Sygn. akt: KIO 1732/21

WYROK
z dnia 23 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 r. przez wykonawcę NTS Polska S.Az siedzibą w Warszawie przy ul. Kazimierza Odnowiciela 14 (02-496 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnikę Koszalińską z siedzibą
w Koszalinie przy ul. Śniadeckich 2 (75-453 Koszalin)

przy udziale wykonawcy Emtel System Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Promienistej 11 (60-288 Poznań), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę NTS Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od wykonawcy NTS Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Politechniki Koszalińskiej kwotę w wysokości 4 474 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1732/21

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

Politechnika Koszalińska zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dostawa wraz z instalacją systemu kontroli dostępu i monitoringu wizyjnego dla Politechniki Koszalińskiej,* o numerze 4/PNOG/SZP-3/2021, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 marca 2021 r., pod numerem 2021/S 048-120220.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 7 czerwca 2021 r. wykonawca NTS Polska S.A.z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności polegających na:
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Emtel System sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej: „Emtel System”) z postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten złożył ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- niezgodnym z Pzp wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Emtel System, którego oferta podlega odrzuceniu;
- niezasadnym odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego z postępowania, pomimo tego, że oferta spełnia wszelkie wymagania określonego w warunkach zamówienia, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Emtel System z postępowania, w związku ze złożeniem przez tego wykonawcę oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj.:
a) zaoferowanie sprzedaży przez Emtel System licencji Licencja Win Server Datc LSA – Microsoft Windows Datacente 2019 – kpl. które mogą zostać zbyte na rzecz jednostek akademicki bezpośrednio przez uprawnione podmioty (partnerzy Microsoft), do których nie należy Emtel System;
b) brak zaoferowania licencji dla konektora ICMP, konektora OAP, konektora ProfiBUS., konektora MBUS, konektora BACnet – podczas, gdy zamawiający wymagał zaimplementowania sterowników dla monitoringu przy pomocy otwartych protokołów takich jak: ICMP, SNMP (TRAP, GET), OAP, MODBUS, OPC;
2) art.226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego podczas, gdy oferta odwołującego spełnia wszelkie warunki określone w specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”), w tym w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia;
3) art. 224 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia elementów składowych oraz kalkulacji ceny oferty w sytuacji, gdy cena jego oferty budziła wątpliwości zamawiającego i na tej podstawie dokonanie odrzucenia oferty bez przeprowadzenia procedury wyjaśnienia zaoferowanej przez odwołującego ceny oferty.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:
- merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania;
- unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty Emtel System jako najkorzystniejszej;
- nakazanie odrzucenia oferty Emtel System;

