Sygn. akt KIO 3288/21

WYROK

z dnia 22 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2021r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2021 r. przez wykonawcę SBC Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających występujących wspólnie: Centrum Łukasiewicz oraz Sieć Badawcza

Łukasiewicz - Instytut Lotnictwa w Warszawie

przy udziale wykonawcy MONOLIT IT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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 : .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Łukasiewicz oraz Sieć Badawcza Łukasiewicz - Instytut Lotnictwa w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r. poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup

i wdrożenie urządzeń brzegowych do zbudowania sieci WAN dla Sieci Badawczej Łukasiewicz".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 sierpnia 2021r. pod numerem 2021/S 161-422624.

W dniu 8 listopada 2021r. wykonawca SBC sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez bezprawne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i odrzucenie oferty na tej podstawie, przez co Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez bezprawne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, który był objęty dodatkowymi funkcjonalnościami centralnego systemu zarządzania (ponad wymagane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia minimum), które były oceniane przez Zamawiającego w ramach pozacenowego kryterium oceny oferty o nazwie „Funkcje centralnego systemu zarządzania" z wagą 30%, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, mimo, że przedmiotowa oferta nie podlegała ocenie, a owe dodatkowe funkcjonalności nie mogły przesądzać o odrzuceniu oferty, lecz stanowiły jedynie możliwość uzyskania dodatkowych punktów w ramach jej oceny,

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez bezprawne uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co poskutkowało nieuprawnionym uznaniem Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzuceniem oferty Odwołującego na tej podstawie;

4. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez wybór oferty Monolit IT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej: „Przystępujący"), jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, w której to oferta Odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, przez co Zamawiający naruszył fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, z uwagi na jej zgodność z warunkami zamówienia oraz brak rażąco niskiej ceny;

3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp uznał, że niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia dotyczy trzech kwestii: 1) urządzeń z grupy nr 3 poz. 2, wskazanych w Tabelach Formularza ofertowego, 2) braku spełnienia dodatkowego wymagania w postaci braku ograniczeń licencyjnych dla połączeń użytkowników zdalnych (Remote Access VPN), 3) zapewnienia dodatkowych funkcjonalności dla Centralnego Systemu Zarządzania, w zakresie dotyczącym możliwości tworzenia nielicencjonowanej, rozproszonej sieci serwerów do zbierania logów (będących pod kontrolą Centralnego Systemu Zarządzania).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zakresie urządzeń z grupy nr 3 poz. 2, wskazanych w Tabelach Formularza ofertowego uznał, że: „Zestawienie wymagań w odniesieniu do urządzeń: grupy nr 3 poz. 2 wskazuje, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca zaoferował bowiem urządzenia wskazane w Tabeli Formularza ofertowego dla grupy nr 3 poz. 2, których parametry nie odpowiadają parametrom określonym przez Zamawiającego, jak również parametrom wskazanym przez producenta urządzeń Hillstone Networks". Według Zamawiającego niezgodność ma polegać na tym, że dla urządzeń grupy 3 - pkt 2 tabeli, Odwołujący wskazał wartość 1.6 Gbps, podczas gdy, zdaniem Zamawiającego, wg danych udostępnionych przez producenta wartość ta wynosi 1.1 Gbps.

Ustosunkowując się do powyższego stanowiska Zamawiającego, Odwołujący wyjaśnił, że parametry zaoferowanych urządzeń różnią się, ponieważ w swojej ofercie podał wynik, który został uzyskany faktycznie w warunkach które były adekwatne i zgodne z wymaganiem stawianym w OPZ przez Zamawiającego, to jest wartość, która wyznaczona jest na podstawie ruchu o charakterystyce Internet MIX zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 10 września 2021 r. Zamawiający wymagał bowiem, że przepustowość ma być „Wyznaczona na podstawie ruchu o charakterystyce Internet MIX. Jeśli wartość została wyznaczona na podstawie innego modelu ruchu proszę podać na jakim modelu". Ponieważ wskazany parametr jest niemiarodajny w kontekście porównania wydajności urządzeń, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o podanie jednoznacznej definicji charakterystyki ruchu, dla której Zamawiający specyfikuje wymagania na przepustowość. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że Zamawiający wymagał, że jeżeli wartość została wyznaczona na podstawie innego modelu ruchu, to należy podać na jakim modelu została ona wyznaczona, Odwołujący prosił Zamawiającego o wskazanie czy podanie innego modelu niż IMIX może mieć wpływ na wybór rozwiązania przez Zamawiającego. W swojej odpowiedzi Zamawiający wskazał, że rozumie IMIX jako ruch zdefiniowany wg załączonej przez Zamawiającego tabeli, zgodnie z którą dla urządzeń Grup 1-3 rozumiany jest jako mix ruchu http, a dla urządzeń grup 4-5 rozumiany jako mix ruchu http(80%) i https (20%). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, bez żadnego uzasadnienia, powołał się na parametr z tabeli specyfikacji producenta dla urządzeń Firewall Hillstone (pozycja Theat Protection Throughput), który w swojej metodologii oprócz funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego ma dodatkowo włączony moduł URL filtering, który nie dotyczy wymagań z OPZ dla ruchu MIX w konsekwencji przepustowości uzyskiwane są przy zupełnie innych warunkach (metodologii) tzn. przy jednostajnych pakietach wynoszących 64 Kb/s przy włączonej kontroli aplikacji, filtrowaniem IPS, AV i URL, dlatego też wartość ta jest niższa niż wartość wymagana przez Zamawiającego. Wobec tego parametr udostępniony przez producenta został błędnie zinterpretowany przez Zamawiającego i nie powinien być brany pod uwagę. Dotyczy to również pozostałych zaoferowanych urządzeń dla innych grup, gdzie również przy warunkach stawianych przez Zamawiającego ta przepustowość będzie dużo wyższa od wymaganej w SWZ. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnił powyższe w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, wskazując, że wydajność zaoferowanych urządzeń jest celowo przeszacowana w górę względem wymagań przetargowych, celem zapewnienia optymalnej pracy z dużym zapasem mocy. W związku z powyższym, Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że parametry oferowanych urządzeń nie odpowiadają warunkom zamówienia, jak również warunkom określonym w dokumentacji producenta sprzętu. Taki zarzut jest, w ocenie Odwołującego chybiony i nie poparty żadnym konkretnym dowodem. Stanowi de facto zupełnie arbitralne twierdzenie Zamawiającego, które nie uwzględnia specyfiki technicznej tego typu rozwiązań. Tymczasem stanowisko Zamawiającego powinno być jednoznaczne.

