Sygn. akt: KIO 2157/17

WYROK
z dnia 30 października 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017 roku przez wykonawcę **C. S.A. z siedzibą w W. przy ul. (…)** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w W. przy ul. (…).**

przy udziale wykonawcy **D. System Sp. z o.o. z W. przy ul. (…),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w W. przy ul. (…)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **C. S.A. z siedzibą w W. przy ul. (…)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w W. przy ul. (…)** na rzecz wykonawcy **C. S.A. z siedzibą w W. przy ul. (…)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Centrum Informatyki Statystycznej z W. (dalej „zamawiający") w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa *oprogramowania oraz wdrożenie systemu ochrony antywirusowej w środowisku sieci korporacyjnej statystyki publicznej",* ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 sierpnia 2017 roku pod numerem 2017/S 148-306115 wykonawca C. SA z W. (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec odrzucenia oferty odwołującego oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy D.

System Sp. z o.o. (dalej „D.” albo „przystępujący”).
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art 89 ust 1 pkt 2, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta ta jest w pełni zgodna z treścią SIWZ,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty D. w sytuacji, gdy oferta ta jest sprzeczna z treścią SIWZ,
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 6, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty D. w sytuacji, gdy oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art 26 ust. 3 w zw. z art 25a, poprzez zaniechanie wezwania D. do złożenia oświadczenia w formie dokumentu JEDZ, a w razie braku uzupełnienia tego oświadczenia wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. ponownego dokonania czynności oceny ofert, w tym dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy D..

W odniesieniu do zarzutu bezzasadnego odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta ta jest w pełni zgodna z treścią SIWZ odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3 lit b Szczegółowych wymagań funkcjonalnych dotyczących najważniejszych modułów/elementów systemu antywirusowego Załącznika nr 1 do SIWZ (str. 7) oprogramowanie powinno umożliwiać skanowanie bezagentowe (tylko z użyciem agenta (...)) oraz agentowe (niezależne od platformy wirtualizacyjnej).

Uzupełnił, że w części Pojemność systemu docelowego Załącznika nr 1 do SIWZ (str. 4) zamawiający wskazał, iż licencje mogą być dostarczone w pakiecie zawierającym

---

różne funkcjonalności lub jako samodzielne produkty, ale muszą pochodzić od tego samego producenta oprogramowania antywirusowego oraz, że wymagał dostarczenia nowego oprogramowania lub uzupełnienia oprogramowania posiadanego przez zamawiającego wraz z wykupieniem usługi wsparcia producenta dla oprogramowania dostarczanego oraz posiadanego przez zamawiającego, jeśli będzie wykorzystywane, do ochrony następującą liczby i typów obiektów:

1. 7800 fizycznych stacji roboczych z systemem MS Windows 8.1/10 oraz serwerów w systemem operacyjnym MS Windows Server(…).
2. 1820 wirtualnych stacji z systemem MS Windows 7 udostępnianych, poprzez oprogramowanie (...) wraz z (...) lub (…).
3. 300 wirtualnych serwerów (wersja systemu jak w pkt. 1) korzystających z infrastruktury wirtualizacji Microsoft.
4. 300 wirtualnych serwerów (wersja systemu jak w pkt. 1) korzystających z infrastruktury (…).

Oświadczył, że złożył ofertę w pełni zgodną z treścią SIWZ oraz na wezwanie zamawiającego z dnia 27 września 2017 r. (do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zaoferowanych licencji) wskazał, że dostarczy 7800 szt. licencji ochrony agentowej oraz 2420 szt. licencji ochrony agentowej i bezagentowej dla środowisk wirtualnych. Podkreślił, że zamawiający jednoznacznie wskazał w treści OPZ, że licencje mogą być dostarczone w pakiecie zawierającym różne funkcjonalności lub jako samodzielne produkty.

Podał, że w sposób jednoznaczny w formularzu ofertowym wskazał, że oferuje pakiet licencji zawierający różne funkcjonalności i pozwala na objęcie środowisk wirtualnych ochroną agentową i bezagentową.