- przeprowadzenie ponownej oceny ofert i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, ponieważ jego oferta jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu. Uznanie czynności zamawiającego o odrzuceniu jego oferty za niezasadną oznacza, że oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą bez względu na pozostałe zarzuty dotyczące oferty Emtel System. W ocenie odwołującego rieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Emtel System spowoduje poniesienie przez odwołującego szkody. Ponadto odwołujący stwierdził, że utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi dla niego oczywistą szkodę uzasadniającą złożenie niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu dla zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania, odwołujący wskazał, że Emtel System w swojej ofercie zaoferował zamawiającemu następujące oprogramowanie Microsoft (lit. C pisma z dnia 8 kwietnia 2021 r.):
- Licencja Win Server Datc LSA - Microsoft Windows Datacenter 2019 – kpl.
Zdaniem odwołującego przedstawiona licencja stanowi typ licencji, którą może zakupić jedynie bezpośrednio sama uczelnia (zamawiający). Tym samym, nie może tego dokonać Emtel System, ale partner firmy Microsoft. Jest to specjalizowany model licencyjny dostępny jedynie dla uczelni. Zatem, wykonawca Emtel System zaoferował „sprzedaż" licencji co do których nie posiada jakichkolwiek praw (uprawnień).
Ponadto, zamawiający w pytaniach i odpowiedziach do SWZ napisał:
„Dodatkowe licencje na system operacyjny muszą umożliwiać migrację VMs pomiędzy serwerami (węzłami) klastra. W przypadku systemu operacyjnego Microsoft Windows Server 2019 Zamawiający wymaga dostarczenia odpowiedniej liczby licencji Microsoft Windows Server Datacenter 2019 wraz z Microsoft Software Assurance dla 128 rdzeni (core) – licencje oparte o umowę Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) dla jednostek akademickich."
W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że licencje MPSA można zakupić tylko bezpośrednio od autoryzowanego partnera. Lista partnerów pod linkiem poniżej:
https://www.microsoft.com/pl-pl/dlapartnerow/kontakty-dystrybucja.aspx (zakładka LSP)
Na powyższej liście partnerów nie znajduje się wykonawca Emtel System. Oznacza to, że wykonanie zamówienia przez tego wykonawcę jest niemożliwe, tym samym złożona oferta nie spełnia wymagań zamawiającego i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.
Jako drugą podstawę odrzucenia oferty wykonawcy Emtel System odwołujący wskazał, że zamawiający w SWZ (str. 52) w poz. 16 wymagał następujących funkcjonalności:
Zaimplementowane sterowniki dla monitoringu przy pomocy otwartych protokołów takich jak: ICMP, SNMP (TRAP, GET), OAP, MODBUS, OPC".
Wykonawca spełniając ww. wymaganie zobowiązany był do zaoferowania odpowiednich licencji. Wykonawca Emtel System w zestawieniu oprogramowania (pismo z dnia 8 kwietnia 2021 r.) wskazał następujące licencje dla powyższej funkcjonalności:
Oprogramowanie Emtel-System:
- LIC-TL-PLATFORM — Platforma integracyjna Techlink - 1 licencja;
- LIC-TS-BUTTON-KON– przyciski wirtualne konektor – 1 licencja;
- LIC-TS-OPC-KON– OPC konektor – 1 licencja;
- LIC-TS-Modbus-KON– modbus konektor – 1 licencja;
- LIC-TS-SNMP-KON– SNMP konektor – 1 licencja;
- LIC-TS-AVI-KON– Avigilon konektor – 1 licencja;
- LIC-TLB-GSM– licencja bazowa Techlink Bridge GSM – 1 licencja;
- LIC-TLM-10– licencja na aplikację Techlink Mobile – 1 licencja na 10 urządzeń;
- LIC-SNS– licencja na czujniki środowiskowe – 3 licencje.
W ocenie odwołującego powyższe zaoferowane przez Emtel System rozwiązanie wskazuje na następujące okoliczności, tj.:
- brak konektora ICMP;
- brak konektora OAP;
- brak konektora ProfiBUS;
- brak konektora MBUS;
- brak konektora BACnet.
W tym kontekście odwołujący wyjaśnił że skazany w wybranej ofercie produkt Techlink, nie jest wspierany przez Avigilon i nie znajduje się na oficjalnej liście produktów integrowanych z produktami Avigilon. VMS: https://www.avigilon.com/support/software/integrations/
Kontrola dostępu: https://www.avigilon.com/support/access-control/acm-integrations/
Dodatkowo, wybrane rozwiązanie nie oferuje takiego spektrum funkcjonalności jak integracja oferowana w ramach standardowych funkcjonalności przez firmę Avigilon. Nie ma żadnego uzasadnienia funkcjonalno-użytkowego, celem stosowania rozwiązań firm trzecich do integracji dwóch w pełni zintegrowanych rozwiązań przez samego producenta.
W dalszej części uzasadnienia odwołujący odniósł się do wszystkich trzech podstaw odrzucenia jego oferty.
Jeśli chodzi o pierwszą podstawę odrzucenia oznaczoną lit. a) odwołujący w całości zakwestionował podstawę odrzucenia oferty i wskazał, że w postanowieniach SWZ dla przedmiotowego postępowania zamawiający nie określił ile i jakie licencje posiada na system VMware vsphere 7 (na ile procesorów). Ponieważ zmawiający wymaga zaawansowanej analityki dla systemu CCTV, co wymaga odpowiednich zasobów sprzętowych, wykonawca zaplanował dostarczenie jednej licencji „VS7-STD-A - Academic VMware vSphere 7 Standard for 1 processor + VS7-STD-G-SSS-A Academi Basic Support/Subscription for VMware vSphere 7 Standard for 1 processor for 1 year", która ma być dedykowaną licencją dla środowiska wirtualnego dla oferowanego system CCTV. W ramach oferowanej licencji na oprogramowanie „ACC7-ENT Avigilon" w pozycji „CCTV - Licencja systemowa dla kamer (w tym np. detekcja maski na twarzy, nielimitowana ilość reguł wyzwalających)." wykonawca zapewnia całe środowisko wymagane do uruchomienia oprogramowania ACC7-ENT Avigilon, w tym wypadku jest to środowisko Microsoft Windows z licencją umożlwiającą migrację VMs pomiędzy hostami klastra. Odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez niego rozwiązanie spełnia określony przez zamawiającego warunek jako CCTV licencja na system do instalacji w klastrze wirtualizacyjnym Vmware vsphere 7 zamawiającego umożliwiająca grupowanie urządzeń w minimum 10 wydzielonych instancjach (VMs), dostęp nielimitowanej liczby użytkowników do każdej instancji.