Uzasadniając zarzut nr 2 dotyczący naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, Odwołujący podkreślił, że kwestie związane z brakiem ograniczeń licencyjnych dla połączeń użytkowników zdalnych (Remote Access VPN) oraz z możliwością tworzenia nielicencjonowanej, rozproszonej sieci serwerów do zbierania logów (będących pod kontrolą Centralnego Systemu Zarządzania) nie należą do opisu przedmiotu zamówienia, lecz są dodatkowymi funkcjonalnościami centralnego systemu zarządzania (ponad wymagane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia minimum), które były oceniane przez Zamawiającego w ramach pozacenowego kryterium oceny oferty o nazwie „Funkcje centralnego systemu zarządzania" z wagą 30% (SWZ s. 16-17).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja „warunków zamówienia", zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, zalicza do nich „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego". Według Odwołującego, nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty element, który jest jedynie oceniany jako dodatkowy w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Brak zapewnienia dodatkowych funkcjonalności centralnego systemu zarządzania (ponad wymagane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia minimum),

które były oceniane przez Zamawiającego w ramach pozacenowego kryterium oceny oferty o nazwie „Funkcje centralnego systemu zarządzania” z wagą 30%, może co najwyżej skutkować brakiem przyznania Odwołującemu dodatkowych punktów w trakcie oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert i ich opisem, nie zaś odrzuceniem oferty, nie jest to bowiem element obligatoryjny, tzn. taki, który musi być zaoferowany przez każdego wykonawcę. Zatem konsekwencją braku zapewnienia dodatkowych funkcjonalności Centralnego Systemu Zarządzania, powinna być co najwyżej niższa ocena oferty Odwołującego (przy czym Odwołujący przeczy, aby istniały podstawy nieprzyznania mu punktów w przedmiotowych kryteriach).

Odwołujący wskazał jednak, że również w zakresie dotyczącym dodatkowych funkcjonalności centralnego systemu zarządzania, jego oferta spełnia opis kryterium oceny ofert oferty o nazwie „Funkcje centralnego systemu zarządzania”. Wskazał, że Zamawiający punktował dodatkowo brak ograniczeń licencyjnych dla połączeń użytkowników zdalnych (Remote Access VPN). Odwołujący wyjaśnił, że brak ograniczeń licencyjnych dla połączeń użytkowników zdalnych (Remote Access VPN) jest funkcjonalnością oferowanego przez niego Centralnego Systemu Zarządzania. Odwołujący jednoznacznie wskazywał, że dostarczony przez niego Centralny System Zarządzania spełnia funkcję braku ograniczeń licencyjnych dla połączeń użytkowników zdalnych. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający oparł ocenę jego oferty na błędnych założeniach. Zamawiający wziął bowiem pod uwagę specyfikację urządzeń Hillstone, a nie Centralnego Systemu Zarządzania. Wartości wskazane w specyfikacji Hillstone dotyczą Usertów SSL VPN urządzeń, a nie Centralnego Systemu Zarządzania, który to miał uzyskać dodatkowe punkty. Czym innym jest funkcjonalność braku ograniczeń dla Centralnego Systemu Zarządzania, a czym innym jest sprzętowe ograniczenie licencyjne dla użytkowników na które to Zamawiający powołuje się i argumentuje wymogiem posiadania licencji AEL, która zwiększa możliwość urządzeń. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że wszystkie oferowane w przetargu urządzenia spełniają wymagania VPN SSL stawiane w OPZ, a błędne wskazywanie posiadania dodatkowych licencji AEL dotyczą innej serii produktów Hillstone Networks, tzn. serii E, A oraz NIPS.