Oświadczył, że w zakresie serwerów wirtualnych (w środowisku (...)) zaoferował pakiet licencji Symantec, Endpoint Protection, License, ACD-GOV 500-999 Devices (SEP-NEW-AG-500-1K), Software Maintenance, Tier 3, High Content, Price Category SM (SW-TIER-3-PRC-GAT-SM) zawierający następujące produkty: NETWORK FIREWALL & INTRUSION PREVENTION, APPLICATION AND DEVICE CONTROL, MEMORY EXPLOIT MITIGATION, REPUTATION ANALYSIS, ADVANCED MACHINE LEARNING,

EMULATOR, ANTIVIRUS, BEHAVIOR MONITORING, POWER ERASER, HOST INTEGRITY, SYSTEM LOCKDOWN, EDR CONSOLE, MACHINE LEARNING, Application Protection, REST API oraz Data Center Security Server.

Oświadczył także, że w zakresie serwerów wirtualnych (w środowisku (...)) zaoferował pakiet licencji Symantec, Endpoint Protection, License, ACD-GOV 500-999 Devices (SEP-NEW-AG-500-1K), Software Maintenance, Tier 3, High Content, Price Category SM (SW-

---

TIER-3-PRC-GAT-SM) zawierający następujące produkty: NETWORK FIREWALL & INTRUSION PREVENTION, APPLICATION AND DEVICE CONTROL, MEMORY EXPLOIT MITIGATION, REPUTATION ANALYSIS, ADVANCED MACHINE LEARNING, EMULATOR, ANTIVIRUS, BEHAVIOR MONITORING, POWER ERASER, HOST INTEGRITY, SYSTEM LOCKDOWN, EDR CONSOLE, MACHINE LEARNING, Application Protection, REST API oraz Data Center Security Server.

Podkreślił, że potwierdzenie powyższych informacji zamawiający uzyskał już w dniu 22 września 2017 r., gdzie w ramach udzielonych zamawiającemu wyjaśnień, odwołujący wskazał: *„Odnośnie pytanie nr 1 z wyjaśnień, oświadczamy, iż zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązanie spełnia warunek skanowania bezagentowego dla 300 serwerów pracujących w środowisku (...). Rozwiązanie to składa się z dwóch komponentów - Symantec Endpoint Protection, które umożliwia skanowanie agentowe oraz Symantec DataCenter Security: Server umożliwia skanowanie bezagentowe”*

Podsumował, że zamawiający miał wszystkie powyższe informacje już na etapie badania i oceny oferty, wobec czego odrzucenie jego oferty jest całkowicie bezzasadne i sprzeczne z tymi informacjami. Uzupełnił, że w jego ocenie działania zamawiającego inspirowane są przez wykonawcę D. celem wyboru właśnie tego wykonawcy.

W odniesieniu do zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty D. w sytuacji, gdy oferta ta jest sprzeczna z treścią SIWZ odwołujący wskazał, że zamawiający przekazał mu informację zatytułowaną: „Zawiadomienie *o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone”,* w której zamawiający uzasadniał odrzucenie jedynie oferty odwołującego, co – wedle odwołującego – oznacza, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy D., a brak wyboru oferty najkorzystniejszej wynika tylko i wyłącznie z zastosowania procedury odwróconej i zapewne wezwania wykonawcy D. do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego oferta D. jest sprzeczna z treścią SIWZ z uwagi na brak zaoferowania wsparcia w wymaganej ilości w zakresie fizycznych serwerów i stacji roboczych oraz ze względu na brak zaoferowania wsparcia dla serwerów wirtualnych (w środowisku (...))

Podkreślił, że zamawiający w części Pojemność systemu docelowego Załącznika nr 1 do SIWZ (str. 4) wskazał, iż licencje mogą być dostarczone w pakiecie zawierającym różne funkcjonalności lub jako samodzielne produkty, ale muszą pochodzić od tego samego producenta oprogramowania antywirusowego. Nadto, że zamawiający wymaga dostarczenia nowego oprogramowania lub uzupełnienia oprogramowania posiadanego przez

---

zamawiającego wraz z wykupieniem usługi wsparcia producenta dla oprogramowania dostarczanego oraz posiadanego przez zamawiającego, jeśli będzie wykorzystywane, do ochrony następującej liczby i typów obiektów:

1. 7800 fizycznych stacji roboczych z systemem MS Windows 8.1/10 oraz serwerów w systemem operacyjnym MS Windows Server (…).
2. 1820 wirtualnych stacji z systemem MS Windows 7 udostępnianych poprzez oprogramowanie (...) wraz z (...) lub (…).
3. 300 wirtualnych serwerów (wersja systemu jak w pkt. 1) korzystających z infrastruktury wirtualizacji Microsoft.
4. 300 wirtualnych serwerów (wersja systemu jak w pkt 1) korzystających z infrastruktury (…) oraz(…).