Ponadto, nawet gdyby uznać (całkowicie hipotetycznie), że oferowane licencja jest zbędna to nie można tym samym uznać, że rozwiązanie odwołującego jest niezgodne z warunkami zamówienia.
W zakresie drugą podstawę opisaną w uzasadnieniu lit. b) odwołujący wyjaśnił, że zamawiający nie wykazał by oferta odwołującego nie zawierała wymaganych licencji. Przeciwnie zamawiający w treści uzasadnienia potwierdza, że są to jedynie jego przypuszczenia (domysły), które nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Zamawiający bowiem wskazał, że „Zamawiający bazując na ogólnodostępnych cennikach produktów Microsoft, a także dokonując wyceny u jednego z autoryzowanych dystrybutorów Microsoft domniemuje, że oferta Wykonawcy może być niedoszacowana". W tym zakresie odwołujący podniósł, że ciężar dowodu w przypadku odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym. Innymi słowy zamawiający zobowiązany jest wykazać z jakich powodów decyduje się na odrzucenie określonej oferty. W tym zakresie niedopuszczalnym jest posługiwanie się przypuszczeniami, domysłami, hipotezami itp. przez zamawiającego. W związku z tym, już choćby z tej przyczyny niniejszy zarzut odwołania należy uznać za uzasadniony. Nadto, odwołujący podnosi, że na etapie postępowania odwoławczego przed KIO niemożliwe jest uzasadnienie zarzutu odrzucenia oferty. Działanie takie należy uznać za spóźnione i niezgodne z przepisami Pzp. Nadto, odwołujący podał, że zamawiający wskazał w swym uzasadnieniu, że uważa ten element oferty za niedoszacowany. Stanowisko takie było dla odwołującego zdumiewające w świetle normy prawnej zawartej w przepisie art. 224 Pzp. Zamawiający bowiem zaniechał wezwania odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
Jeśli chodzi o trzecią podstawę odrzucenia oznaczoną lit. c) odwołujący zakwestionował zarzut zamawiającego co do braku zaoferowania licencji platformy integracyjnej. Zgodnie z wymaganiami SWZ zamawiający zamierzał dokonać integracji w ramach dostępnych funkcjonalności systemu Avigilon. W związku z tym brak jest uzasadnionych potrzeb do stosowania oprogramowania trzeciego – które nie jest wspierane oficjalnie przez firmę Avigilon do integracji dwóch integralnych systemów (kontroli dostępu i telewizji przemysłowej) jednego producenta. Odwołujący podkreślił, że zaoferowane przez niego rozwiązanie pozwala na wymaganą przez zamawiającego integrację bez stosowania dodatkowego oprogramowania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Emtel System Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu.

Zamawiający w dniu 20 lipca 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podał argumentację dla powyższego wniosku oraz załączył do niej dowody, które w jego ocenie miały potwierdzić prawidłowość podjętych czynności.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie także w dniu 20 lipca 2021 r. przesłał do akt sprawy pismo procesowe wraz z załącznikami, którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, podając uzasadnienie dla przedmiotowego wniosku.

Na rozprawie w dniu 21 lipca 2021 r. odwołujący złożył na piśmie uzupełniające stanowisko procesowe, w którym wskazał dodatkowe uwagi wobec powodów odrzucenia jego oferty dotyczących pozycji CCTV i KD, licencji Microsoft oraz platformy integracyjnej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izbastwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Emtel System Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 23 czerwca 2021 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ") wraz z załącznikami;
- wyjaśnienia do treści SWZ z dnia 19 marca 2021 r.;
- ofertę złożoną przez odwołującego (w tym przede wszystkim wypełniony formularz cenowy);
- ofertę złożoną przez przystępującego (w tym przede wszystkim wypełniony formularz cenowy i JEDZ);
- wyjaśnienia z dnia 15 kwietnia 2021 r. udzielone przez przystępujacego;
- wezwanie z dnia 14 kwietnia 2021 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 20 kwietnia 2021 r. złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 28 maja 2021 r.;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 maja 2021 r.;
2)załączone do odpowiedzi na odwołanie:
- pismo z dnia 19 lipca 2021 r. skierowane od T-Systems Polska Sp. z o.o. do zamawiającego;
- pismo z dnia 20 maja 2021 r. skierowane przez zamawiającego do przedstawiciela firmy Avigilon;
- wydruk korespondencji mailowej dnia 24 maja 2021 r. skierowanej w odpowiedzi na powyżej wskazane pismo do zamawiającego;
3)załączone do pismo procesowego przystępującego:
- pismo z dnia 16 lipca 2021 r. skierowane od T-Systems Polska Sp. z o.o. do przystępującego wraz z załącznikiem;
- wydruk ze strony internetowej (zakładka LSP);
- certyfikat autoryzacji z dnia 5 stycznia 2021 r. przyznany przystępującemu przez Avigilon;
4)złożony przez odwołującego na rozprawie wydruk korespondencji mailowej z dnia 21 lipca 201 r. prowadzonej przez

