

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Aleksandra Kot
Luiza Łamejko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **10 sierpnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **28 lipca 2023 r.**

przez wykonawcę: **Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa macierzy dyskowej i przełączników sieciowych, wraz ze wsparciem (z podziałem na 2 części)* [BDG-WZP.261.3.2023.KK]

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Ministerstwo Edukacji i Nauki z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu z pkt III.3. i pkt XI odwołania.**
- 2. Uwzględnia odwołanie co do zarzutu z pkt III.1 lit. b) i pkt VIII odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności – odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).**
- 3. Oddala odwołanie co do zarzutu z pkt III.1. lit a) i pkt VII odwołania.**
- 4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Przystępującego po połowie i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) odpowiadającą połowie uiszczonego wpisu od odwołania.
 - 3) znosi wzajemnie między Odwołującym i Przystępującym uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia ich pełnomocników.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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**.

Uzasadnienie

Ministerstwo Edukacji i Nauki {dalej: „MEiN” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Dostawa macierzy dyskowej i przełączników sieciowych, wraz ze wsparciem (z podziałem na 2 części)* [BDG-WZP.261.3.2023.KK].

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 maja 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_089 pod poz. 243185.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

18 lipca 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Baetacom” lub „Przystępujący”}.

28 lipca 2023 r. Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Innergo” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od takiego rozstrzygnięcia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp [jeżeli poniżej nie wskazano oznaczeń innych aktów prawnych]:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Betacomu, pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia w zakresie wymaganego okresu wsparcia dla: a) przełączników; b) licencjonowanych odrębnie funkcjonalności Switch Datacenter.
2. Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 – przez nieprawidłową ocenę oferty Betacomu i przyznanie jej dodatkowych punktów w kryterium „Funkcjonalności sprzętu”, podkryterium „Pozostałych wymagań dotyczących przełączników sieciowych” [zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty].
3. Art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 – przez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez Betacom jako tajemnica przedsiębiorstwa: Wykazu wykonanych dostaw dla części 2 oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie (w tym uzupełnionego w wyniku wezwania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy z poz. 1 Wykazu), mimo że zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa ani nie zostało to przez Betacom wykazane w załączonym uzasadnieniu zastrzeżenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Betacom jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ewentualnie przyznania tej ofercie 0 pkt w kryterium „Funkcjonalności sprzętu”, podkryterium „Pozostałych wymagań dotyczących przełączników sieciowych”.
4. Udostępnienia informacji zastrzeżonych przez Betacom jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. Wykazu wykonanych dostaw dla części 2 i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazach.
5. Ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

Brzmienie uzasadnienia odwołania [z pominięciem numerowania kolejnych akapitów; podkreślenia i pogrubienia zamieniono jednolicie na podkreślenia] co do zarzutów odwołania z pkt 1. lit a) oraz b) zmierzających do odrzucenia oferty Betacomu:

[ad pkt III.1. lit. a) – dalej również jako zarzut główny nr 1]

VII. Zarzut dot. okresu wsparcia technicznego dla zaoferowanych przełączników.

Zgodnie z wymaganiami warunków zamówienia, OPZ „Pozostałe wymagania” pkt 2 oraz rozdz. III ust. 1 część II pkt 3 lit. a) SWZ:

„Zamawiający wymaga zapewnienie wsparcia technicznego na zakupione przełączniki i wyposażenie. Wymagane jest zapewnienie następującego wsparcia dla urządzeń i całego wyposażenia:

- 1) 60-miesięczne wsparcie techniczne na poziomie 8x5xNBD;*
- 2) stała licencja lub 36-miesięczna subskrypcja (w przypadku gdy jest ona niezbędna dla zapewnienia wymaganej funkcjonalności)”.*

Zamawiający wymagał jednoznacznego wskazania oferowanych produktów w Formularzu oferty, poprzez wypełnienie tabeli i podanie producenta oraz oznaczenia (model i/lub nr produktu) oferowanych komponentów. W poz. 10 tabeli zawartej w Formularzu oferty, należało podać – z dokładnością do producenta i nr produktu – oznaczenie oferowanego wsparcia i licencji dla zaoferowanych komponentów.