Podniósł, że wobec faktu, że w formularzu ofertowym w pkt 7.1 oraz 8.1 wykonawca D. zaoferował 21 szt. licencji, to jest to wprost sprzeczne z treścią SIWZ, ponieważ zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał jaka liczba licencji jest wymagana, a wykonawcy zobowiązani byli do zaoferowania odpowiedniej ilości wsparcia.

W ocenie odwołującego w zakresie tych niezgodności brak jest możliwości sanowania oferty wykonawcy D., ponieważ prowadziłoby to do nieuprawnionych negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą D..

W odniesieniu do zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty D. w sytuacji, gdy oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny odwołujący podał, że wykonawca D. wskazał w formularzu ofertowym, że przeprowadzenie szkoleń dla administratorów systemu ochrony antywirusowej jest wliczone w cenę, co oznacza, że wynagrodzenie za przeprowadzenie szkoleń zostało wliczone w inną pozycję formularza ofertowego.

Podał także, że wykonawca D. w żadnej pozycji formularza ofertowego nie wskazał zarówno stawki właściwej dla tej pozycji oraz dodatkowo, że szkolenia wliczone w konkretną pozycje podlegają zwolnieniu, co oznacza, że w każdej pozycji, w której wartość szkoleń mogła zostać wliczona, wykonawca D. zastosował 23% stawkę podatku VAT do całości kwoty.

Podniósł, że zastosowanie do szkoleń, które podlegają zwolnieniu, stawki 23% stanowi bez wątpienia błąd w obliczeniu ceny, a oferta wykonawcy podlega odrzuceniu zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu zaniechanie wezwania wykonawcy D. do złożenia oświadczenia w formie dokumentu JEDZ, a w razie braku uzupełnienia tego oświadczenia wykluczenie wykonawcy z postępowania odwołujący wskazał, że wykonawca D. nie złożył

---

oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1 ustawy Pzp, ponieważ dokument, który załączono do oferty, a który zgodny jest ze wzorem formularza JEDZ nie został podpisany, wobec czego należy przyjąć, że wykonawca D. nie złożył takiego oświadczenia jakie wymagane było przez zamawiającego. Stwierdził, że w takim wypadku zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy D. do uzupełnienia tego dokumentu wraz z podpisem osoby umocowanej, a w razie braku złożenia tego oświadczenia to wykluczenia wykonawcy D. z udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 20 października 2017 roku, Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 20 października 2017 roku), Pisma procesowego przystępującego z dnia 30 października 2017 roku, złożonego przez przystępującego na rozprawie fragmentu podręcznika instalacji i administrowania Symantec Endpoint Protection 14, złożonej przez odwołującego na rozprawie oferty MiTech Systems Poland sp. z o.o. z dnia 12 września 2017 roku, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty odwołującego, tj. jej bezpodstawne odrzucenie przez zamawiającego oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia i podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia (oferta odwołującego mogłaby zostać oceniona najwyżej w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert).

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania,

wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 2157/17 8

Zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta ta jest w pełni zgodna z treścią SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 2 potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa oprogramowania wraz z bezterminowymi licencjami i trzyletnim wsparciem producenta wraz wykonanie wdrożenia systemu antywirusowego (rozumianego jako antymalware) do ochrony infrastruktury posiadanej przez zamawiającego w ośrodkach przetwarzania danych statystyki publicznej, a nadto przeprowadzenie szkoleń (część wstępna Załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia).

Jak wynika z Opisu przedmiotu zamówienia (str. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ) obecnie zamawiający korzysta z oprogramowania antywirusowego dostępnego w ramach pakietów (McAfee Endpoint Protection Suite, McAfee Move AV for Virtual Desktops, McAfee Move AV for Virtual Servers).

W odniesieniu do pojemności systemu docelowego zamawiający podał, że licencje mogą być dostarczone w pakiecie zawierającym różne funkcjonalności lub jako samodzielne produkty, zastrzegając aby pochodziły tego samego producenta oprogramowania antywirusowego.