odwołującego z przedstawicielem firmy APN Promise.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z częścią XXII Wymagania dotyczące instalacji poz. 2 i 3 załącznika nr 2 do SWZ pn. formularz cenowy:
2. Jeżeli system monitoringu wizyjnego i kontroli dostępu nie jest gotowym Virtual Appliance (VA) do uruchomienia w środowisku wirtualnym, to wykonawca musi dostarczyć dodatkowe licencje na system operacyjny umożliwiający instalację dowolnej ilości wirtualnych maszyn z tym systemem operacyjnym (VM) na każdym hoście (węźle) klastra VMware. Zamawiający nie dopuszcza zagnieżdżonej wirtualizacji. Wykonawca musi również dostarczyć inne wymagane licencje np. licencje na płatny system bazodanowy. Licencje na te systemy muszą umożliwiać pracę na minimum 4 CPU i 32 rdzeniach klastra.
3. Licencja musi umożliwiać migrację VMs pomiędzy hostami klastra. W przypadku systemu operacyjnego Microsoft Windows Server 2019 zamawiający wymaga dostarczenia odpowiedniej liczby licencji Microsoft Windows Datacenter 2019 wraz z Microsoft Software Assurance dla 128 rdzeni opartych na umowie Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) dla jednostek akademickich.
W przypadku innego systemu operacyjnego Zamawiający wymaga dostarczenia odpowiedniej liczby licencji, aby możliwe było uruchomienie i migrowanie nielimitowanej ilości VMs na dowolnych hostach (węzłach) klastra (8 CPU i 128 rdzeni, 4 hosty).
W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 19 marca 2021 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie 5 wskazał:
Zamawiający w rozdziale XXII załącznika nr 2 opisał swoje zasoby sprzętowe. Opisał również inne wymagane dodatkowe licencje, których nie posiada:
(…)
c. Dodatkowe licencje na system operacyjny muszą umożliwiać migrację VMs pomiędzy serwerami (węzłami) klastra. W przypadku systemu operacyjnego Microsoft Windows Server 2019 Zamawiający wymaga dostarczenia odpowiedniej liczby licencji Microsoft Windows Server Datacenter 2019 wraz z Microsoft Software Assurance dla 128 rdzeni (core) – licencje oparte o umowę Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) dla jednostek akademickich.
W przypadku innego systemu operacyjnego Zamawiający wymaga dostarczenia odpowiedniej liczby licencji, aby możliwe było uruchomienie i migrowanie nielimitowanej ilości VMs na dowolnych serwerach (węzłach) klastra (8 CPU, 128 rdzeni).
Przystępujący w złożonym wraz z ofertą formularzu cenowym w ostatniej tabeli w części dotyczącej etapu I w ostatnim wierszu dotyczącym innych wymaganych licencji wskazał m. in. Win. Server Datcr Core 2 LSA. Ponadto przystępujący w złożonym JEDZ w części II lit. D zaznaczył TAK w odpowiedzi na pytanie *Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiejkolwiek części zamówienia?* Jako podwykonawcę w tej sekcji przystępujący wskazał T-Systems Polska Sp. z o.o.
Dodatkowo przystępujący w odpowiedzi z dnia 15 kwietnia 2021 r. wyjaśnił, że:
3. Potwierdzamy ,że oferowana jest przez nas licencja: Microsoft Windows Datacenter 2019 wraz z Microsoft Software Assurance dla 128 rdzeni na umowie Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) dla jednostek akademickich.
Odwołujący natomiast w złożonym wraz z ofertą formularzu cenowym nie wskazał informacji dotyczącej licencji Microsoft lub działania oferowanego oprogramowania w tym środowisku (Microsoft Windows).
Zgodnie z częścią XX Wymagania na funkcjonalność integracyjną (wizualizacyjno-monitorującą) poz. 16 i 23 załącznika nr 2 do SWZ pn. formularz cenowy:
16. Zaimplementowane sterowniki dla monitoringu przy pomocy otwartych protokołów takich jak: ICMP, SNMP (TRAP, GET), OAP, MODBUS, OPC.
23. Możliwość integracji z automatyką przemysłową z wykorzystaniem protokołów ProfiBUS, ProfiNET, MODbus, MBUS BACnet, protokołu czasu rzeczywistego PowerLink Ethernet.
Pismem z dnia 14 kwietnia 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. W przedmiotowym wezwaniu wskazał m. in.:
1) W kalkulacji cenowej formularza cenowego dla etapu I Zamawiający wymagał zaproponowania licencji na system CCTV do instalacji w klastrze wirtualizacyjnym VMware vsphere 7 zamawiającego umożliwiająca grupowanie urządzeń w minimum 10 wydzielonych instancjach (VMs), dostęp nielimitowanej liczby użytkowników do każdej instancji. Wykonawca podał nazwę zaproponowanej licencji "VMware vsphere 7". Zaproponowane oprogramowanie VMware vsphere 7 jest oprogramowaniem do wirtualizacji fizycznych serwerów. Prosimy o wyjaśnienie w jak sposób zaproponowane oprogramowanie ma spełnić wymagania Zmawiającego opisane w SWZ.
2) W kalkulacji cenowej formularza cenowego dla etapu I Zamawiający wymagał zaproponowania licencji na system KD do instalacji w klastrze wirtualizacyjnym VMware vsphere 7 zamawiającego, dostęp dla 50 jednoczesnych użytkowników (operatorów). Wykonawca podał nazwę zaproponowanej licencji "VMware vsphere 7". Zaproponowaneoprogramowanie VMware vsphere 7 jest oprogramowaniem do wirtualizacji fizycznych serwerów. Prosimy o wyjaśnienie w jak sposób zaproponowane oprogramowanie ma spełnić wymagania Zmawiającego opisane w SWZ.
W odpowiedzi na powyżej zacytowane zagadnienia odwołujący pismem z dnia 20 kwietnia 2021 r. wyjaśnił:
1) W pierwszej kolejności wykonawca wskazuje, że w postanowieniach Specyfikacji Warunków Zamówienia dla przedmiotowego postępowania Zmawiający nie określił ile i jakich licencji posiada na system VMware vsphere 7 (na ile procesorów).
Ponieważ zmawiający wymaga zaawansowanej analityki dla systemu CCTV, co wymaga odpowiednich zasobów sprzętowych, Wykonawca zaplanował dostarczenie jednej licencji „VS7-STD-A - Academic VMware vSphere 7 Standard for 1 processor + VS7-STD-G-SSS-A Academic Basic Support/Subscription for VMware vSphere 7 Standard for processor for 1 year", która ma być dedykowaną licencją dla środowiska virtualnego dla oferowanego system CCTV.
W ramach oferowanej licencji na oprogramowanie „ACC7-ENT Avigilon" w pozycji "CCTV - Licencja systemowa dla kamer (w tym np. detekcja maski na twarzy, nielimitowana ilość reguł wyzwalających)." wykonawca zapewnia całe środowisko wymagane do uruchomienia oprogramowania ACC7-ENT Avigilon, w tym wypadku jest to środowisko Microsoft Windows z licencją umożliwiającą migrację VMs pomiędzy hostami klastra.
Jednocześnie wykonawca potwierdza, że zaoferowane w ofercie rozwiązanie spełnia określony przez zamawiającego warunek jako „CCTV licencja na system do instalacji w klastrze wirtualizacyjnym Vmware vsphere 7 zamawiającego umożliwiająca grupowanie urządzeń w minimum 10 wydzielonych instancjach (VMs), dostęp nielimitowanej liczby użytkowników do każdej instancji.
2) W treści SWZ zamawiający wskazał: „KD – licencja na system do instalacji w klastrze wirtualizacyjnym VMware vsphere 7 zamawiającego, dostęp dla 50 jednoczesnych użytkowników (operatorów)." – poz. 4 tabeli str. 56.