Odnosząc się do punktowanej w pozacenowym kryterium oceny oferty „Funkcje centralnego systemu zarządzania” pozycji dotyczącej możliwość tworzenia nielicencjonowanej, rozproszonej sieci serwerów do zbierania logów (będących pod kontrolą Centralnego Systemu Zarządzania) Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający uznał, że zapewnienie tej funkcjonalności dla Centralnego Systemu Zarządzania, jest niemożliwe do spełnienia, ponieważ nie jest on w stanie zapewnić możliwości tworzenia nielicencjonowanej sieci serwerów do zbierania logów, w sytuacji, gdy oferuje licencjonowane rozwiązania. Wyjaśnił, że Zamawiający oparł swoją decyzję na wyjaśnieniach Odwołującego, w których zaznaczył, że przewidział globalną licencję, która w ramach funkcjonalności umożliwia tworzenie „nielicencjonowanej”/nielimitowanej rozproszonej sieci serwerów do zbierania logów”. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający błędnie zinterpretował odpowiedź Odwołującego z uwagi na to, że Odwołujący w ramach ceny rozwiązania dostarczy funkcjonalności umożliwiające tworzenie licencjonowanej/nielimitowanej rozproszonej sieci serwerów do zbierania logów, co również w przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnieniach zostało podkreślone.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust 6 Pzp wskazał, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony uznał, że wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co poskutkowało bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, z uwagi na fakt, że rzekomo zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku jego oferty nie istnieje jednak zagrożenie, że nie będzie w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Sam fakt, że zaoferowana przez niego cena oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, nie oznacza bowiem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Tym bardziej, że cena oferty Odwołującego różni się jedynie o ok. 298 tys. od ceny oferty wykonawcy Przystępującego. Wykonawca, którego oferta została bezprawnie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, zaoferował ofertę o cenie 2.584.661,73 zł brutto, co z perspektywy kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 3.500.000 zł brutto również mogłoby wzbudzić wątpliwości, co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w sposób należyty i zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Wskazał, że w trakcie badania oferty Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny Odwołujący wykazywał, że jest w stanie obniżyć koszt realizacji przedmiotu zamówienia m.in. poprzez własny personel, dedykowany do zadań analogicznych z przedmiotem zamówienia, co pozwala Odwołującemu na konkurencyjne kalkulowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uznał takich twierdzeń Odwołującego, wskazując przy tym, że nie zostały one poparte żadnym wykazem osób, itp. Odwołujący chciałby jednak wskazać, że personel dedykowany danemu postępowaniu został przez Zamawiającego sprawdzony w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawców, z uwagi na warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej,

opisane w części V ust. 3 lit. b) SWZ. Zamawiający, jak wynika z Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oczekiwał przedstawienia wykazu zamówień, które uprawdopodobniłyby konkurencyjność ceny Odwołującego. Jednak doświadczenie Odwołującego w tym zakresie również zostało już poddane ocenie w tamach warunków udziału w postępowaniu (część V ust. 3 lit. a) SWZ), gdzie Zamawiający nie wskazywał, że zamówienia, którymi dysponuje w ramach swojego doświadczenia Odwołujący, muszą mieć określoną wartość. Zatem cena realizacji była dla Zamawiającego irrelewantna, zatem również Odwołujący uznał, że udzielone wyjaśnienia są wystarczające do udowodnienia braku rażąco niskiej ceny. Wynika to z faktu, że wyjaśnienia Odwołującego złożone na okoliczność rażąco niskiej ceny spełniają wymóg spójności, jasności i adekwatności do przedmiotu zamówienia, a więc, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2016 r. (sygn. KIO 2813/15), powinny być uznane za właściwe, tym bardziej, że nie istnieje jeden optymalny wzorzec dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że popierał swoje wyjaśnienia kalkulacjami własnymi, więc nie można im odmówić autentyczności oraz merytorycznego charakteru. Zauważył ponadto, że badaniu Zamawiającego podlegały jedynie 3 wybrane elementy:

- poz. 6: Centralny System Zarządzania — urządzenia komplet cena jednostkowa 0,00 zł, poz. 8: szkolenia — komplet 20 000 zł oraz poz. 9: wsparcie powdrożeniowe — cena jednostkowa 50 zł za 1 godzinę.

Odwołujący w treści odwołania zestawił ze sobą powyższe ceny z cenami zaoferowanymi w tych pozycjach przez Przystępującego i wskazał, że różnice między nimi są niewielkie. Wynika z tego, że przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego nie była wcale cena tych 3 elementów, ale jedynie chęć wyboru oferty Przystępującego. Ponadto podkreślił, że odpowiadając na wezwanie Zamawiającego działał w zaufaniu do treści wezwania, w którym Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia tylko 3 w/w elementów ceny. Wynika to wprost z treści wezwania. Tymczasem jako podstawę odrzucenia oferty

Zamawiający wskazał m.in.: „Podkreślenia wymaga, iż pismem z dnia 27 września 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę także do złożenia ceny rozumianej jako całość, za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca w ogóle nie odniósł się i nie wskazał sposobu kalkulacji ceny, nie wyszczególnił przyjętych kosztów wykonania zamówienia oraz nie wskazał czynników mających wpływ na wysokość tych kosztów oraz całkowitą cenę oferty. Nie wyjaśnił oraz nie udowodnił, iż za cenę całkowitą zamówienia możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia w standardzie oczekiwanym przez Zamawiającego oraz terminowo.”.