Wskazał, że oczekuje nowego oprogramowania lub uzupełnienia oprogramowania posiadanego przez zamawiającego wraz z wykupieniem usługi wsparcia producenta dla oprogramowania dostarczanego oraz posiadanego przez zamawiającego, jeśli będzie wykorzystywane, do ochrony następującą liczby i typów obiektów:

1. 7800 fizycznych stacji roboczych z systemem MS Windows 8.1/10 oraz serwerów w systemem operacyjnym MS Windows Server(…).
2. 1820 wirtualnych stacji z systemem MS Windows 7 udostępnianych, poprzez oprogramowanie (...) wraz z (...) lub 5.1.
3. 300 wirtualnych serwerów (wersja systemu jak w pkt. 1) korzystających z infrastruktury wirtualizacji Microsoft.
4. 300 wirtualnych serwerów (wersja systemu jak w pkt. 1) korzystających z infrastruktury (…) oraz(…).

– str. 4 Załącznika nr 1 do SIWZ pierwszy akapit).

W odniesieniu do modułu ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dedykowanego do zabezpieczenia środowisk wirtualnych zamawiający zażądał między innymi, aby oprogramowanie umożliwiało skanowanie bezagentowe (tylko z użyciem agenta (...)) oraz agentowe (niezależne od platformy wirtualizacyjnej) – str. 7 Załącznika nr 1 do SIWZ pkt 3).

KIO 2157/17 9

Zamawiający w rozdziale I pkt 11 SIWZ (Opis sposobu przygotowania ofert) wskazał, że „Ofertę *stanowi wypełniony formularz oferty wg. Wzoru zamieszczonego w Rozdziale III. Do oferty należy załączyć formularz cenowy oraz oświadczenie wymienione w pkt. 7.1.”*

Opracowany przez zamawiającego Formularz oferty (stanowiący Rozdział III) ujmował między innymi oświadczenie wykonawcy o zapoznaniu się z SIWZ i braku do niej zastrzeżeń, a także o akceptacji wzoru umowy oraz zobowiązanie do zawarcia umowy (w przypadku wyboru oferty) na warunkach określonych we wzorze.

Zgodnie z § 1 ust. 2 wzoru umowy (stanowiącego rozdział II SIWZ) „Szczegółowy *opis przedmiotu umowy, (…) określony jest w Opisie przedmiotu zamówienia i Formularzu cenowym stanowiących odpowiednio Załączniki nr 1 i nr 2 do umowy.”*

Opracowany przez zamawiającego Formularz cenowy, stanowiący załącznik nr 2 do Formularza oferty przewidywał wycenę przedmiotu zamówienia, poprzez wypełnienie wierszy odnoszących się do oprogramowania antywirusowego wraz z bezterminowymi licencjami oraz rocznym wsparciem dla producenta [w zakresie fizycznych serwerów i stacji roboczych (1), serwerów wirtualnych (w środowisku (...)) (2), serwerów wirtualnych (w środowisku (...)) (3), wirtualnych stacji (4), pozostałego oprogramowania, jeśli wymagane

dla systemu (5)] w szczególności w kolumnach „Specyfikacja dostawy *należy wpisać: producenta oprogramowania, nazwę i wersję oprogramowania”* oraz „Wartość jednostkowa”, „Liczba sztuk/kompletów/godz.”

Odwołujący złożył, na opracowanych przez zamawiającego wzorach, Formularz ofertowy oraz Formularz cenowy, wpisując w przypadku drugiego formularza – w odniesieniu do serwerów wirtualnych w środowisku (...) – „Symantec, *Endpoint Protection, License, ACD-GOV 500-999 Devices (SEP-NEW-AG-500-1K), Software Maintenance, Tier 3, Hihg Content, Price Category SM (SW-TIER-3-PRC-CAT-SM)”* w cenie jednostkowej 18,95 zł brutto i liczbie 300.

Oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący oraz przystępujący odpowiednio z cenami: 857 572,64 zł (oferując 61 godzin asysty technicznej) oraz 915 962,00 zł (oferując 65 godzin asysty technicznej).

Pismem z dnia 19 września 2017 roku (z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, żądając odpowiedzi na pytanie: „Czy warunek skanowania bezagentowego dla 300 serwerów pracujących w środowisku (...) zostanie spełniony przy użyciu zaoferowanego oprogramowania *Symentaec, Endpoint Protection* ? Zamawiający w OPZ str. 7 pkt 3.b. wymagał: „Oprogramowanie *powinno umożliwiać skanowanie bezagentowe (tylko z użyciem agenta*

(...)) oraz agentowe (niezależnie od platformy wirtualizacyjnej)”. Jeżeli tak, to w jaki sposób realizuje tę funkcjonalność i z czego wynika, że posiada tę funkcjonalność?

