego z dnia 3 czerwca 2019 r.). W jego ocenie Odwołujący odwołuje się do poziomu szczegółowości nie wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ, nieadekwatnego również do celu, którym służyć miały wymagania dotyczącego sposobu wypełnienia Formularza Cenowego. Zamawiający wskazał także, iż całkowicie nieadekwatne w okolicznościach sprawy jest przedstawione w odwołaniu orzecznictwo, które dotyczy spraw o odmiennym stanie faktycznym i prawnym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła

i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu w dniu 18 września 2019 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż zakresem odwołania objęto zarówno czynność odrzucenia oferty Odwołującego, jak i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Mając na względzie, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta wybranego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu, zaś oferta Odwołującego pozostawałaby jedyną skutecznie złożoną w postępowaniu ofertą, Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, wyjaśnienia treści SIWZ oraz jej modyfikacje, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców (w tym Odwołującego i Przystępującego) wraz z załącznikami, korespondencję prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym i Przystępującym, w tym pismo Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. oraz pismo Przystępującego z dnia 3 czerwca 2019 r., jak również informację z dnia 30 sierpnia 2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert pozostałych sześciu wykonawców.

Izba wzięła pod uwagę także stanowiska Stron i Uczestnika postępowania przedstawione w złożonych pismach (odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 18 września 2019 roku, jak również wnioskowane przez ww. podmioty dowody z dokumentów innych niż znajdujące się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w postaci:

1. załączonych do odpowiedzi na odwołanie:

a) wydruku ze strony producenta wkładek SFP-10G-LR-S= w zakresie, w jakim został

przetłumaczony w odpowiedzi na odwołanie;

b) korespondencji mailowej z firmą Fujitsu z dnia 13 września 2019 r. dotyczącej oznaczenia „40GBE CONNECTION BLADE 18/8+2”;

c) korespondencji mailowej z firmą Fujitsu z dnia 13 września 2019 r. dotyczącej oznaczenia „Serwer 2530”;

2. złożonych przez Odwołującego na rozprawie:

a) korespondencji mailowej z firmą Ingram Micro dotyczącej zapytania o cenę Lenovo

Flex System Fabric;

b) trzech kart katalogowych dla urządzeń Lenovo Flex System Fabric w zakresie, w jakim zostały przetłumaczone na język polski;

c) wydruku z konfiguratora firmy Fujitsu dotyczącego urządzenia 40GBE CINNECTION BLADE 18/8+2;

d) korespondencji mailowej z firmą Cisco z dnia 17 września 2019 r.;

e) korespondencji mailowej z firmą Salumanus z 15-16 września 2019 r. oraz

załączonego cennika;

f) oświadczenia producenta Cisco z dnia 13 września 2019 r.

3. złożonego przez Przystępującego na rozprawie wydruku korespondencji mailowej z firmą

Fujitsu z dnia 17 września 2019 r.

Izba pominęła przy ocenie złożoną przez Odwołującego korespondencję mailową z 13-14 września 2019 r. prowadzoną z firmą Cisco, mającą potwierdzać zgodność z wymaganiami SIWZ wkładki SFP-10G-LRM=, jako że dotyczyła ona wkładki nie będącej przedmiotem oferty Odwołującego. Zgodność tego produktu z wymaganiami SIWZ nie była przedmiotem odwołania, nie była również w toku postępowania kwestionowana, wobec czego dowód ten Izba uznała za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia i powołany jedynie dla zwłoki.

Izba pominęła także złożony przez Odwołującego na rozprawie wydruk ze strony o nazwie „Data sheet FUJITSU Server PRIMERGY BX Ethernet Switch 10/40Gbit/s 18/8+2" z uwagi na fakt, iż został on złożony wyłącznie w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski. Zgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (t.j. z dnia 7 maja 2018 r., Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Powyższe odnosi się także do złożonych przez Odwołującego wydruków ze strony dotyczących urządzeń FS QSFP-BD-40G BiDi (Bi-Directional) 40G QSFP+ T ransceiver oraz Juniper Networks 40G QSFP+ QSFP-40G-ER4 Transceiver, wyników testów wydajnościowych serwerów, gdzie przetłumaczona została tylko strona tytułowa, a także kart katalogowych dla urządzeń Lenovo Flex System Fabric w zakresie, w jakim nie zostały przetłumaczone. Analogiczna uwaga tyczy się złożonego przez Zamawiającego wydruku ze strony producenta wkładek SFP-10G-LR-S= w zakresie, w jakim nie został przetłumaczony na język polski oraz dokumentacji ze strony .