Betacom w złożonej przez siebie ofercie wskazał na zaoferowanie produktów o nr: CON-SNT-C9504YA4, CON-SNT-N9KC93X3 oraz CON-SNT-C9200XGE, które to produkty odnoszą się do wsparcia technicznego dla przełączników zaoferowanych przez Betacom jako przełączniki Core, Datacenter i Access. Jednakże, podane oznaczenie produktu nie pozwala na ustalenie, jaki okres wsparcia jest przedmiotem złożonej przez Betacom oferty. Nie pozwala na to również pozostała treść tabeli.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.06.2023 r., obejmujące m.in. powyższą wątpliwość, zgłoszoną przez Odwołującego, a podzieloną przez Zamawiającego (na co wskazuje skierowane do Betacom wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp), w piśmie z dnia 28.06.2023 r. Betacom wskazał, iż podał identyfikację produktów „poprzez podane numery produktów wg nomenklatury ich producenta”, a dodanie dodatkowych danych/opisów wskazujących w szczególności na okres wsparcia, nie było wymagane przez Zamawiającego.

Takie wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie, gdyż wbrew twierdzeniom Betacom, producent posługuje się nomenklaturą, w której zaoferowany okres wsparcia identyfikowany jest w ramach numeru produktu, tj. numery produktów różnią się w zależności od tego, na jaki okres wykupiona jest usługa wsparcia. Jest zatem możliwe, a w świetle wymagań SWZ – konieczne, podanie numeru produktu pozwalającego na jednoznaczne zidentyfikowanie oferowanej usługi wsparcia. W przypadku zaoferowanej przez Betacom usługi serwisowej, prawidłowe numery produktów identyfikujące zaoferowanie zgodnego z wymaganiami Zamawiającego 5-letniego okresu wsparcia, to odpowiednio:

CON-5SNT-C9504YA4 – dla urządzeń Switch Core

CON-5SNT-N9KC93X3 – dla urządzeń Switch Datacenter

CON-5SNT-C9200XGE – dla urządzeń Switch Access

Powyższe oznacza, że Betacom sporządził treść oferty w sposób nie pozwalający na jednoznaczne określenie oferowanych produktów oraz nie wykazujący zaoferowania wsparcia dla zaoferowanych komponentów zgodnego z wymaganiami SWZ. Betacom wskazując niepełny (krótszy) numer produktu, nie potwierdził, że oferuje wsparcie na wymagany przez Zamawiającego okres. Tym samym, oferta nie została sporządzona zgodnie z wymaganiami SWZ ani w sposób pozwalający na potwierdzenie jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Treść złożonej oferty nie zapewnia, że dostarczone na ewentualnym etapie realizacji produkty, jakkolwiek zgodne z oznaczeniem zastosowanym w Formularzu oferty, będą zgodne z wymaganiami OPZ.

Powyższa niezgodność kwalifikuje złożoną ofertę jako podlegającą odrzuceniu stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż niezgodność ta nie podlega poprawieniu bez naruszeniu zakazu negocjowania treści złożonej oferty. Ponadto, udzielając wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, Betacom nie wskazywał na konieczność poprawienia treści złożonej przez niego oferty, ale podtrzymał prawidłowość jej wypełnienia wskazując, że doprecyzowanie treści oferty w zakresie długości oferowanego okresu wsparcia (wskazanie numeru produktu jednoznacznie identyfikującego zaoferowaną usługę z dokładnością do długości okresu wsparcia) nie było wymagane.

[ad pkt III.1. lit. b) – dalej również jako zarzut główny nr 2]

VIII. Zarzut dot. wymaganego okresu wsparcia dla licencjonowanych odrębnie funkcjonalności przełącznika Switch Datacenter.

Zgodnie z wymaganiami warunków zamówienia, OPZ „Pozostałe wymagania” pkt 2 oraz rozdz. III ust. 1 część II pkt 3 lit. a) SWZ:

„Zamawiający wymaga zapewnienie wsparcia technicznego na zakupione przełączniki i wyposażenie. Wymagane jest zapewnienie następującego wsparcia dla urządzeń i całego wyposażenia:

- 1) 60-miesięczne wsparcie techniczne na poziomie 8x5xNBD;\
- 2) stała licencja lub 36-miesięczna subskrypcja (w przypadku gdy jest ona niezbędna dla zapewnienia wymaganej funkcjonalności)”.

Również w ramach postanowień Umowy Zamawiający wymagał zapewnienia 60-miesięcznej gwarancji obejmującej aktualizacje oprogramowania i dostęp do poprawek oprogramowania urządzenia oraz wsparcia technicznego świadczonego przez cały okres gwarancji (§6 ust. 2 i 4 PPU dla Części II).