Odwołujący stwierdził jednak, że Zamawiający nie wskazał w wezwaniu, że oczekuje wyjaśnień w jakimkolwiek innym zakresie, niż 3 w/w elementy ceny, a obecnie odrzuca ofertę Odwołującego. Jest to poważne nadużycie prawa oraz dowód na prowadzenie postępowania z rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców o przejrzystości postępowania.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że w przypadku, gdy badaniu podlegały jedyni 3 elementy ceny, to odrzucenie oferty może mieć miejsce tylko w przypadku, gdy stanowią one istotny element ceny. Odwołujący tymczasem w ogóle nie wykazał, że w/w elementy mają znaczenie dla realizacji zamówienia. 3 elementy to 120.000 zł w ofercie Odwołującego i 155.000 zł w ofercie Przystępującego, czyli ewentualne niedoszacowanie oferty Odwołującego to kwota 35.000 zł. Cena oferty Odwołującego to 2.286.324,00 zł, a zatem ewentualne niedoszacowanie to zaledwie 1,5% oferty. Z całą pewnością nie jest to istoty element składowy oferty.

Mając na uwadze powyższą argumentację, w konsekwencji - zdaniem Odwołującego - należy uznać, że Zamawiający naruszył przepis art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez wybór oferty Przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, w której to oferta Odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający naruszył więc fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Bezprawne działania Zamawiającego, które wykazał Odwołujący w niniejszym odwołaniu, naruszyły zasadę legalizmu, dlatego też wybór oferty Przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, musi zostać unieważniony.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów wskazał, że kwestia dotycząca spełnienia wskazanego przez Odwołującego parametru, była przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 223 Pzp. Zamawiający pismem z dnia 27 września 2021 r. zwrócił się do Odwołującego z prośbą

o przedstawienie wyjaśnień dotyczących parametrów zaoferowanych urządzeń m. in. w zakresie urządzeń z grupy nr 3 poz. nr 2 wskazując, iż w „pkt 2 tabeli podają Państwo wartość 1.6 Gbps, podczas gdy wg danych udostępnionych przez producenta wartość ta to 1.1Gbps. Prosimy o wyjaśnienie różnic". W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył wyjaśnienia

z których wynika, że wydajność zaoferowanych urządzeń jest celowo przeszacowana w górę względem wymagań przetargowych, celem zapewnienia optymalnej pracy z dużym zapasem mocy. Twierdzenie to zostało także przywołane w odwołaniu. Odwołujący wskazywał, że produkty zostały przetestowane przez jego laboratorium w celu stwierdzenia czy producent spełnia wymagane przetargiem parametry techniczne, zaś wynik testów został podany w tabelach przetargowych dla wszystkich grup. Odwołujący argumentował, iż podał przepustowość przetestowaną, którą uzyskał w toku szczegółowych testów technologicznych.

Odwołujący oferując parametr przepustowości na poziomie 1.6 Gbps nie wskazał ani w treści oferty ani w złożonych wyjaśnieniach, iż oferowana wartość została wyznaczona na podstawie innego modelu ruchu niż wskazany przez Zamawiającego tj. na podstawie ruchu o charakterystyce Internet MIX. Okoliczność ta była istotna z punktu widzenia oceny ofert, gdyż podanie ruchu zdefiniowanego w odmienny sposób niż przez Zamawiającego, w przywołanych przez Odwołującego wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 10 września 2021 r., umożliwiała Zamawiającemu weryfikację czy oferowany parametr dla Urządzeń z grupy nr 3 poz. nr 2 zostanie osiągnięty. W związku z tym Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania czy oferowany parametr zostanie osiągnięty. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Odwołujący powołując się na testy prowadzone przez własne laboratorium, nie wykazał, iż wyniki testów pozwoliły na określenia parametrów oferowanych urządzeń, zwłaszcza w odniesieniu do grupy urządzeń nr 3 poz. 2. Odwołujący nie załączył wyników przeprowadzonych testów, jako dokumentu potwierdzającego złożone wyjaśnienia. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt KIO 2711/21 „przepisy ustawy pozwalają zamawiającemu na wyjaśnienie treści oferty, a zakres możliwych wyjaśnień nie jest przedmiotowo ograniczony. Art. 223 ust. 1 Pzp odnoszący się do wyjaśnienia treści oferty nie limituje zakresu wyjaśnień". W tym świetle przedstawione przez Odwołującego wyjaśnia treści oferty, jak również stanowisko prezentowane w odwołaniu, jest niewiarygodne. Odwołujący bowiem ani na etapie procedury wyjaśniającej, ani na etapie postępowania odwoławczego, nie złożył żadnego dowodu odnoszącego się do przeprowadzonych przez jego laboratorium testów, jak również wyników tych testów. Ponadto, Zamawiający wskazał, że Odwołujący na etapie postępowania odwoławczego podjął polemikę co do sposobu rozumienia ruchu Internet MIX (IMIX), jak również interpretację parametrów wynikających ze specyfikacji producenta dla urządzeń Firewall Hillstone (pozycja Threat Protection Throughput). Zaznaczenia wymaga, iż powyższe działania są spóźnione. Odwołujący mógł bowiem wskazać zarówno w treści oferty, jak również w wyjaśnieniach, sposób uzyskania oferowanych parametrów i ich odstępstwo od danych/ wartości wynikających z udostępnionych przez producenta oferowanych Urządzeń. Wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty wskazywało wprost na różnice wynikające z oferty, jak również z dokumentów udostępnionych przez producenta oferowanych urządzeń. W świetle powyższego Zamawiający podtrzymał stanowisko, że oferta Odwołującego w odniesieniu do urządzeń grupy 3 poz. 2, jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących dodatkowych kryteriów Centralnego Systemu Zarządzania wskazał, że kwestia zdalnego dostępu Remote Access VPN, opisana w ramach Centralnego Systemu Zarządzania, została doprecyzowana w ramach wyjaśnień treści SWZ z dnia 10 września 2021 r. „Zamawiający wskazał, że zdalny dostęp (Remote Access VPN) dotyczy Centralnego Systemu Zarzadzania oraz urządzeń NGFW: 47. SWZ, Kryteria oceny ofert, pkt XIV.3. W p.6. Zamawiający wskazuje, iż przyzna 4 punkty dla rozwiązania, które zapewni „Brak ograniczeń licencyjnych dla połączeń użytkowników zdalnych". Prosimy o wyjaśnienie, jak Zamawiający rozumie to wymaganie - jego treść wskazuje bardziej na system zdalnego dostępu VPN, ale może też określać liczbę administratorów. Jednocześnie wg najlepszej wiedzy Wykonawcy, do systemu zarządzania nie powinni mieć dostępu poszczególni użytkownicy, a tylko ograniczona grupa administratorów. Może to też dotyczyć tego, iż system zarządzania nie może wprowadzać ograniczeń licencyjnych dla liczby użytkowników zdalnych zestawiających połączenia do urządzeń będących pod kontrolą centralnego systemu zarządzania. Treść tego wymagania może też wskazywać, że doszło do oczywistej pomyłki i dotyczy ono samych urządzeń firewall a nie systemu zarządzania. W związku z niejasnościami prosimy o wyjaśnienia, jak należy rozumieć to wymaganie.".