Odwołujący, w piśmie z dnia 22 września 2017 roku, udzielił następującej odpowiedzi: „(…) *oświadczamy, iż zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązanie spełnia warunek skanowania bezagentowego dla 300 serwerów pracujących w środowisku (...). Rozwiązanie to składa się z dwóch komponentów – Symantec Endpoint Protection, które umożliwia skanowanie agentowe oraz Symantec DataCenter Security: Server umożliwia skanowanie bezagentowe. Jest to tożsame z trendem rynkowym np. rozwiązanie używane przez Zamawiającego również składa się z kilku komponentów: McAfee Endpoint Protection Suite umożliwia skanowanie agentowe oraz McAfee AV for Servers i McAfee MOVE AV for Desktops umożliwia skanowanie bezagentowe.”*

Pismem z dnia 22 września 2017 roku z tożsamym (jak do odwołującego) pytaniem zamawiający zwrócił się do Symantec Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, uzyskując odpowiedź (e-mail z dnia 25 września 2017 roku): „potwierdzamy, *że rozwiązania Symantec spełniają wymagania SIWZ oraz udzielonych przez CIS uszczegóławiających odpowiedzi na pytania oferentów.”*

Pismem z dnia 27 września 2017 roku zamawiający, ponownie powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, tj. „Prosimy *o wyjaśnienie w jaki sposób Zamawiający będzie mógł objąć ochroną zarówno agentową jak i bezagentową 1820 wirtualnych stacji i 300 serwerów pracujących w środowisku (...) (razem 2120 stacji i serwerów) ? (…) Oferta firmy C. w pozycji 1.3 przewiduje dla serwerów wirtualnych (...) 300 licencji produktu(…), oprogramowania umożliwiającego tylko skanowanie agentowe – zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez firmę C., natomiast w pozycji 1.4 licencje produktu(…) – zgodnie z wyjaśnieniami firmy C. dla wirtualnych stacji pracujących w środowisku (...), został zaoferowany produktu umożliwiający tylko ochronę bezagentową.”*

Odwołujący, w piśmie z dnia 29 września 2017 roku, udzielił następującej odpowiedzi: „Informujemy, *że zgodnie z naszym oświadczeniem woli wyrażonym w treści oferty, jest ona kompletna i zgodna z OPZ SIWZ. Deklarujemy, iż zgodnie z przedstawiona uprzednio ofertą, w ramach zaoferowanej ceny, dostarczymy następujące licencje: - 7800 szt. licencji ochrony agentowej oraz – 2420 szt. licencji ochrony agentowej i bezagentowej (1820+300+300) dla środowisk wirtualnych. (…)”*

Pismem z dnia 4 października 2017 roku zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniając swoją decyzję w następujący sposób:

„Zgodnie *z pkt 3.b (str. 7) Opisu Przedmiotu Zamówienia zamawiający dla środowiska (...) oczekiwał rozwiązań gwarantujących równocześnie objęcie zakresem skanowania agentowego i bezagentowego zarówno serwerów wirtualnych, jak również wirtualnych stacji roboczych pracujących w środowisku (...). Zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy C. S.A. z dnia 22 września 2017r, zawartym w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, zaoferowany dla serwerów wirtualnych produkt (…)*
w ilości 300 szt. umożliwia skanowanie agentowe, a nie umożliwia skanowania bezagentowego. Ponadto zaoferowany dla wirtualnych stacji roboczych produkt (...) w ilości 1820 szt. umożliwia skanowanie bezagentowe, a nie umożliwia skanowania agentowego. Zawarte w treści oferty zaoferowane produkty nie spełniają więc wymogów Zamawiającego przedstawionych w SIWZ, w związku z czym oferta podlega odrzuceniu."

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego zamawiający odwołał się wyłącznie do treści wyjaśnień odwołującego z dnia 22 września 2017 roku. Zamawiający nie dopatrzył zatem się niezgodności treści oferty odwołującego (Formularza cenowego) z treścią SIWZ w sformułowaniach użytych przez odwołującego, opisujących oferowany przedmiot w kolumnie „Specyfikacja *dostawy"* czy to dla pozycji 1.3 (serwery wirtualne w środowisku (...) w ilości 300), czy to dla pozycji 1.4. (wirtualne stacje w ilości 1820).