W tym zakresie wykonawca ponownie podnosi, że zamawiający nie podał szczegółowych informacji, np. nie określił ile i jakich licencji posiada na system VMware vsphere 7 (na ile procesorów). W związku z tym, wykonawca zaoferował w ramach złożonej oferty nową licencję VMware vsphere 7 pod system ACC7-ENT Avigilon Virtual.
Pełna nawa licencji to:
„VS7-STD-A - Academic VMware vSphere 7 Standard for 1 processor + VS7-STD-G-SSS-A Academic Bas Support/Subscription for VMware vSphere 7 Standard for 1 processor for 1 year"
Ponadto odwołujący zamieścił w wyjaśnieniach tabelę urządzeń zgodną z tabelą zawartą w SWZ z wyraźnym podziałem producenta oraz modeli oferowanych urządzeń czy licencji. W przedmiotowej tabeli odwołujący wskazał m. in. *środowisko Microsoft Windows z licencją umożliwiającą migrację VMs pomiędzy hostami klastra.*
Zgodnie z zawiadomieniem z dnia 28 maja 2021 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp uznając, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia. W przedmiotowym zawiadomienie zamawiający podał trzy szczegółowe powody odrzucenia oferty odwołującego:
I. Zamawiający wskazał, że odwołującyw ofercie – formularzu cenowym i piśmie wyjaśniającym zaproponował licencję VMware vshpere 7i po przedstawieniu szczegółowego stanowiska stwierdził, że ww. licencja nie spełnia wymagań opisanych w SWZ;
II. Zamawiający uznał, że odwołującyw ofercie – formularzu cenowym nie zaproponował żadnych licencji firmy Microsoft, w piśmie wyjaśniającym dopisał licencje Microsoft Windows;
III. Zamawiający uznał, że odwołujący w ofercie – formularzu cenowym i piśmie wyjaśniającym nie zaproponował żadnych licencji platformy integracyjnej.
Kolejnym zawiadomieniem z dnia 28 maja 2021 r. zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę przystępujacego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*;
- art. 224 Pzp – *1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:
1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
7. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Jeśli chodzi o zarzut podniesiony w pkt 1 lit. a *petitum* odwołania skład orzekający, za decydujące dla jego rozstrzygnięcia, przyjął dowody złożone przez zamawiającego i przystępującego, tj. pisma odpowiednio z dnia 19 i 16 lipca 2021 r. zwierające stanowisko T-Systems Sp. z o.o., który został wskazany przez przystępujacego w złożonym JEDZ jako podwykonawca. Stanowiska te były w swojej treści dość zbliżone. T-Systems Polska Sp. z o.o. poinformował w nich w pierwszej kolejności, że jest autoryzowanym partnerem firmy Microsoft i posiada wszelkie uprawnienia do zakupu i sprzedaży licencji Microsoft w ramach licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA). Ponadto w piśmie złożonym przez zamawiającego ww. podmiot wskazał, że wykonawca, który nie posiada odpowiedniej autoryzacji do zakupu licencji w ramach licencjonowania grupowego MPSA może zwrócić się do podmiotów uprawnionych, posiadających autoryzację LSP i nabyć licencje wymagane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo stwierdził, że wymóg *postawiony przez zamawiającego dotyczący zakupu licencji MPSA nie stanowi bariery do złożenia oferty przez formę bez statusu LSP. Praktyką na rynku jest wskazanie*