Zamawiający potwierdził przy tym, w ramach wyjaśnień treści SWZ (Odpowiedź na pytanie 21), że podtrzymuje wymaganie 60-miesięcznego wsparcia technicznego również w takim przypadku, gdy wygasną przewidziane „36-miesięczne subskrypcje na funkcjonalności, które są dodatkowo licencjonowane w ramach wymaganych parametrów”. Zamawiający wskazał ponadto, że „nie ma wpływu na modele licencjonowania stosowane przez producentów”. Oznacza to, że po stronie Wykonawców spoczywało dobranie rozwiązania, w ramach modelu licencjonowania wybranego producenta, które pozwalać będzie na spełnienie podtrzymanych wymagań Zamawiającego. Wymagania te przewidywały zachowanie pełnego 60-miesięcznego okresu wsparcia technicznego, niezależnie od tego, czy Wykonawca zdecydował się na licencje stałe czy też tylko na 36-miesięczną subskrypcję (której ewentualne przedłużenie pozostawać będzie w gestii Zamawiającego).

Betacom zaoferowało dla Switchy Datacenter urządzenia Cisco Nexus serii 9300 (numer produktu: N9K-C93180YC-FX3 wskazany w poz. 2 tabeli) oraz zaoferowanego systemu operacyjnego NX-OS (PN: MODE-NXOS oraz NXOS-CS-10.3.2F). W poz. 10 tabeli w Formularzu oferty (Wsparcie i licencje dla zaoferowanych komponentów) wskazano 3 kody produktów odnoszące się do tych przełącznika Nexus, tj:

- 1) CON-SNT-N9KC93X3 – usługa wsparcia technicznego typu SmartNet dla urządzenia Nexus 9300. Numer produktu podany w ofercie nie wskazuje okresu wsparcia (co jest przedmiotem odrębnego zarzutu opisanego powyżej),
- 2) C1E1TN9300XF-3Y – Data Center Networking Essentials Term N9300 XF, 3Y – subskrypcja licencji na funkcjonalności oprogramowania dla urządzeń Cisco Nexus 9300. Subskrypcja ze wskazanym okresem – 3 lata.
- 3) SVS-B-N9K-ESS-XF – EMBEDDED SOLN SUPPORT SWSS FOR ACI NEXUS 9K – usługa wsparcia technicznego dla oprogramowania, tworzącego funkcjonalności licencjonowane w sposób subskrypcyjny. Wskazany w treści oferty okres usługi wynosi 36 miesięcy.

Zgodnie z modelem licencjonowania stosowanym przez producenta CISCO okres wsparcia technicznego dla licencjonowanego produktu musi być identyczny z czasem trwania licencji subskrypcyjnej, tzn. iż nie jest możliwe wykupienie dla danego produktu, który jest licencjonowany w modelu subskrypcyjnym na 3 lata, wsparcia technicznego na okres dłuższy, np. 5 lat.

Dla zaoferowanego rozwiązania, zgodnie z udostępnionymi przez Zamawiającego opcjami licencjonowania oprogramowania, Wykonawca mógł zaoferować licencje subskrypcyjne na okres 3, 5 lub 7 lat lub też licencje wieczyste (stałe), z tym, że spośród dostępnych opcji, tylko wybór licencji subskrypcyjnej na okres co najmniej 5 lat lub licencji wieczystej umożliwiał zapewnienie zgodnego z wymaganiami Zamawiającego okresu 60-miesięcznego wsparcia technicznego.

Zaoferowanie przez Betacom wybranych produktów wraz z opcją licencji subskrypcyjnej na okres 36 miesięcy – co wynika z kodów produktów wskazanych w pkt 4 ppkt 2) i 3) powyżej – oznacza, że dla szeregu wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności, licencjonowanych odrębnie na podstawie licencji subskrypcyjnej (funkcjonalności takie jak: BGP, OSPF, PBR, EVPN, NetFlow) zapewniono okres wsparcia technicznego krótszy niż wymagane przez Zamawiającego 60 miesięcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 8 sierpnia 2023 r. oświadczył, że uznaje w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Przystępujący na posiedzeniu przed Izbą zgłosił sprzeciw co do powyższej czynności Zamawiającego (z wyjątkiem uwzględnienia zarzutu z pkt III.3. i pkt XI odwołania), zaś w swoim piśmie procesowym z 10 sierpnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz w pierwszej kolejności odniósł się do zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty Betacomu, jak to poniżej zacytowano [z pominięciem numerowania kolejnych akapitów i osadzonych w tekście obiektów, których istnienie jedynie odnotowano].