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 1 SIWZ (w brzmieniu uwzględniającym modyfikacje) przedmiotem zamówienia jest modernizacja Sieci LAN w Data Center na którą składają się:

1) dostawa, instalacja i uruchomienie elementów infrastruktury sieciowej w tym:

- przełączniki, moduły komunikacyjne, serwery, szafy Rack, osprzęt pasywny, okablowanie logiczne,

- system administrowania siecią LAN wraz z platformą sprzętową,

- niezbędne oprogramowanie,
oraz dokumentacje i licencje,

2) wykonanie prac wdrożeniowych dla wszystkich zainstalowanych elementów infrastruktury sieciowej na podstawie opracowanego projektu technicznego oraz przygotowanie

dokumentacji powykonawczej wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych do projektu technicznego i dokumentacji powykonawczej,

3) dostawa urządzeń i materiałów uzupełniających,

4) przeprowadzenie przez Wykonawcę warsztatów dla administratorów,

5) przeprowadzenie przez Wykonawcę instruktażu obsługi miernika i spawarki światłowodowej,

6) zapewnienie wsparcia technicznego na okres 36 miesięcy.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do wzoru umowy.

Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia m.in. wypełnionego Formularza ofertowego, sporządzonego z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, wypełnionego Formularza rzeczowo - cenowego, sporządzonego z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, wypełnionego Formularza rzeczowego - funkcjonalności, sporządzonego z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do

SIWZ (Rozdział XI ust 1 pkt 1-3 SIWZ).

W Formularzu rzeczowo - cenowym w zakresie odnoszącym się do przełączników (wiersze 4-8) Zamawiający wymagał wskazania marek i modeli przełączników: Typ A (CORE), Typ B (SPINE), Typ C (LEAF), Typ D (Extranet), Typ E (Mgmt OOB), Typ F (Mgmt agregujący), Typ G (kompatybilny z Blade Fujitsu), Typ H (kompatybilny z Blade FlexSystem). Zamawiający wymagał także podania marki i modelu Modułów komunikacyjnych do przełączników typu A, B i C: QSFP 40G SR, QSFP 40G ER4, 40G QSFP+ QSFP+1m DAC (wiesze 9 - 11), Modułów komunikacyjnych SFP/SFP+: Moduły optyczne SFP+ 10G, Moduły miedziane SFP 1000Base-T (wiersze 12-13), a także marki i modelu Serwerów dla systemu WMware NSX (wiersz 14).

Zamawiający w dniu 11 marca 2019 r. udzielił wyjaśnień treści SIWZ, w tym m.in. na pytanie nr 1 o treści: „W dokumencie [...] będącym formularzem rzeczowo - cenowym Zamawiający poza przełącznikami typu A, B i C, których parametry wyspecyfikowane są w załączniku nr 7 do SIWZ (Funkcjonalności) wymienia wiele pozycji w kategorii Przełączniki, w tym Typ D, E, F, G, H, nie specyfikując oczekiwanej funkcjonalności dla ww. urządzeń, w tym ilości i rodzaju wymaganych portów, zakresu wspieranych funkcjonalności. Proszę o wyjaśnienie i ew. uzupełnienie zapisów SIWZ tak, aby możliwe było dobranie urządzeń spełniających wszystkie oczekiwane przez Zamawiającego funkcjonalności" Zamawiający wyjaśnił, iż opis wymagań technicznych dotyczący przełączników Typ A, B, C oraz Typ D, E, F, G i H znajduje się w Załączniku nr 1 do Umowy „Opis przedmiotu zamówienia" Rozdział I pkt 2 Szczegółowe wymagania i specyfikacje Tab. od 1 do 8. Natomiast Załącznik nr 7 do SIWZ jest przeznaczony wyłącznie do weryfikacji wskazanych przez wykonawcę kluczowych przełączników Typu A, B i C pod kątem spełnienia wymagań technicznych poszczególnych parametrów (wykonawca wskazuje odniesienie do dokumentacji producenta i/lub komendę do wywołania na przełączniku).