Z treści zapytania zamawiającego z dnia 19 września 2017 roku wynika, że pytanie dotyczyło wyłącznie 300 serwerów wirtualnych w środowisku (...), tj. pozycji 1.3. Formularza cenowego oraz, że wątpliwość dotyczyła tego, czy zaoferowane dla tych serwerów oprogramowanie, jak wymagał tego zamawiający, umożliwia skanowanie bezagentowe. Zamawiający oczekiwał także, w przypadku odpowiedzi twierdzącej, wskazania sposobu realizacji funkcjonalności (bezagentowe skanowanie) i z czego ona wynika.

Adekwatnie do pytania odwołujący, wyłącznie w odniesieniu do 300 serwerów wirtualnych w środowisku (...), wyjaśnił, że zaproponował rozwiązanie komponentowe składające się z komponentu „bezagentowego" (Symantec *DataCenter Security: Server)* – co do czego miał wątpliwości zamawiający oraz „agentowego".

Odwołał się nadto to „trendu rynkowego" oraz obecnie używanego przez zamawiającego rozwiązania, opisanego przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ na str. 2 jako dostępne w ramach pakietów.

Na podstawie ww. wyjaśnień odwołującego stwierdzić ponad wszelką wątpliwość należy, że rozwiązanie zaproponowane przez odwołującego w przypadku 300 serwerów wirtualnych pracujących w środowisku (...) to rozwiązanie komponentowe, zapewniające tak komponent agentowy, jak i bezagentowy oraz tożsame z obecnie używanym przez zamawiającego rozwiązaniem pakietowym („w *ramach pakietów*" – tak nazwał je zamawiający na str. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ).

Oceniając zasadność wniosku zamawiającego, tj. iż z oświadczenia odwołującego z dnia 22 września 2017 roku wynika, iż odwołujący zaoferował (dla serwerów wirtualnych) produkt, który umożliwia jedynie skanowanie agentowe, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wniosek ten jest błędny i całkowicie sprzeczny z treścią wyjaśnień odwołującego – z wyjaśnień tych wynika mianowicie to, iż zaoferowane rozwiązanie zawiera dwa komponenty: agentowy i bezagentowy.

Powyższe przesądza o tym, iż odrzucenie oferty odwołującego z przyczyn wskazanych w zawiadomieniu z dnia 4 października 2017 roku (jakoby z wyjaśnień odwołującego wynikało, że zaoferowany dla serwerów wirtualnych produkt umożliwiał jedynie skanowanie agentowe) było bezpodstawne.

W odniesieniu do podstawy odrzucenia w zakresie wirtualnych stacji roboczych *(„Ponadto zaoferowany dla wirtualnych stacji roboczych produkt (...) w ilości 1820 szt.*

umożliwia skanowanie bezagentowe, a nie umożliwia skanowania agentowego.") stwierdzić należy, że zamawiający, żądając wyjaśnień przy piśmie z dnia 19 września 2017 roku nie wyartykułował żadnych wątpliwości w odniesieniu do tychże stacji (tj. do pozycji 1.4. Formularza cenowego), zaś w zapytaniu z dnia
27 września 2017 roku, opierając się na odpowiedzi dotyczącej wyłącznie serwerów wirtualnych błędnie przyjął, iż dla wirtualnych stacji odwołujący zaoferował produkt umożliwiający jedynie ochronę bezagentową.

Podkreślić należy, że z żadnego ze złożonych przez odwołującego oświadczeń (w ramach wyjaśnień z dnia 22 i 29 września 2017 roku) w żadnym razie nie wynika – jak wskazał zamawiający w zawiadomieniu z dnia 4 października 2017 roku – że w przypadku wirtualnych stacji roboczych odwołujący zaoferował produkt umożliwiający jedynie skanowanie bezagentowe.