{ad pkt III.1. lit. a) i pkt VIII odwołania – zarzutu głównego nr 1}

[zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp – wsparcie dla przełączników]

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający w Formularzu Ofertowym, dla części II wymagał wskazania modelu, producenta oraz numeru produktu (part number, PN) oferowanych przełączników.

Przystępujący wskazał wszystkie te dane w przedłożonym Formularzu Ofertowym.

Odwołujący zarzuca, że Przystępujący posłużył się niepełnym, skróconym numerem produktu od tego, którym posługuje się producent przełączników, co uniemożliwia określenie oferowanego wsparcia dla przełączników. Zarzut ten jest bezzasadny.

Należy wskazać, że u Cisco, będącego producentem przełączników zaoferowanych przez Przystępującego, istnieją dwie możliwości zapisu PN dla usług wsparcia. Jednym z nich jest ten wskazywany przez Odwołującego, w którym istotnie zaoferowany okres wsparcia jest identyfikowany w ramach numeru produktu oraz drugi, którym posłużył się Przystępujący – uniwersalny PN, bez podawania w jego treści ilości lat wsparcia.

Taki uniwersalny PN pojawia się m.in. w oficjalnym cenniku Cisco, umieszczonym na stronie internetowej tego producenta czy też w konfiguratorze Cisco (CCW). Z poniższego zrzutu ekranu z tego konfiguratora wynika, że istnieją oba numery produktu, które są równoważne cenowo:

[pierwszy osadzony w tekście obiekt]

Takim numerem produktu posługują się także dystrybutorzy, co potwierdzają ich strony internetowe:

[drugi osadzony w tekście obiekt]

fragment zrzutu ekranu ze strony dystrybutora:

https://supertech.pl/produkt/cisco_con_snc_n9kc93x3_rozszerzenia_gwarancji_93246177.htm

[trzeci osadzony w tekście obiekt]

fragment zrzutu ekranu ze strony dystrybutora:

https://supertech.pl/produkt/cisco_con_snc_c9504ya4_rozszerzenia_gwarancji_75159039.html

W końcu takim numerem posłużył się także dystrybutor Przystępującego, od którego otrzymał ofertę przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu. Poniżej fragment oferty, którą otrzymał Przystępujący:

[czwarty osadzony w tekście obiekt]

Z oferty tej wynika nie tylko fakt, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący nie posłużył się żadnym niepełnym, skróconym numerem produktu, ale PN powszechnie funkcjonującym na rynku (co potwierdzają także powyższe zrzuty ekranu), ale, że oferuje wsparcie na wymagane przez Zamawiającego 60 miesięcy.

Co istotne w wyjaśnieniach z dnia 28.06.2023 r. Przystępujący w odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego wskazał, że wypełnił Formularz Ofertowy zgodnie z SWZ (wskazując wymagany model, producenta oraz numer produktu oferowanych przełączników), a ze względu na to, że w Formularzu nie było miejsca na wskazanie innych danych (m.in. okresu wsparcia) potwierdza, że zaoferowany produkt w zakresie wątpliwości odnośnie zaoferowanego okresu wsparcia są wypełni zgodnie z wymaganiami SWZ.

Oczywistym jest za tym, że w Formularzu Ofertowym Przystępujący wskazał wszystkie dane wymagane przez Zamawiającego, a następnie rozwił jego wątpliwości co do okresu wsparcia, którego nie trzeba było odrębnie wskazywać w tym Formularzu. Z tego względu zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

{ad pkt III.1. lit. b) i pkt VIII odwołania – zarzutu głównego nr 2}

[zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp

– wsparcie dla funkcjonalności Switch Datacenter]

Podobnie jak w przypadku powyższego zarzutu, również i ten został postawiony na podstawie błędnego

przekonania co do zasad funkcjonujących u producenta Cisco.

Tak jak powyżej Przystępujący posłużył się powszechnie stosowanym przez Cisco i dystrybutorów numerem produktu (który Odwołujący nazywa skróconym i niepełnym), tak w przypadku tego zarzutu należy podkreślić, że nieprawdą jest, że w modelu licencjonowania Cisco okres wsparcia technicznego dla licencjonowanego produktu musi być identyczny z czasem trwania licencji subskrypcyjnej.

Podkreślenia wymaga, że na tym, w żaden sposób nieudowodnionym, twierdzeniu opiera się cały zarzut Odwołującego.