uprawnionego podmiotu z autoryzacją LPS jako podwykonawcę, który może zakupić odpowiednie licencje.
Skład orzekający doszedł do przekonania, że bezsporne były wymagania zamawiającego odnośnie licencji określone w cytowanych powyżej fragmentach dokumentacji (część XXII pkt 2 i 3 formularza cenowego oraz lit. c odpowiedzi na pytanie nr 5 z wyjaśnień treści SWZ z dnia 19 marca 2021 r.), model zaoferowanej licencji Microsoft przez przystępujacego oraz posiadanie przez T-Systems Polska Sp. z o.o. statusu autoryzowanego partnera Microsoftu w zakresie licencji MPSA. W związku z tym Izba nie znalazła powodów do kwestionowania stanowiska T-Systems Polska Sp. z o.o., który z pewnością będąc świadom konsekwencji biznesowych wynikających ze swojego oświadczenia przekazał stanowisko, które nie pozostawiało wątpliwości. Stanowisko to w ocenie składu orzekającego miało jednoznaczną treść i zostało wydane w indywidulanej sprawie dotyczącej okoliczności przedmiotowego postępowania, na co wskazuje podanie tytułu i numeru tego postępowania oraz określenie zamawiającego zawarte w jego treści.
Powyżej wskazanego stwierdzenia nie podważył dowód złożony na rozprawie przez odwołującego w postaci wydruku korespondencji mailowej z dnia 21 lipca 201 r. prowadzonej przez odwołującego z przedstawicielem firmy APN Promise. Po pierwsze złożony dokument miał charakter wydruku z korespondencji pochodzącej z poczty elektronicznej, natomiast dowody złożone przez zamawiającego i przystępujacego miały charakter oficjalnych stanowisk. Po drugie dowód złożony przez odwołującego był *de facto* na bieżąco tj. w trakcie rozprawy przygotowanym potwierdzeniem jego stanowiska, a odwołujący w wypowiedzi ustnej na rozprawie uzupełniał jego treść przez wskazanie, że założenie wynikające z tego dowodu dotyczy także licencji oznaczonej jako EDU. Po trzecie odwołujący chcąc zakwestionować dowody złożone przez zamawiającego i przystępujacego powinien przywołać konkretne postanowienia licencyjne firmy Microsoft, które potwierdziłyby jego argumentację albo złożyć stanowisko tego podmiotu w przedmiotowym zakresie, a tego nie uczynił.
W związku z powyższym Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut się nie potwierdził.
W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 1 lit. b *petitum* odwołania Izba uznała, że zamawiający nie określił szczegółowo, ani nie zdefiniował co rozumiał pod stwierdzeniem *zaimplementowane sterowniki dla monitoringu*. Twierdzenie odwołującego wskazujące, że spełniając wymaganie z części XX poz. 16 formularza cenowego, wykonawca zobowiązany był do zaoferowania odpowiednich licencji, skład orzekający potraktował jako nadinterpretację postanowień SWZ.
Ponadto wobec dość ogólnikowej argumentacji odwołującego w tym zakresie Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania stanowiska przystępującego, który wskazał, że w swojej ofercie uwzględnił wszystkie licencje, które pozwalają na prawidłowe i zgodne z SWZ funkcjonowanie systemu. Skład orzekający uznał, że zamawiający nie wymagał dostarczenia licencji do wszystkich wymaganych sterowników, ponieważ jak stwierdził sam zamawiający na tym etapie planowania rozwoju systemu nie zamierza z nich wszystkich korzystać. Zamawiający przyznał, że stosownie do rozwoju i powstających w kolejnych latach potrzeb, będzie kupował licencje w liczbie niezbędnej do wprowadzanych funkcjonalności.
Odnosząc się do zastrzeżeń odwołującego o braku wspierania platformy Techlink (produkcji przystępujacego zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu) przez firmę Avigilon oraz faktu nieznajdowania się tego produktu na oficjalnej liście produktów integrowanych z produktami Avigilon, Izba wobec gołosłowności argumentacji odwołującego przyjęła za własne stanowisko przystępujacego, który wskazał, że jest autoryzowanym partnerem firmy Avigilon w zakresie instalacji, uruchomienia, serwisowania i konserwacji urządzeń CCTV IP, w tym oprogramowania ACC, systemu KD w tym oprogramowania ACM, na okoliczność czego przystępujący złożył dowód w postaci certyfikatu załączonego do pisma procesowego. W dalszej kolejności Izba za przystępującym przyjęła, że firma Avigilon, podobnie jak inni producenci, udostępnia m. in. SDK (Software Development Kit) dzięki czemu istnieje możliwość integracji z rozwiązaniami Avigilon oprogramowania firm trzecich. Stosowanie SDK do integracji nie wymaga jakiegokolwiek certyfikowania przez producenta. Dodatkowo jak słusznie zauważył przystępujący zamawiający w postępowaniu nie wymagał, aby oferowana platforma posiadała potwierdzenie producenta CCTV oraz KD o kompatybilności, a tym bardziej żeby była przez niego wspierana.
Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec oferty przystępujacego.
W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 *petitum* odwołania po raz kolejny należy stwierdzić, że zamawiający wskazał trzy powody odrzucenia oferty odwołującego. Powody te zostały w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 28 maja 2021 r. oznaczone pkt I, II i III, a w uzasadnieniu odwołania lit. a), b) i c) w ramach pkt III. W dalszej części stosowane będzie oznaczenie podane w zawiadomieniu z dnia 28 maja 2021 r.
Izba uznała, że dwa powody odrzucenia oferty odwołującego tj. oznaczone pkt I i III były niesłuszne, natomiast w zakresie okoliczności wskazanej w pkt II zamawiający postąpił prawidłowo i zasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