Dalej Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści Opisu przedmiotu zamówienia („OPZ") stanowiącego załącznik nr 1 do wzoru umowy w Tabeli 4 przedstawił specyfikację przełącznika Typ D (przełącznik „Extranet"), gdzie w pkt 7 wskazano, iż każdy z przełączników musi być wyposażony w cztery moduły SFP/SFP+: a) jeden moduł optyczny BXD, b) jeden moduł optyczny BXU, c) dwa moduły optyczne 10Gb/złącze LC/włókna MM OM3 zasięg 100m."

W postępowaniu wpłynęło siedem ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

Odwołujący w Formularzu rzeczowo-cenowym w wierszu 4 Przełączniki Typ D (Extranet), w kolumnie „Marka i model" wskazał: „Cisco C9300-24T-E; GLC-BX40-D-I=; GLC-BX40-U-I=; 2xSFP-10G-LR-S=".

Przystępujący w Formularzu rzeczowo-cenowym, w kolumnie „Marka i model" wskazał m.in. następujące dane w odniesieniu do poszczególnych komponentów:

Wiersz 1 Przełączniki Typ A (CORE): „Huawei CE6865-48S8CQ-EI";

Wiersz 2 Przełączniki Typ B (SPINE): „Huawei CE8850-32CQ-EI";

Wiersz 3 Przełączniki Typ C (LEAF): „Huawei CE6865-48S8CQ-EI";

Wiersz 4 Przełączniki Typ D (Extranet): „Huawei S5730-48C-SI-AC";

Wiersz 5 Przełączniki Typ E (Mgmt OOB): „HUWAEI S5720-28P-LI-AC";

Wiersz 6 Przełączniki Typ F (Mgmt agregujący): „HUAWEIS5720-52P-LI-AC";

Wiersz 7 Przełączniki Typ G (kompatybilny z Blade Fujitsu): „40GBE CONNECTION BLADE 18/8+2";

Wiersz 8 Przełączniki Typ H (kompatybilny z Blade FlexSystem): „Lenovo Flex System Fabric";
Wiersz 9 Moduły komunikacyjne do przełączników typu A, B i C: QSFP 40G SR: „40GBase-

BD Optical Transceiver,QSFP+,40G,Multi-mode (850nm,0.1km,LC)";

Wiersz 10 Moduły komunikacyjne do przełączników typu A, B i C: QSFP 40G ER4: „40GBase-ER4 Optical Transceiver,QSFP+,40G,Single-mode Module (1310nm,40km,LC)";

Wiersz 11 Moduły komunikacyjne do przełączników typu A, B i C: 40G QSFP+ QSFP+1m DAC: „QSFP+,40G,High Speed Direct-attach Cables,1m,QSFP+38M,CC8P0.254B(S), QSFP+38M,Used indoor";

Wiersz 12 Moduły komunikacyjne SFP/SFP+: Moduły optyczne SFP+ 10G: „10GBase-USR Optical Transceiver,SFP+,10G,Multi-mode Module(850nm,0.1km,LC)";

Wiersz 13 Moduły komunikacyjne SFP/SFP+: Moduły miedziane SFP 1000Base-T Electrical

Transceiver,SFP,GE,Electrical Interface Module(100m,RJ45)";

Wiersz 14 Serwery dla systemu WMware NSX: „Fujitsu 2530".

Pismem z dnia 30 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę Przystępującego. Zamawiający poinformował także, iż w postępowaniu odrzucono sześć ofert. Odnośnie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

- jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, iż w OPZ (załącznik nr 1 do umowy) - tabela 4 - wymagał, aby przełącznik typu D był wyposażony w dwa moduły optyczne (wkładki) o następujących parametrach „10 Gb/złącze LC/włókna MM OM3/zasięg 100m" tj. wymagał, aby przełącznik był wyposażony we wkładki z włóknami wielomodowymi. Wykonawca zaoferował przełączniki typu D wyposażone we wkładki (moduły optyczne) „SFP-10G-LR-S=" tj. we wkładki z włóknami jednomodowymi. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wskazał, iż zaoferowane przełączniki typu D zostały wyposażone we wkładki (moduły optyczne) nie spełniające wymagań Zamawiającego. W konsekwencji treść oferty Odwołującego jest w ocenie Zamawiającego niezgodna z treścią SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie znalazły potwierdzenia zarzuty odnoszące się do oferty Odwołującego, tj. zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia występującej w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji zarzut

naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty

Odwołującego pomimo, iż jej treść odpowiada treści SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jak stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Jak wskazuje się konsekwentnie w orzecznictwie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 346/18).