Zamawiający bowiem wyraźnie wskazał, że wymaga dla urządzeń i wyposażenia 60 miesięcznego wsparcia technicznego oraz stałej licencji lub 36-miesięcznej subskrypcji (w przypadku, gdy jest ona niezbędna dla zapewnienia wymaganej funkcjonalności). Co istotne, w odpowiedzi na pytanie 21 do treści SWZ z dnia 19.05.2023 r. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga 60 miesięcznego wsparcia technicznego i 36 miesięcznej subskrypcji na funkcjonalności, które są dodatkowo licencjonowane w ramach wymaganych parametrów. Po 36 miesiącach licencjonowane subskrypcją funkcjonalności wygasną i w razie potrzeby zostaną przedłużone przez Zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Nie zgodził się również na proponowaną zmianę treści SWZ zakładającą 60 miesięczną subskrypcję na funkcjonalności.

Oznacza to, że Zamawiający wyraźnie rozróżnia 60 miesięczne wsparcie techniczne oraz 36 miesięczną subskrypcję, jeżeli jest ona niezbędna dla zapewnienia wymaganej funkcjonalności, która po wygaśnięciu przedłuży w razie potrzeby we własnym zakresie.

Bezsprzecznie Przystępujący zaoferował 36 miesięczne subskrypcje dla pozycji Data Center Networking oraz powiązanej z nią Embedded Soln Support. W żaden sposób nie oznacza to jednak, że nie zapewnia on 60 miesięcznego wsparcia technicznego, które zostało udzielone odrębnie.

Poniżej zrzut ekranu z oferty od dystrybutora Przystępującego, z której wynika udzielenie wsparcia technicznego dla sprzętu i oprogramowania przełącznika na okres 60 miesięcy (pozycja 3.0.1.) oraz niezależnie, wskazane przez Odwołującego pozycje Data Center Networking oraz Embedded Soln Support z subskrypcjami na 36 miesięcy.

[piąty osadzony w tekście obiekt]

Tłumaczenie własne informacji z pkt 3.9 i 3.10 – requested for: 36 months (żądany na 36 miesięcy), automatically renews for: no auto renewal (automatyczne odnowienie: brak automatycznego odnowienia) billing frequency: prepaid term (częstotliwość rozliczeń: przedpłata).

Jak wyraźnie widać wygaśnięcie subskrypcji z pozycji 3.9 i 3.10 nie wpływa na okres wsparcia określony w pozycji 3.0.1. Podkreślenia wymaga, że twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami. Rzekoma zasada obowiązująca w Cisco wiążąca okres subskrypcji z okresem wsparcia jest gołosłownym twierdzeniem.

Podkreślenia wymaga, że gdyby istotnie takie związanie tych okresów istniało to Zamawiający nie rozróżniałby tych okresów, gdyż zaoferowanie 36 miesięcznej subskrypcji byłoby niemożliwe.

Z ostrożności Przystępujący wskazuje również na zrzut ekranu z konfiguratora Cisco, z którego jednoznacznie wynika, że ujęty w pozycji 3.0.1. Smartnet zaoferowany przez Przystępującego stanowi wsparcie dla sprzętu i oprogramowania:

[szósty osadzony w tekście obiekt]

Tłumaczenie własne: - RMA (Return Merchandise Authorisation czyli Upoważnienie do zwrotu towaru), Software Application Updates – czyli dostęp i możliwość aktualizowania oprogramowania, Software Maintenance Releases – dostęp do kolejnych wersji oprogramowania, TAC Access – dostęp do pomocy technicznej świadczonej przez producenta, Advanced Hardware Replacement – w przypadku awarii urządzenia możliwość zgłoszenia i otrzymania urządzenia zastępczego w określonym czasie (w tym wypadku serwis jest NBD czyli następnego dnia roboczego)

W oczywisty sposób więc zarzut jest bezzasadny, ponieważ Przystępujący zaoferował wymagane wsparcie na 60 miesięcy oraz subskrypcje na 36 miesięcy, co jest zgodne z treścią OPZ, natomiast rzekoma niemożliwość takiego zaoferowania produktów ze względu na obowiązujące w Cisco zasady nieostała w żaden sposób wykazana przez Odwołującego.

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

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości i wobec zgłoszonego sprzeciwu, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co

następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego (jako podlegającego wykluczeniu) może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie, co nie było też sporne.

{umorzenie w zakresie zarzutu odwołania z pkt III.1 i pkt XI odwołania}

Jak to już powyżej odnotowano, sprzeciw Przystępującego nie dotyczył uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Betacom jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Oddział 3 „Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego” ustawy pzp zawiera kazuistyczne uregulowania: w art. 522 ust. 1-4 – skutków uwzględnienia przez zamawiającego w całości lub w części zarzutów odwołania, a w art. 523 ust. 1-3 – skutków zgłoszenia przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co takich czynności zamawiającego.