W odniesieniu do przyczyny odrzucenia oferty odwołującego podanej w pkt I skład orzekający doszedł do przekonania, że kluczowym argumentem dla uznania, że oferta odwołującego jest w tym zakresie niezgodna z warunkami zamówienia było zapytanie z dnia z dnia 20 maja 2021 r. skierowane przez zamawiającego do przedstawiciela firmy Avigilon oraz przede wszystkim odpowiedź udzielona przez przedstawiciela ww. podmiotu przekazana zamawiającemu w drodze korespondencji mailowej z dnia 24 maja 2021 r.
W pkt 1 pisma z dnia 20 maja 2021 r., dotyczącym systemu CCTV zamawiający opisując zdawkowo problem, poprosił o informację, czy wpisana przez odwołującego nazwa licencji tj. „VMware vsphere 7" spełnia funkcjonalności opisane dla systemu CCTV? W odpowiedzi na to pytanie przedstawiciel Aviglion potwierdził, że funkcjonalność oferowanego przez firmę Avigilon oprogramowania do zarządzania systemem CCTV jest zgodna z postawionymi w SWZ wymaganiami. Ponadto poinformował, że licencja VMware vsphere 7 nie jest licencją produkowaną przez firmę Aviglion, licencją właściwą dla systemu Aviglion, która spełnia minimalne wymagania postawione w zadaniu jest ACC7-ENT. Tymczasem odwołujący w złożonym w ramach oferty formularzu cenowym w pozycji CCTV – Licencja systemowa dla kamer (w tym np. detekcja maski na twarzy, nielimitowana ilość reguł wyzwalających) wyraźnie wskazał licencję ACC7-ENT, której producentem jest Aviglion. Kierując się przedmiotową odpowiedzią, której zamawiający przyznał szczególną moc dowodową i znaczenie dla rozstrzygnięcia Izba uznała, że odwołujący spełnił minimalne wymagania określone w SWZ w powyższym zakresie.
Podobnie w pkt 3 pisma z dnia 20 maja 2021 r., dotyczącym systemu KD zamawiający opisując po krótce zagadnienie, poprosił o informację, czy wpisana przez odwołującego nazwa licencji tj. „VMware vsphere 7" spełnia funkcjonalności opisane dla systemu KD? W odpowiedzi na to pytanie przedstawiciel Aviglion poinformował, że licencja VMware vsphere 7 nie jest licencją produkowaną przez firmę Aviglion. Następnie wskazał, że w przypadku systemu KD firma Aviglion oferuje dwa rodzaje serwerów do zarządzania systemem kontroli dostępu. Na fizycznych prekonfigurowanych maszynach lub w postaci gotowej maszyny wirtualnej w oparciu o Vmware Vsphere v6.5-7.0. Właściwą licencją dla maszyny wirtualnej zgodnie z kartą katalogową jest licencja AC-SW-64R-VM-6-P Access Control VirtualAppliance with 64 R. Tymczasem odwołujący w złożonym w ramach oferty formularzu cenowym w pozycji KD – licencja na zarządzanie