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, iż powyższe kryterium dotyczy zdalnego dostępu do VPN.

48. SWZ, Kryteria oceny ofert, pkt XIV.3. W p.10 i p.11 Zamawiający wskazuje wymagania rozpoczynające się od słów „W ramach systemu zdalnego dostępu..." i

jednocześnie określa precyzyjnie wymagania typowe dla takich systemów. Prosimy o informację, czy nie doszło do oczywistej omyłki, polegającej na przypisaniu wymagań dla funkcji RA VPN realizowanych przez firewalle, w sekcji dotyczącej systemu zarządzania. Trudno jest Wykonawcy interpretować to wymaganie inaczej, niż względem centralnych urządzeń firewall realizujących funkcję RA VPN, ale jeżeli Zamawiający określił te wymagania względem innych rozwiązań (w szczególności względem systemu zarządzania), to prosimy o wyjaśnienie, jak należy je rozumieć.

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, że funkcje dotyczą centralnego systemu zarządzania i zdalnego dostępu VPN. realizowanych przez NGFW

W związku z powyższym, Zamawiający wziął pod uwagę również specyfikacje urządzeń Hillstone NGFW, ponieważ dodatkowo punktowany dostęp zdalny w ramach Remote Access VPN, dotyczy również zdalnego dostępu użytkowników SSL VPN, łączących się do NGFW. Wymagania odnośnie zdalnego dostępu zostały opisane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia pkt III: Sekcja: „Połączenia VPN" pkt 10) - „NGFW musi umożliwiać konfigurację połączeń typu SSL VPN". Dokumentacja producenta dla oferowanych przez Odwołującego urządzeń Serii Pro, przedstawia ilość użytkowników zdalnych obsługiwanych przez urządzenia bez licencji (parametr Default) oraz z licencją (parametr Max). Taki sam podział znajduje się w przypadku modeli Serii-E. Natomiast według Odwołującego licencje dla połączeń użytkowników zdalnych, nie dotyczą urządzeń Serii Pro. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący po raz kolejny, sugeruje spełnienie wymagań Zamawiającego będące w sprzeczności z informacjami znajdującymi się w dokumentacji producenta oraz składa wyjaśnienia niepoparte żadnymi dowodami (oprócz własnych deklaracji). Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że Zamawiający „błędnie zinterpretował" wyjaśnienia dotyczące możliwości tworzenia nielicencjonowanej, rozproszonej sieci serwerów do zbierania logów (będących pod kontrolą Centralnego Systemu Zarządzania) w oparciu o własne środowisko do wirtualizacji. Jednak obecne wyjaśnienia, oprócz rezygnacji z posługiwania się określeniem „globalna licencja" na rzecz dostarczenia „funkcjonalności umożliwiających tworzenie licencjonowanej/nielimitowanej" (przy czym podkreślenia wymaga, iż Zamawiający punktuje nielicencjonowane rozwiązanie), nadal są lakoniczne oraz niepoparte zapisem w oficjalnej dokumentacji producenta Hillstone Networks. Na uwagę zasługuje również fakt, że Producent wyraźnie zaznacza, że storage (przestrzeń dyskowa) do gromadzenia logów jest licencjonowana\limitowana (str.3 dokumentacji dla vHSA), co wynika ze sformułowania: „Licencja na przestrzeń dyskową: standardowa pojemność dyskowa wynosi 200G a maksymalna pojemność 2T (możliwość zwiększenia przez dodanie licencji odpowiednią ilość razy)".

Zamawiający wskazał ponadto, że z treści dokumentacji przetargowej - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt V, Sekcja: „Logowanie zdarzeń", pkt 1) wynika, że w ramach Centralnego Systemu Zarządzania, musi być zapewniona możliwość zbierania logów. Zatem brak wymaganej licencji ogranicza funkcjonalność Centralnego Systemu Zarzadzania. Zaoferowane zatem przez Odwołującego rozwiązania są niezgodne z warunkami zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, iż funkcjonalności wskazane w ramach kryteriów oceny ofert, nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Jak wynika bowiem z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem warunki zamówienia należy traktować szeroko. Zaoferowanie rozwiązania wskazanego przez Odwołującego, powodowała konieczność zastosowania dodatkowych licencji i z tego względu oferta Odwołującego jest niezgodna w warunkami zamówienia.