W szczególności z art. 522 ust. 3 pzp wynika, że skutkiem niezgłoszenia przez przystępującego sprzeciwu co do uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu odwołania jest umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w związku z tym zarzutem.

Z kolei według art. 523 ust. 3 pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Zatem *a contrario* odwołanie nie podlega rozpoznaniu w zakresie zarzutu, którego uwzględnienie przez zamawiającego nie spotkało się ze sprzeciwem przystępującego po jego stronie.

Wreszcie art. 568 pkt 3 ustawy pzp stanowi, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

Reasumując, co prawda w przepisach art. 522-523 ustawy pzp nie została wprost przewidziana sytuacja, w której zamawiający uwzględni w całości odwołanie, a przystępujący zgłasza sprzeciw częściowy, czyli co do uwzględnienia niektórych zarzutów, tym niemniej *per analogiam* należy przyjąć, że postępowanie odwoławcze w zakresie, który w ten sposób okazuje się niesporny, należy umorzyć.

Stąd Izba w ustalonych powyżej okolicznościach, działając na podstawie art. 522 ust. 3 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

{rozpatrzenie zarzutów odwołania z pkt III.3. lit. a) i b) oraz pkt VIII-VIII odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Z pkt 3 rozdziału 13 SWZ Opis sposobu przygotowania ofert wynika, że na ofertę składają się wypełnione przez wykonawcę: 1) Formularz ofertowy, 2) Opis oferowanego sprzętu, udostępnione jako załączniki nr 1 i 2 do SWZ.

Formularz ofertowy dla części II – przełączniki sieciowe zawiera – pod gotowym oświadczeniem m.in. co do wykonania zamówienia z uwzględnienia wymagań określonych w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do PPU – tabelę obejmującą 12 pozycji, na które podzielono przedmiot zamówienia, oznaczonych kolejnymi liczbami porządkowymi (lp.), przy czym dla każdej z nich należało podać cenę jednostkową i wartość w zł brutto (dla lp. 1.-9.) lub tylko wartość brutto (dla l.p. 10.-12.), a ponadto dla większości z nich (tj. z wyjątkiem lp. 11. dot. usługi wdrożenia przełączników sieciowych i lp. 12. dot. przeprowadzenia szkolenia w zakresie dostarczonego oprogramowania) wyodrębniono miejsce przeznaczone na wpisanie oferowanych:

- w lp. 1.-9. – komponentów sprzętowych (w tym lp. 1.-3. przełączników), przez wskazanie modelu, producenta i nr produktu;
- w lp. 10. – wsparcia i licencji dla tych zaoferowanych komponentów, ponownie zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do PPU, przez wskazanie producenta i nr produktu;

Formularz Opisu oferowanego sprzętu dla części II – przełączniki sieciowe zawiera *facto* w lp. 1.-14. opis minimalnych parametrów trzech rodzajów przełączników, wymagający od wykonawcy w ostatniej kolumnie opisanej nagłówkiem „Parametry techniczne oferowanego produktu” jedynie przekreślenia jednej z alternatyw: „spełnia/ nie spełnia”.

[powyższe ustalono na podstawie treści SWZ z załącznikami]

Reasumując, o ile ze wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SWZ wynika oczekiwanie sprecyzowania co do producenta, modelu i nr produktów składających się na rozwiązanie sprzętowo-programowe

oferowane przez wykonawcę, o tyle nie zostało nigdzie w SWZ wprost wyrażone wymaganie, aby nr produktów składających się na wsparcie identyfikowały jego długość, czyli *de facto* potwierdzały, że wynosi on wymagane 60-miesięcy.

Betacom sporządził ofertę na tych formularzach, w tym podał w poz. oznaczonej lp. 10. jako sprecyzowanie oferowanego wsparcia i licencji dla zaoferowanych powyżej komponentów (przede wszystkim przełączników kategorii Core, Datacenter i Access wyszczególnionych kolejno w poz. 1.-3.) m.in. takie nr produktów producenta Cisco, jak to wskazano w uzasadnieniu odwołania, co było zresztą niesporne.