W okolicznościach przedmiotowej sprawy bezspornym było, że pomiędzy treścią oferty

Odwołującego a treścią SIWZ zachodziła niezgodność o charakterze merytorycznym. Po pierwsze nie było sporne, że Odwołujący w Formularzu rzeczowo - cenowym, w wierszu 4 dotyczącym przełączników Typ D (Extranet) podał oznaczenie produktu bezpośrednio wskazujące, iż przełączniki te zostały wyposażone we wkładki SFP-10G-LR-S=, tj. w tzw. wkładki z włóknami jednomodowymi. Po drugie nie budziła wątpliwości okoliczność, że Zamawiający dla tych właśnie przełączników wymagał wkładek z włóknami wielomodowymi, co wynikało z treści OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do wzoru umowy, gdzie w Szczegółowych wymaganiach i specyfikacjach, w Tabeli 4 „Specyfikacja przełącznika typ D" w pkt 7 lit. c) wskazano, iż każdy z przełączników ma być wyposażony w dwa moduły optyczne „10 Gb/złącze LC/włókna MM OM3/zasięg 100m." Powyższe nie było kwestionowane w postępowaniu odwoławczym. Dalej zauważyć należy, że Odwołujący w treści odwołania nie twierdził, że zaoferowany przez niego przełącznik typu D wyposażony we wkładkę SFP-10G-LR-S= jest zgodny z treścią SIWZ, wręcz przeciwnie - wskazywał, że tego rodzaju wkładka została podana w ofercie w wyniku omyłki, a intencją i wolą Odwołującego było zaoferowanie wkładki SFP-10G-LRM=, czyli wkładki z włóknami wielomodowymi.

W konsekwencji za niewątpliwą Izba uznała okoliczność, że wskazana w Formularzu rzeczowo - cenowym wkładka przełącznika typu D nie spełniała wymagań Zamawiającego wyartykułowanych wprost w SIWZ. Na powyższą ocenę nie wpływa złożony przez Odwołującego w toku rozprawy dowód w postaci oświadczenia firmy Cisco z dnia 13 września 2019 r., dowód ten nie potwierdza bowiem okoliczności, że zaoferowana wkładka zawiera oczekiwaną funkcjonalność, lecz że funkcjonalność ta jest możliwa do osiągnięcia przy użyciu specjalizowanego kabla uzupełniającego. Ponadto dowód ten został złożony na okoliczność potwierdzenia stanowiska Odwołującego, że Zamawiający powinien był wezwać go do wyjaśnień treści oferty, a nie celem wykazania zgodności treści oferty z treścią SIWZ, której to okoliczności Odwołujący nie podnosił w ogóle w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe, ocenie Izby w przedmiotowej sprawie podlegała okoliczność czy istniejąca merytoryczna niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ miała charakter innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i czy jej ewentualne poprawienie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty Odwołującego.

W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na uznanie, iż niezgodność pomiędzy treścią oferty Odwołującego a treścią SIWZ miała charakter omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Jak zwrócono uwagę m.in. w wyroku z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 122/18, w przypadku zarzutu zaniechania poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp Izba i sądy powszechne badają, czy niezgodności te nie są wynikiem zamierzonego działania wykonawcy, jak również ustalają, czy poprawienie omyłki jest możliwe na podstawie treści oferty, co ma stanowić granicę, której przekroczenie może oznaczać prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty. Podkreślić należy, że poprawieniu na gruncie ww. przepisu może podlegać jedynie „omyłka", czyli nieprawidłowość spowodowana błędnym, niecelowym działaniem wykonawcy. Odwołujący, którego w postępowaniu odwoławczym obciążał obowiązek dowodowy, nie wykazał, że wskazanie w treści oferty wkładki z włóknami jednomodowymi dla przełącznika typu D było efektem nieświadomego, niezamierzonego działania, poprzestając w odwołaniu wyłącznie na stwierdzeniu, że wkładkę tę podano „w wyniku omyłki," bez jakiegokolwiek wyjaśnienia tej kwestii. Odwołujący pominął okoliczność, że w wyjaśnieniach złożonych w dniu 3 czerwca 2019 r. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazał ten sam model wkładki przełącznika typu D, potwierdzając, że to właśnie wkładkę SFP-10G-LR-S= uwzględniono w kalkulacji ceny oferty. Kwestia ta była podnoszona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, niemniej Odwołujący do okoliczności tej się nie odniósł. Odwołujący nie podjął jakichkolwiek prób udowodnienia, że jego działanie stanowiło omyłkę ani wyjaśnienia z czego ta omyłka miałaby wynikać, nie wykazał, że jego intencją i wolą (jak twierdził) było zaoferowanie wkładki SFP-10G-LR-M= i że to tę wkładkę uwzględniał (zamierzał uwzględnić) podczas konstruowania oferty i kalkulacji jej ceny.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się także ze stanowiskiem Odwołującego, że poprawienie modelu wkładki przełączników typu D w ofercie Odwołującego nie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty. W ślad za wyrokiem Izby z dnia 11 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1248/18 wskazać należy, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawiania błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę.

W rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła, iż Odwołujący wskazując dla przełączników

typu D wkładkę z włóknami jednomodowymi w istocie zaoferował wkładkę inną niż wymagana wprost przez Zamawiającego w OPZ. Dokonanie zmiany oferty w tym zakresie poprzez zmianę wkładki o oznaczeniu SFP-10G-LR-S= na SFP-10G-LR-M= prowadziłoby do zastąpienia jednego elementu zaoferowanego przedmiotu zamówienia całkowicie innym produktem, przy czym nie zostało przez Odwołującego wyjaśnione jak taka zmiana wpływałaby na kalkulację ceny oferty i ewentualną potrzebę dokonania poprawek również w tym zakresie. W ocenie Izby takie działanie stanowiłoby nic innego jak zmianę złożonego pierwotnie przez Odwołującego oświadczenia woli co do oferowanego przedmiotu świadczenia w celu dostosowania treści oferty tego wykonawcy do wymogów wynikających z SIWZ, co wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zważyć bowiem należy, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Zasadą jest, iż wykonawca, odpowiadając na ogłoszenie o zamówieniu, działa z zachowaniem należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i składa ofertę zawierającą świadome oświadczenie woli zgodne zamiarem obejmującym wykonanie zamówienia w określony w tej ofercie sposób. Uznanie niezgodności treści oferty z SIWZ za omyłkę stanowi zatem wyjątek od ogólnej zasady.

Na powyższą ocenę nie wpływa okoliczność, że Zamawiający nie wymagał wyspecyfikowania w Formularzu rzeczowo - cenowym wkładek, w jakie wyposażone zostaną oferowane przełączniki typu D, lecz jedynie wskazania marki i modelu przełączników. Szczegółowe wymogi odnośnie wkładek dla przełączników typu D zostały w sposób jasny wyartykułowane w opisie przedmiotu zamówienia, a deklaracja Odwołującego, mimo że dobrowolna, wskazywała na ewidentną niezgodność jego oferty z treścią SIWZ w tym zakresie. Zamawiający nie mógł kwestii tej pominąć w procesie badania ofert, takie działanie powodowałoby bowiem, że musiałby on uznać za prawidłową ofertę, której treść pozostawała niezgodna z oczekiwaniami Zamawiającego, odzwierciedlonymi w SIWZ. Również wskazywana przez Odwołującego w tym kontekście treść odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 11 marca 2019 r. w żadnej mierze nie świadczy o tym, że wymóg wyposażenia każdego z przełączników typu D w dwa moduły optyczne „10 Gb/złącze LC/włókna MM OM3/zasięg 100m" miał dla Zamawiającego znaczenie nieistotne, Odwołujący bynajmniej okoliczności tej nie wykazał.