przejściami (czytnikami) wskazał licencje AC-SW-64R-VM-6-P oraz AGSW-LIC-16RCU-6-P, których producentem jest Aviglion. Kierując się przedmiotową odpowiedzią Izba uznała, że odwołujący spełnił minimalne wymagania określone w SWZ w tym zakresie.
Ponadto zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia odniósł się do wskazanej w wyjaśnieniach odwołującego z dnia 20 kwietnia 2021 r. licencji *VS7-STD-A - Academic VMware vSphere 7 Standard for 1 processor + VS7-STD-G-SSS-Academic Basic Support/Subscription for VMware vSphere 7 Standard for 1 processor for 1 year* uznając ją za niezgodną z wymaganiami SWZ. Skład orzekający w tym zakresie przyjął stanowisko odwołującego, który stwierdził, że skoro przez zaoferowane i wskazane w formularzu cenowym licencje odwołujący spełnił minimalne wymagania określone w SWZ odnośnie systemu CCTV i KD to przywołanie ww. licencji nie miało znaczenia dla zgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia.
W związku z tym Izba uznała, że zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę odwołującego z powodu wskazanego w pkt I zawiadomienia.
Jeśli chodzi o powód odrzucenia oferty odwołującego zaprezentowany w pkt II zawiadomienia skład orzekający stwierdził, że zamawiający na etapie opracowania SWZ nie mógł mieć wiedzy o rodzaju oprogramowania dla systemu CCTV i KD, które zostanie zaoferowane przez wykonawcę. W formularzu cenowym została przewidziana rubryka *Inne wymagane licencje (wypełnia oferent)*. Po złożeniu ofert, okazało się, że zarówno odwołujący jak i przystępujący zaoferowali system Aviglion. Odwołujący w formularzu cenowym w poz. 2 tabeli dla Etapu I zaproponował licencje dla kamer Avigilon ACC7-ENT w ilości 100 szt. Jak wskazał zamawiający w zawiadomieniu odrzucenia oferty odwołującego producent *oprogramowania Avigilon na swojej stronie WWW pod adresem URL: https://www.avigilon.com/products/acc/system-requirements publikuje informacje o wymaganiach na system operacyjny dla poszczególnych wersji oprogramowania: ACC Client Software, ACC Server Software. Dla oprogramowania ACC Server Software rekomenduje system operacyjny Microsoft Windows Server 2016. Wymóg z SWZ instalacji w klastrze wirtualizacyjnym Zamawiającego umożliwiający uruchomienie minimum 10 instancji (wirtualnych maszyn), migrację pomiędzy hostami klastra, a także zapewnienie legalności instalowanego oprogramowania systemowego Microsoft determinuje użycie tylko jednego rodzaju licencji tj. Microsoft Windows Server 2016/2019 w wersji DataCenter.* Tymczasem odwołujący w złożonym formularzu cenowym nie zaproponował żadnych licencji systemu operacyjnego Microsoft Windows zarówno w wersji tzw. desktop lub workstation i serwerowej. Dopiero przy okazji wyjaśnień z dnia 20 kwietnia 2021 r. odwołujący dokonał zmiany treści oferty dopisując w tabeli do licencji systemowych kamer *środowisko Microsoft Windows z licencją umożliwiającą migrację VMs pomiędzy hostami klastra*.
W toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 Pzp, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Art. 223 ust. 1 Pzp wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wobec oczywistego braku niezbędnej licencji w złożonej ofercie, zamawiający nie mógł uznać wyjaśnień odwołującego i przez to przyjąć, że jego oferta była w tym zakresie zgodna z warunkami zamówienia. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający słusznie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie okoliczności opisanej w pkt II zawiadomienia, stosując przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.
W przypadku ostatniej przyczyny odrzucenia oferty odwołującego podanej w zawiadomieniu, a dotyczącej platformy integracyjnej, Izba uznała, że dokonane odrzucenie na tej podstawie było co najmniej przedwczesne. Skład orzekający po pierwsze wziął pod uwagę, że zamawiający nie zwrócił się do odwołującego w tej kwestii z wnioskiem o złożenie wyjaśnień. Po drugie zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia z przedmiotowego powodu nie wskazał jakie funkcjonalności systemu nie miałyby zostać zrealizowane przez zaproponowane przez odwołującego połączenie sprzętowo-programowe.
Izba doszła do przekonania, że zamawiający powinien w przedmiotowym zakresie zwrócić się do odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień i dopiero po uzyskanych wyjaśnieniach podjąć decyzję, czy należy z tej przyczyny odrzucić ofertę odwołującego. Tym samym zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę odwołującego z powyżej wskazanego powodu.
Jednakże stwierdzone powyżej uchybienia zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania ponieważ oferta odwołującego i tak podlegała odrzuceniu, ze względu na okoliczności stwierdzone w pkt II zawiadomienia. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy, a mianowicie takiego, które wywarło wpływ lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Ponieważ względem odwołującego ziściły się podstawy do odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, wynik postępowania – pomimo uchybień zamawiającego w zakresie uzasadnienia czynności odrzucenia – nie może ulec zmianie, a zatem naruszenie przepisów Pzp przez zamawiającego w tym zakresie nie ma na ten wynik wpływu.
Ostatni zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczył naruszenia art. 224 Pzp. Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył ww. przepisu. Jedyną podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego podaną w zawiadomieniu z dnia 28 maja 2021 r. był przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Przywołany przez odwołującego fragment zawiadomienia wskazujący na domniemanie zamawiającego, że oferta odwołującego może być niedoszacowana na kwotę ponad 100 000,00 zł brutto tj. koszt zakupu licencji Microsoft Windows Server 2019 Data Center wraz z Microsoft Software Assurance dla 128 rdzeni opartych na umowie Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) dla jednostek akademickich, został zawarty w pkt 3 podsumowania zawiadomienia. Przy czym pkt 3 podsumowania rozpoczyna się od stwierdzenia, że odwołujący *w ofercie nie uwzględnił licencji systemu operacyjnego Microsoft Windows Server w wersji Data Center,* co wskazuje, że kwestionowany przez odwołującego fragment odnosił się do niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, a nie do ceny oferty odwołującego. W związku z tym Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu

pełnomocników na posiedzenie i rozprawę, na podstawie rachunków złożonych na rozprawie.

Przewodniczący:……