Przystępujący wykazał, że w oficjalnych kanałach sprzedaży produktów Cisco wsparcie techniczne dla przełączników z poz. 1.-3. tabeli formularza oferty Betacomu w postaci serwisu typu SmartNet (w skrócie: SNT) występuje w dwóch wersjach oznaczenia literowo-liczbowego numeru produktu (ang. *part number*), z których ta dłuższa zawiera dodatkowo liczbę identyfikującą długość wsparcia, co nie oznacza, że krótsza wersja oznaczenia nie może dotyczyć wymaganego w tym przetargu 60-miesięcznego okresu wsparcia [1] zrzut ekranu konfiguratora Cisco (CCW) wklejony pierwszy obiekt w piśmie Przystępującego; 2) wydruk oferty z 24.05.2023 r. dystrybutora Ingram Micro sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie dla Betacomu na potrzeby tego przetargu złożony na posiedzeniu (oznaczono jako dowód „P1”); 3) pkt 1. wiadomości e-mail z 9 sierpnia 2023 r. od osoby zajmującej stanowisko Account Manager Public System – wydruk złożony na posiedzeniu (oznaczono jako dowód „P2”)].

Powyższego nie zakwestionował Przystępujący, który jedynie konsekwentnie obstawał przy tym, że w formularzu oferty składanej w tym przetargu należało podać wersję z dodatkową liczbą „5” (w domyśle lat) jako identyfikującą wymagany 60-miesięczny okres wsparcia, dla dowiedzenia czego nieprzydatne są zgłoszone przez niego na posiedzeniu dowody [oznaczone jako 1A i 1B].

Jak wynika z tabeli formularza oferty Betacomu, w poz. 2 jako Switch Datacenter zaoferował on przełącznik model Cisco Nexus serii 9300 (nr produktu N9K-C93180YC-FX3) z systemem operacyjnym NX-OS w wersji 10.3.2F (nr produktu NXOS-CS-10.3.2F), z możliwością przełączania trybu pracy z NX-OS na ACI (nr produktu Mode-NXOS dla którego oferowane wsparcie i licencje sprecyzował przez podanie jako numerów produktów: *CON-SNT-N9KC93X3*; *C1E1TN9300XF-3Y*; *Requested For: 36.00 Months / Automatically Renews For: No Auto Renewal / Billing Frequency Prepaid Term*; *SVS-B-N9K-ESS-XF*; *Requested For: 36.00 Months / Automatically Renews For: No Auto Renewal / Billir Frequency: Prepaid Term*.

Przy czym poszczególne angielskie zwroty w tłumaczeniu na język polski oznaczają: 1) *Requested For: 36.00 Months* – żądane na 36 miesięcy; 2) *Automatically Renews For: No Auto Renewal* – automatyczne odnowienie: brak automatycznego odnowienia; 3) *Billing Frequency: Prepaid Term* – częstotliwość rozliczeń: przedpłata [okoliczności bezsporne].

Za powyższymi oznaczeniami literowo-słownymi kryją się następujące produkty Cisco:

- *CON-SNT-N9KC93X3* – usługa wsparcia technicznego typu SmartNet dla przełącznika Nexus 9300, która występuje m.in. w wariantach 60-miesięcznym (5-letnim);
- *C1E1TN9300XF-3Y* – 36-miesięczna (3-letnia) subskrypcja licencji na dodatkowe funkcjonalności oprogramowania urządzeń Cisco Nexus 9300 pn. Data Center Networking (w skrócie: DCN) Essentials Term N9300 XF [okoliczność bezsporna];
- *SVS-B-N9K-ESS-XF* – usługa wsparcia technicznego pn. EMBEDDED SOLN SUPPORT SWSS FOR ACI NEXU również przez 36 miesięcy (3 lata), gdyż jest to produkt immanentnie powiązany z poprzednim [okoliczności bezsporne], dla oprogramowania zapewniającego przełącznikowi Nexus 9300 funkcjonalności licencjonowane subskrypcją wskazaną w poprzednim punktorze [ustalono na podstawie poniżej wskazanych dowodów].

W przypadku oferowania jako Switch Datacenter produktu Cisco Nexus serii 9300 o nr N9K-C93180YC-FX3: zapewnienie wszystkich funkcjonalności wymaganych w ramach opisu przedmiotu zamówienia dla tej kategorii przełączników – z uwagi na takie funkcje, jak przełączanie i trasowanie (routing) BGP, MSDP, OSPF, PBR, VRF, VXLAN BGP EVPB oraz telemetria NetFlow – wymaga wykupienia dodatkowej licencji oprogramowania pn. Data Center Networking Essentials, wieczystej albo subskrypcyjnej (okresowej) 3, 5 lub 7 lat [str. 6. „Przewodnika po opcjach licencjonowania dla produktów Cisco NX-OS” – wyciąg w jęz. ang. wraz z tłumaczeniem złożony na posiedzeniu przez Odwołującego jako dowód nr 3; okoliczność przyznana przez Przystępującego jako niezaprzeczona].