Izba stwierdziła, iż w okolicznościach faktycznych sprawy brak było także podstaw do skorzystania przez Zamawiającego z procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści). W tym kontekście podkreślić przede wszystkim należy, iż Odwołujący nie postawił w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ani nie stawiał żądań w tym zakresie, poruszając kwestię zaniechania wezwania go do wyjaśnień dopiero w toku rozprawy. Niemniej Izba wskazuje, iż nie każda niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały. To na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym, spoczywa obowiązek szczegółowego zapoznania się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia i rzetelnego skonstruowania oferty w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ (por. m.in. wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt KIO 2013/15, KIO 2018/15). W ocenie Izby w przedmiotowym przypadku żądanie złożenia wyjaśnień w spornym zakresie prowadziłoby do niedopuszczalnych na gruncie ustawy Pzp negocjacji treści oferty i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Przy przyjęciu przeciwnego stanowiska Odwołujący mógłby zmienić swoją ofertę po upływie terminu składania ofert wskazując całkiem inny rodzaj wkładki dla przełączników typu D, a wskutek tego z nieuzasadnionych powodów znalazłby się w sytuacji korzystniejszej od innych wykonawców.

W świetle powyższego Izba uznała podjętą przez Zamawiającego w dniu 30 sierpnia 2019 r. czynność odrzucenia oferty Odwołującego za prawidłową i zgodną z przepisami ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, iż nie jest ona zgodna z treścią SIWZ.

Zarzut ten Odwołujący co do zasady opierał na okoliczności braku wskazania w ofercie Przystępującego marki lub modelu oferowanego urządzenia w poszczególnych pozycjach

Formularza rzeczowo-cenowego. Niemniej Odwołujący pominął okoliczność, iż Zamawiający nie zdefiniował pojęcia marki i modelu, co w szczególności w odniesieniu do modelu mogło powodować u wykonawców wątpliwości, jakie oznaczenie będzie wystarczające dla potrzeb Zamawiającego. Istotnym jednak jest, iż Zamawiający nie wymagał przedstawienia szczegółowych parametrów produktu, ich wersji, typów, rodzajów czy tzw. part number-ów. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, oczekiwał on podania oznaczeń w stopniu umożliwiającym mu zidentyfikowanie, jakie urządzenie oferuje dany wykonawca. Tymczasem argumentacja Odwołującego sprowadzająca się do braku wskazania przez Przystępującego modelu produktów oparta jest o jego własną interpretację pojęcia modelu, nie znajdującą oparcia w treści SIWZ. Odwołujący nie wykazał, że na podstawie oznaczeń wskazanych przez Przystępującego w ofercie Zamawiający nie był w stanie po pierwsze zidentyfikować marki czy modelu urządzenia, a po drugie zweryfikować jego zgodności z wymaganiami wynikającymi z OPZ. Prezentowane przez Odwołującego stanowisko koncentruje się na ewentualnych formalnych nieścisłościach w ofercie Przystępującego, a nie na merytorycznej niezgodności jego oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc się do kwestii niewskazania przez Przystępującego marki i modelu dla przełączników typ H (wiersz 8 Formularza rzeczowo - cenowego), Izba uznała argumentację Odwołującego za niewykazaną. Opis podany przez Przystępującego (Lenovo Flex System Fabric) niewątpliwie zawiera wskazanie marki - Lenovo. Natomiast Odwołujący nie sprostał ciężarowi udowodnienia, że oznaczenie „Flex System Fabric" nie jest oznaczeniem modelu i nie umożliwia Zamawiającemu weryfikacji zgodności produktu z postawionymi wymaganiami. Słusznie w ocenie Izby wskazywał Zamawiający, że okoliczność, iż ww. urządzenie zawiera trzy wersje dostępne na rynku, z których każda spełnia wymagania wyartykułowane w OPZ nie powoduje merytorycznej niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie nie wskazywały na jakąkolwiek niezgodność produktu z wymaganiami Zamawiającego, lecz wyłącznie na fakt, że przełączniki Lenovo Flex System Fabric występują w trzech wersjach. Odwołujący nie kwestionował podnoszonej przez Zamawiającego okoliczności, że wszystkie wersje modelu Flex System Fabric są kompatybilne z serwerami posiadanymi przez Zamawiającego i są zgodne z wymaganiami wskazanymi w OPZ.