Zamawiający nie podzielił także stanowiska Odwołującego co do prezentowanego przez niego stanowiska w zakresie dotyczącym wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Za całkowicie chybione uznał twierdzenie, iż „Zamawiający nie wskazał w wezwaniu, że oczekuje wyjaśnień w jakimkolwiek innym zakresie, niż 3 ww. elementy ceny, a obecnie odrzuca ofertę Odwołującego". Podkreślił, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, wprost wskazano zakres oczekiwanych wyjaśnień zarówno w odniesieniu co do ceny rozumianej jako cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, jak i ceny w odniesieniu do trzech elementów. Zamawiający w piśmie z dnia 27 września 2021 r. w pkt II Wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz rażąco niskich cen jednostkowych, wskazał, iż „zaoferowana przez Państwa cena oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zwracamy się o udzielenie wyjaśnień w zakresie wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ dla zamówienia. Proszę o udzielenie wyjaśnień, w tym o przedstawienie dowodów, w zakresie wyliczenia całkowitej ceny oferty ze szczególnym

uwzględnieniem cen jednostkowych, o których mowa w Formularzu ofertowym pkt 1):- poz. 6: Centralny System Zarządzania - urządzenia komplet cena jednostkowa 0,00 zł, - poz. 8: szkolenia - komplet 20 000 zł. - poz. 9: wsparcie powdrożeniowe - cena jednostkowa 50 zł za 1 godzinę. Proszę o wskazanie przyczyn, dla których element z poz.nr 6 nie został de facto przez Państwa wyceniony (został wyceniony na 0 zł) oraz w jaki sposób w związku z tym zostanie zapewniona prawidłowa realizacja Przedmiotu Umowy. Proszę o wskazanie czynników pozwalających na przyjęcie ceny jednostkowej za godzinę świadczenia wsparcia powdrożeniowego na poziomie 50 zł. Proszę o wskazanie czynników, które pozwoliły Wykonawcy na przyjęcie ceny za certyfikowane szkolenie na poziomie 20 000 zł. Proszę również o wskazanie sposobu kalkulacji, wyszczególnienie przyjętych kosztów wykonania zamówienia oraz wszelkich czynników mających wpływ na wysokość tych kosztów oraz całkowitą cenę oferty. Jak wskazano powyżej cena całkowita oferty odbiega od wartości zamówienia o ponad 30% wartości zamówienia, w związku z czym proszę w szczególności na wskazanie czynników oraz dowodów potwierdzających, że za cenę całkowitą oferty możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia w standardzie oczekiwanym przez Zamawiającego oraz terminowo". Zamawiający podkreślił, że poinformował także Odwołującego o terminie i sposobie złożenia wyjaśnień, wraz z dowodami w przypadku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Natomiast Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie złożył ogólne wyjaśnienia odnoszące się do wyłączenie do cen jednostkowych tj.

poz. nr 6 Centralny System Zarządzania, poz. nr 8 - szkolenia oraz poz. 9 - wsparcie powdrożeniowe. Złożone wyjaśnienia w zakresie odnoszącym się do powyższych elementów, mają ogólny i blankietowy charakter. Odwołujący nie złożył przy tym żadnych dowodów, które potwierdzałyby, iż kalkulacja ww. cen jednostkowych jest prawidłowa, pomimo, iż z treści wezwania wprost wskazano, iż wyjaśnienia winny być poparte stosownymi dowodami. Odwołujący pominął także wyjaśnienia w odniesieniu do ceny całkowitej oferty. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, n zaszły przesłanki do odrzucenia oferty z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny oraz niezłożenie wyjaśnień w odniesieniu do całkowitej ceny oferty, jak również złożenie ogólnych wyjaśnień w odniesieniu do cen jednostkowych.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

<u>odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.</u>

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę MONOLIT IT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, a także z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w tym m.in. z treści formularza oferty Odwołującego, treści wezwania Zamawiającego z dnia 27 września 2021r. oraz złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w odpowiedzi na powyższe wezwanie. Ponadto Izba przy orzekaniu uwzględniła uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego z dnia 29 października 2021r.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny spraw nie jest sporny i został przedstawiony przez strony adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba zważyła:

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, stwierdzając, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca

ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie natomiast z przepisem art. 224 ust. 6 Pzp 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

Podkreślić należy, że jak wskazano w wyroku z dnia 20 lutego 2021r., sygn. akt KIO 310/21, celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach, brak dokładnych danych co do kalkulacji ceny, a także nie udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazanym i oczekiwanym przez Zamawiającego, należy zakwalifikować jako zasługujące na zastosowanie art. 224 ust. 6 Pzp.

Izba na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania ustaliła, że w wezwaniu z dnia 27 września 2021r. w punkcie II „Wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz rażąco niskich cen jednostkowych" Zamawiający wezwał wykonawcę: „Proszę o udzielenie wyjaśnień, w tym o przedstawienie dowodów, w zakresie wyliczenia całkowitej ceny oferty ze szczególnym uwzględnieniem cen jednostkowych, o których mowa w Formularzu ofertowym pkt 1):

- poz. 6: Centralny System Zarządzania - urządzenia komplet cena jednostkowa 0,00 zł,
- poz. 8: szkolenia - komplet 20 000 zł.
- poz. 9: wsparcie powdrożeniowe - cena jednostkowa 50 zł za 1 godzinę.