Wyjaśnienia z 22 września 2017 roku wirtualnych stacji w ogóle nie dotyczyły, zaś udzielając wyjaśnień przy piśmie z dnia 29 września 2017 roku, odwołujący oświadczył, że w ramach zaoferowanej ceny dostarczy licencje ochrony agentowej i bezagentowej w łącznej liczbie 2420 (w tym 1820, które odnieść należy do stacji wirtualnych i 300, które

---

należy odnieść do serwerów wirtualnych w środowisku (...)), przy czym wskazać należy, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, nie podnosił, iżby ten łączny sposób ujęcia licencji dla ochrony agentowej i bezagentowej budził jakiekolwiek jego zastrzeżenia

Powyższe przesądza o tym, iż odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy z żadnego ze złożonych przez odwołującego oświadczeń, czy to w ramach wyjaśnień z dnia 22, czy 29 września 2017 roku nie wynika, że w przypadku wirtualnych stacji roboczych odwołujący zaoferował produkt umożliwiający jedynie skanowanie bezagentowe, było bezpodstawne.

Podkreślenia także wymaga, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, nie kwestionował opisu oferowanego oprogramowania (pozycje 1.3. i 1.4. Formularza cenowego) jako takiego, który wyklucza uznanie (w przypadku obu pozycji), że jest to oprogramowanie umożliwiające skanowanie agentowe i bezagentowe jednocześnie.

Zauważyć nadto wypada, że podstaw do powzięcia wątpliwości co do zaoferowania przez odwołującego rozwiązania zgodnego z wymaganiami SIWZ nie dawała odpowiedź Symantec Poland Sp. z o.o. z W. z dnia 25 września 2017 roku, udzielona na żądanie zamawiającego.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził i w konsekwencji nakazał zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że prezentowana przez strony i uczestnika postępowania argumentacja w części dotyczyła niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ z przyczyn, które nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty odwołującego (opis oferowanego oprogramowania w kolumnie „Specyfikacja dostawy" Formularza cenowego).

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty przystępującego, tj.

- bezzasadnego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy oferta ta jest sprzeczna z SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 2,
- bezzasadnego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, czy zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 6,
- bezzasadnego zaniechania wezwania D. do złożenia oświadczenia w formie dokumentu JEDZ, a w razie braku uzupełnienia tego oświadczenia wykluczenie wykonawcy z postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art 26 ust. 3 w zw. z art 25a

skład orzekający Izby wskazuje, że zarzut ten jest przedwczesny.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp „Odwołanie *przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy".*

Odwołujący podniósł, że „mimo *odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający w sposób całkowicie bezzasadny zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy D.. Wskazać należy, że Zamawiający przekazał Odwołującemu informację zatytułowaną: „Zawiadomienie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone", w której Zamawiający uzasadniał odrzucenie jedynie oferty Odwołującego. Tym samym z działań Zamawiającego w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy D. a brak wyboru oferty najkorzystniejszej wynika tylko i wyłącznie z zastosowania procedury odwróconej i zapewne wezwania wykonawcy D. do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1."* (str. 6 odwołania pkt 2).

Innymi słowy, odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten, zawiadamiając go w dniu 4 października 2017 roku o odrzuceniu jego oferty, nie zawiadomił jednocześnie o odrzuceniu oferty przystępującego, pomimo tego, że były ku temu podstawy, a brak wyboru oferty najkorzystniejszej wynika z oczekiwania zamawiającego na złożenie przez przystępującego oświadczeń / dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym w momencie zawiadomienia odwołującego o odrzuceniu jego oferty procedura badania i oceny oferty przystępującego pod kątem zgodności jej treści z treścią SIWZ nie została jeszcze zakończona.

Jak bowiem wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 4 października 2017 roku zamawiający wezwał przystępującego, z powołaniem się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty w zakresie objęcia zaoferowanym produktem ochrony serwerów wirtualnych zarówno w środowisku (...), jak i w środowisku (...), a dodatkowo w zakresie komponentów zaoferowanego pakietu.

Zamawiający wyznaczył przystępującemu termin na złożenie wyjaśnień do dnia 9 października 2017 roku do godz. 9.[30].

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że zamawiającemu, który w dacie 4 października 2017 roku nie zakończył jeszcze badania i oceny oferty przystępującego nie sposób przypisać w tejże dacie zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Ze względu na powyższe skład orzekający Izby za zbędną uznał złożoną przez odwołującego na rozprawie opinię KPT Doradcy Podatkowi sp. z o.o. z W. dotyczącą opodatkowania VAT usług szkoleniowych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238, ze zm.).

Przewodniczący: ……