Podobnie rzecz się ma, jeśli chodzi o oznaczenie przez Przystępującego zaoferowanych serwerów (wiersz 14 Formularza rzeczowo - cenowego) poprzez wskazanie „Fujitsu 2530". Również w tym przypadku zarzut odwołania sprowadza się do kwestii interpretacji pojęcia modelu. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby takie oznaczenie nie było oznaczeniem modelu lecz rodziny serwerów różnych generacji, z których nie wszystkie spełniają wymagania SIWZ. Nie przedstawił żadnej argumentacji celem wyjaśnienia, co w jego ocenie należy traktować jako model urządzenia, a co jako jego wersję, rodzinę, generację. Okoliczność, że sam Odwołujący oznaczył oferowane urządzenia przy użyciu tzw. part number-ów nie świadczy o tym, że innego rodzaju opisanie oferowanych produktów będzie błędne i niewystarczające do zidentyfikowania przedmiotu oferty. Skoro Odwołujący powoływał się na takie okoliczności, to zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp był zobowiązany wskazać dowody dla stwierdzenia tych faktów, czemu - w ocenie Izby - nie sprostał. Dowody złożone przez Odwołującego w tym zakresie (wydruki testów wydajnościowych) poza stroną tytułową nie zostały przetłumaczone, a w zakresie wskazywanym przez Odwołującego na rozprawie nie potwierdzają jego argumentacji co do braku możliwości zidentyfikowania przedmiotu oferty Przystępującego. Tymczasem zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący przedstawili korespondencję z firmą Fujitsu, która potwierdziła, że zastosowane przez Przystępującego oznaczenie w sposób jednoznaczny identyfikuje model serwera. Mając zaś na względzie, że Zamawiający nie wymagał wskazania precyzyjnych danych konfiguracyjnych serwera, nie można w tym zakresie czynić zarzutu Przystępującemu.

W zakresie odnoszącym się do przełączników typu G Izba miała na względzie, iż Odwołujący w treści odwołania zakwestionował wyłącznie brak podania przez Przystępującego w Formularzu rzeczowo - cenowym marki przełącznika. Jednakże Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, że na rynku pod takim właśnie oznaczeniem, jakie podał Przystępujący (40 GBE CONNECTION BLADE 18/8+2) funkcjonują przełączniki tylko jednego producenta - Fujitsu. Odwołujący nie przedstawił także dowodów, które wskazywałyby na istnienie urządzeń innego producenta oferowanych pod takim samym oznaczeniem, wręcz przeciwnie - dokumenty przez niego złożone na rozprawie wskazują, że producentem urządzeń jest firma Fujitsu. Brak było także podstaw do podważenia wiarygodności dowodów złożonych w tym zakresie przez Zamawiającego i Przystępującego (wydruki korespondencji mailowej z firmą Fujitsu), które potwierdzały, iż oznaczenie wskazane przez Przystępującego w Formularzu rzeczowo - cenowym jednoznacznie wskazuje na konkretny model przełącznika sieciowego. W konsekwencji w ocenie Izby wskazane przez Przystępującego oznaczenie oferowanego przełącznika typu G pozwalało na jego jednoznaczną identyfikację, w tym na identyfikację jego producenta, zatem brak podania w Formularzu marki w tym przypadku miał charakter wyłącznie formalny i nie świadczył o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Ponadto za spóźnioną należy uznać argumentację przedstawianą przez Odwołującego na rozprawie o braku podania przez Przystępującego modelu przełącznika typu G oraz możliwości zaoferowania innego urządzenia o tych samych parametrach, co wskazane przez Przystępującego. Argumentacja taka nie była przedmiotem odwołania, a jedynym zastrzeżeniem co do oferty Przystępującego w zakresie przełącznika typu G był brak określenia marki urządzenia. Izba wskazuje, iż podstawą zarzutu jest nie tylko przywoływana podstawa prawna, ale również konkretna i precyzyjna podstawa faktyczna. Jak wskazuje się w orzecznictwie, norma wyrażona w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18). W konsekwencji także dowody składane na tę okoliczność przez Odwołującego nie mogły zostać przez Izbę wzięte pod uwagę. Dodatkowo, na co już wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, dokument stanowiący wydruk ze strony został złożony przez Odwołującego wyłącznie w języku angielskim.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do modułów komunikacyjnych (wiersze 9-13 Formularza rzeczowo-cenowego). Twierdzenia, iż taki opis modułów komunikacyjnych, jaki zawarł Przystępujący w swojej ofercie nie pozwala na identyfikację oferowanego urządzenia nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie. Zauważyć trzeba, że Przystępujący przedstawił szczegółowy opis oferowanych modułów komunikacyjnych, wskazując wprost nazewnictwo odpowiadające nomenklaturze stosowanej przez ich producenta (w tym wypadku Huawei Technologies Co. Ltd.). Niczym nie poparte jest zatem stanowisko Odwołującego jakoby Przystępujący nie wskazał modelu urządzeń.