Proszę o wskazanie przyczyn, dla których element z poz.nr 6 nie został de facto przez Państwa wyceniony (został wyceniony na 0 zł) oraz w jaki sposób w związku z tym zostanie zapewniona prawidłowa realizacja Przedmiotu Umowy.

Proszę o wskazanie czynników pozwalających na przyjęcie ceny jednostkowej za godzinę świadczenia wsparcia powdrożeniowego na poziomie 50 zł.

Proszę o wskazanie czynników, które pozwoliły Wykonawcy na przyjęcie ceny za certyfikowane szkolenie na poziomie 20 000 zł.

Proszę również o wskazanie sposobu kalkulacji, wyszczególnienie przyjętych kosztów wykonania zamówienia oraz wszelkich czynników mających wpływ na wysokość tych kosztów oraz całkowitą cenę oferty. Jak wskazano powyżej cena całkowita oferty odbiega od wartości zamówienia o ponad 30% wartości zamówienia, w związku z czym proszę w szczególności na wskazanie czynników oraz dowodów potwierdzających, że za cenę całkowitą oferty możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia w standardzie oczekiwanym przez Zamawiającego oraz terminowo.”.

Podkreślić należy, że - co nie jest sporne między stronami - Odwołujący odpowiadając na powyższe wezwanie w dniu 30 września 2021r. odniósł się w złożonym piśmie tylko do kalkulacji ceny w zakresie:

- poz. 6: Centralny System Zarządzania - urządzenia komplet cena jednostkowa 0,00 zł,
- poz. 8: szkolenia - komplet 20 000 zł.
- poz. 9: wsparcie powdrożeniowe - cena jednostkowa 50 zł za 1 godzinę.

Odwołujący pominął wezwanie dotyczące konieczności złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia całkowitej ceny oferty.

Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny wskazać po pierwsze należy, że skoro Odwołujący zaniechał udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dotyczące całkowitej ceny oferty, to Zamawiający w sposób uprawniony odrzucił jego ofertę. Po drugie Izba uznała, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia są ogólnikowe i mają blankietowy charakter. Odwołujący wskazując na elementu umożliwiające mu obniżenie ceny np. w zakresie szkoleń nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego prezentowanego na rozprawie jakoby wezwanie Zamawiającego było nieczytelne i stanowiło niejako „pułapkę" dla Odwołującego, który nie jest podmiotem posiadającym duże doświadczenie w udziałach w postępowaniach przetargowych. W ocenie Izby skierowane do Odwołującego wezwanie było jasne i precyzyjne, Zamawiający już w samym tytule punktu II wezwania wskazał, że dotyczy ono zarówno konieczności udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia całkowitej ceny oferty oraz cen jednostkowych. Ponadto, również w treści wezwania Zamawiający wskazał, w jakim zakresie oczekuje udzielenia wyjaśnień, a więc nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż wezwanie było niejasne czy nieprecyzyjne. Ponadto wskazać należy, że od wykonawców biorących udział w procedurze udzielania zamówienia publicznego oczekuje się profesjonalizmu, opierającego się na założeniu, że w postępowaniu biorą udział podmioty profesjonalne, wobec których z uwagi na prowadzoną działalność gospodarczą można stosować podwyższony miernik należytej staranności wynikający z przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 355 § 2 k.c. należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W konsekwencji nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego co do braku doświadczenia, niejako usprawiedliwiające fakt złożenia niepełnych wyjaśnień.

Uwzględniając powyższe, Izba oddaliła zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia.

Podkreślić należy, że na gruncie wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy. Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu, jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 Kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że Zamawiający w Formularzu ofertowym żądał od wykonawców podania przepustowości wyznaczonej na podstawie ruchu o charakterystyce Internet MIX. Jedyne zastrzeżenie zawarte w przypisie znajdującym się pod tabela „urządzenia z grupy 3" brzmiało: „Jeśli wartość została wyznaczona na podstawie innego modelu ruchu proszę podać na jakim modelu.". Izba ustaliła ponadto, że w piśmie skierowanym do Odwołującego w dniu 27 września 2021r. Zamawiający wezwał wykonawcę o wyjaśnienie treści oferty wskazując, że w „Pkt 2 tabeli podają Państwo wartość 1.6 Gpsbps podczas gdy wg danych udostępnionych przez producenta wartość ta to 1.1Gbps. Prosimy o wyjaśnienie różnic.".

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący odpowiadając Zamawiającemu na powyższe wezwanie wskazał: „Wydajność urządzeń które zaoferowaliśmy jest celowo przeszacowana w górę względem wymagań przetargowych, zrobiliśmy to w celu zapewnienia Państwu optymalnej pracy z dużym zapasem mocy, jesteśmy pewni iż dzięki temu rozwiązanie nie spowoduje opóźnień w transmisji pakietów nawet w sytuacji większego, niż zakładane obciążenia oraz będzie skutkować niską emisją ciepła. Produkty zostały przetestowane przez nasze laboratorium w celu stwierdzenia, czy producent spełnia wymagane przetargiem

parametry techniczne, wynik naszych testów został podany w tabelach przetargowych dla wszystkich grup. Zaznaczając iż nie była testowana maksymalna przepustowość urządzeń lecz wymagana przez zamawiającego +20%. Stad wynikają różnice pomiędzy deklaracja producenta a testowanymi rozwiązaniami. Podaliśmy przepustowość przetestowaną którą uzyskaliśmy w toku szczegółowych testów technologicznych."

Izba uwzględniając treść postanowień wynikających z dokumentacji postępowania, w tym z formularza ofert stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ oraz wezwania i udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Podkreślić należy, że z zapisów SWZ nie wynikała możliwość żądania od wykonawców złożenia jakichkolwiek dokumentów czy też sprawozdań z testów dotyczących uzyskanej przepustowości. Zamawiający w SWZ w sposób wyraźny określił, że wykonawcy mają podać przepustowość, a jeżeli została ona wyznaczona na podstawie innego modelu ruchu niż Internetu MIX obowiązkiem wykonawców było podanie na jakim modelu została ona wyznaczona. Skoro więc Odwołujący wyznaczył przepustowość na podstawie modelu ruchu Internet MIX to nie miał on obowiązku wskazywania w Formularzu oferty innych informacji poza osiągniętą wartością. Podkreślić bowiem należy, że jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie KIO „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. SIWZ jest dokumentem, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego." (por. wyrok z dnia 13 września 2017 r., KIO 1782/17). Wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia ma prawo oczekiwać, że złożona przez niego oferta zostanie oceniona zgodnie z określonymi w SWZ kryteriami oceny ofert ich wagami oraz opisem sposobu oceny ofert. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana w SWZ interpretacja opisu sposobu oceny ofert w postępowaniu. Skoro więc Zamawiający w dokumentacji nie przewidział możliwości żądania od wykonawców dowodów na wyznaczoną przez nich przepustowość, to nie mógł on w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty powoływać się na brak wykazania przez Odwołującego poprzez złożenie dowodów osiągniętej w testach przepustowości. Ponadto Izba stwierdziła, że Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia wątpliwości co do rozbieżności pomiędzy informacjami wynikającymi z karty katalogowej a tych wskazanych w formularzu oferty, a z treści wezwania nie wynika, żeby oczekiwaniem Zamawiającego była konieczność złożenia jakichkolwiek dowodów. Z treści wezwania bowiem wynika jedynie konieczność udzielenie wyjaśnień. W ocenie Izby takie wyjaśnienia w sposób niewątpliwy zostały złożone. Odwołujący wyjaśnił on bowiem w jaki sposób przepustowość została wyznaczona, i że spełnia ona wymogi określone w SWZ. Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z oświadczenia producenta: „zaproponowane przez partnera firmę SBC Sp. Z o.o. Sp. K. urządzenia dla 3 grupy urządzeń Hillstone Networks seria E-Pro tj. E3960P spełniają wymagania w pozycji 2 , strona 8 SOPZ , tj. osiągania przepustowości z uruchomionymi mechanizmami Firewall, IPS, Application Control, Malware

Protection (wyznaczona na podstawie ruchu o charakterystyce Internet MIX).

Przepustowość wynosi co najmniej 1,6 Gbps. Przepustowość ta była przedmiotem testów przeprowadzanych w laboratorium producenta w dniu 18.11.2021 i wyniosła 2,1 Gbps co stanowi adekwatne i tożsame do wymagań stawianych przez Zamawiającego w SOPZ".

Powyższe potwierdza, że Odwołujący zaoferował urządzenia dla grupy 3 spełniające wymagania wskazane w pozycji 2.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w powyższym zakresie.

Izba stwierdziła ponadto, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp.

Izba analizując zapisy SWZ podzieliła w całości stanowisko Odwołującego, że kwestie związane z brakiem ograniczeń licencyjnych dla połączeń użytkowników zdalnych (Remote Access VPN) oraz z możliwością tworzenia nielicencjonowanej, rozproszonej sieci serwerów do zbierania logów (będących pod kontrolą Centralnego Systemu Zarządzania) nie należą do opisu przedmiotu zamówienia, lecz są dodatkowymi funkcjonalnościami centralnego systemu zarządzania (ponad wymagane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia minimum), które były oceniane przez Zamawiającego w ramach pozacenowego kryterium oceny oferty o nazwie „Funkcje centralnego systemu zarządzania" z wagą 30%. Z rozdziału XIV pkt 3 SWZ wynika, że w kryterium Funkcje Centralnego systemu zarządzania Zamawiający będzie oceniał dodatkowe (ponad wymagane w SOPZ minimum) funkcjonalności centralnego systemu zarządzania na podstawie wypełnionego Formularza ofertowego. Ewentualny więc brak spełnienia funkcjonalności wskazanych w poz. 3 i 6

skutkować winien jedynie nieprzyznaniem punktów, a nie odrzuceniem oferty Odwołującego.

Wyjaśnić należy, że pomimo stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 Pzp w

zw. z art. 239 ust. 1 Pzp nie uwzględniła w tym zakresie zarzutów odwołania. Zgodnie z treścią 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. W ocenie Izby naruszenie o takim skutku w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca. W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

1) naruszenie przepisów ustawy oraz

2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak też orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt: IV CSK 291/13. Innymi słowy - z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. W niniejszej sprawie taka okoliczność natomiast nie występuje. Z uwagi bowiem na stwierdzenie, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, uwzględnienie powyżej wskazanych zarzutów nie wpłynęłoby na wynik postępowania.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp

z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....