Z kolei okoliczność, iż Przystępujący wprost nie wskazał producenta urządzeń nie przesądza o wadliwości oferty, a to z tego względu, że po przedstawionym w Formularzu rzeczowo - cenowym oznaczeniu identyfikacja producenta modułów komunikacyjnych nie powodowała żadnych wątpliwości. Odwołujący całkowicie pominął okoliczność, na którą zwracał uwagę w trakcie rozprawy Zamawiający, iż moduły komunikacyjne miały pochodzić od tego samego producenta co przełączniki. Wskazać należy tutaj na pkt 6 ppkt 1-3 Informacji wstępnej Opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający wprost podał, iż: „1) Przełączniki typu A, B, C, D, moduły komunikacyjne tabela 9 i 10 oraz system administrowania siecią LAN muszą pochodzić od tego samego producenta [...]; 2) Przełączniki typ E, F oraz moduły komunikacyjne muszą pochodzić od tego samego producenta; 3) Przełączniki typu G i H, które są doposażeniem istniejącej infrastruktury mogą pochodzić od różnych producentów.” Dla przełączników typ A-F Przystępujący wskazał zaś w Formularzu rzeczowo-cenowym jako producenta firmę Huawei.

Za Zamawiającym należy także wskazać, że Przystępujący wraz z ofertą złożył dokumentację techniczną przełącznika typu A-C producenta Huawei, która w swej treści zawierała opis modułów komunikacyjnych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił szczegółowe informacje, gdzie w tej dokumentacji znajduje się opis poszczególnych modułów komunikacyjnych zaoferowanych przez Przystępującego, a nomenklatura przedstawiona w dokumentacji odpowiadała dokładnie nomenklaturze użytej przez Przystępującego w wierszach 9-13 Formularza rzeczowo - cenowego. Izba za wiarygodne uznała twierdzenia Zamawiającego, że sposób oznaczenia marki i modelu modułów komunikacyjnych poprzez wskazanie opisu produktu wynikającego z nazewnictwa przyjętego przez producenta jednoznacznie identyfikował moduły zaoferowane przez Przystępującego. Nie można bowiem tracić z oczu okoliczności, że dla podmiotów profesjonalnych funkcjonujących na rynku IT już samo podanie opisu produktu zgodnego z nomenklaturą stosowaną przez jego producenta może identyfikować tego producenta czy markę produktu.

Odwołujący nie przedstawił kontrargumentacji, która pozwalałaby poddać w wątpliwość twierdzenia Zamawiającego. Dowody złożone przez Przystępującego nie potwierdzały, że użyty przez Przystępującego w Formularzu rzeczowo - cenowym opis modułów

komunikacyjnych mógł wskazywać na urządzenie innego producenta. Przedstawione wydruki korespondencji mailowej z firmami Cisco i Salumanus potwierdzają jedynie okoliczność, iż przy użyciu takiego opisu, jaki wskazał Przystępujący w ofercie, inni producenci są w stanie zidentyfikować o jaki produkt chodzi i zaproponować swój odpowiedni produkt o zbieżnych parametrach, o innym jednakże oznaczeniu - każdy producent stosuje bowiem własną nomenklaturę. Wskazuje na to już chociażby sama treść pytania, jakie skierował Odwołujący do firmy Cisco („Czy na podstawie takich danych możesz zaproponować rozwiązanie na bazie produktów Ciaco?") oraz udzielona odpowiedź („Odpowiadające wkładki w naszej ofercie będą to: [...]"). Również żadne ze wskazanych w tej korespondencji i załącznikach (ofertach cenowych) urządzeń odpowiadających modułom zaoferowanym przez Przystępującego nie zostało oznaczone w ten sam sposób, w jaki opisał je Przystępujący, co potwierdza stanowisko Zamawiającego, że takie właśnie oznaczenie pozwalało na jednoznaczne zidentyfikowanie, że są to produkty Huawei (wskazywała na to nomenklatura). Również nazwa urządzeń użyta w nagłówkach wydruków ze strony (złożonych, jak już sygnalizowano, wyłącznie w języku angielskim) nie jest zbieżna z tą wskazaną przez Przystępującego w Formularzu rzeczowo - cenowym.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 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), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....