Z kolei licencja na Data Center Networking obejmuje również wsparcie tego rozwiązania wraz z usługą wsparcia oprogramowania, umożliwiającą szybsze wsparcie działu asysty technicznej Cisco, dostęp do bazy wiedzy oraz możliwość pobrania oprogramowania, czyli Cisco Software Support Service (w skrócie: SWSS) [przetłumaczona informacja ze str. 2. „Cisco Data Center Networking Software Subscriptions Suites” w jęz. ang. – wyciąg złożony na posiedzeniu przez Odwołującego jako dowód nr 2B; okoliczność przyznana przez Przystępującego jako niezaprzeczona], które nie wymaga odrębnej płatności jako właśnie „wsparcie wbudowane” (ang. *embedded suport*). Stąd po wybraniu w konfiguratorze produktu o oznaczeniu C1E1TN9300XF-3Y automatycznie dodawany jest produkt o

oznaczeniu SVS-B-N9K-ESS-XF z takim samym okresem subskrypcji, czyli w tym przypadku 3-letnim [zrzut ekranu konfiguratora Cisco – wydruk w jęz. ang. z naniesionym tłumaczeniem złożony na posiedzeniu przez Odwołującego jako dowód nr 2C].

Resumując, dla licencji subskrypcyjnej Data Center Networking Essentials dla przełączników Cisco Nexus 9300 o nr produktu C1E1TN9300XF-3Y nie ma możliwości wykupienia wsparcia technicznego na okres 6 lat [korespondencja e-mail z 26 lipca 2023 r. pomiędzy pracownikiem Innergo a pracownikiem Ingram Micro sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zajmującym stanowisko Product Manager Cisco Systems – wydruk złożony na posiedzeniu przez Odwołującego jako dowód nr oznaczono jako dowód nr 2A].

Z uwagi na wykazanie przez Odwołującego dzięki szczegółowym informacjom zawartym w dowodach, które nie powstały specjalnie na potrzeby tej sprawy, lub (w ostatnim przypadku) wynikającym z oświadczenia pracownika Ingram Micro sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, dystrybutora Cisco, na którego ofercie bazowało Innergo sporządzając ofertę złożoną w tym przetargu, za bez znaczenia dla sprawy należało uznać ogólnikową i oderwaną od kontekstu pytania wypowiedź, że okres wsparcia technicznego dla licencjonowanego produktu nie musi być identyczny z czasem trwania subskrypcji, gdyż są to dwie niezależne kwestie, które podlegają specyfikacji przez partnera w zależności od wymagań klienta (zamawiającego) [pkt 2. wiadomości e-mail z 9 sierpnia 2023 r. od osoby zajmującej stanowisko Account Manager Public System – wydruk złożony na posiedzeniu (oznaczono jako dowód „P2”)].

Powyższa enigmatyczna i złożona na potrzeby tego postępowania odwoławczego wypowiedź równie dobrze może dotyczyć niespornego faktu, że dla przełącznika Cisco Nexus serii 9300 można wykupić 5-letnie wsparcie typu SmartNet oraz 3-letnie wsparcie w ramach 3-letniej subskrypcji oprogramowania Data Center Networking Essentials, co jest przecież istotą zarzutu odwołania.

Na marginesie nie sposób nie odnotować spontanicznej wypowiedzi na rozprawie pełnomocnika Przystępującego, zgodnie z którą relacja pomiędzy pkt 3.0.1 (nr produktu CONSNT-N9KC93X3 z 60-miesięcznym serwisem) a pkt 3,9 i 3,1 (nr produktów: C1E1TN9300XF-3Y i SVS-B-N9K-ESS-XF) z oferty Ingram Micro dla Innergo należy rozpatrywać jak relację pomiędzy *lex generali* a *lex specialis* [patrz protokół rozprawy].

Z kolei w kontekście komentarza Przystępującego do odpowiedzi na pytanie 21 udzielonej Zamawiającego, że gdyby istotnie takie związanie tych okresów istniało, Zamawiający nie rozróżniałby tych okresów, gdyż zaoferowanie 36 miesięcznej subskrypcji byłoby niemożliwe, celowe jest przywołanie w tym zakresie brzmienia wyjaśnień treści SWZ z 19 maja 2023 r. *in extenso*.

(...)

Pytanie 21:

Rozdział 3, pkt 1, Część II, pkt 3) a), Zamawiający wymaga 60 miesięcznego wsparcia technicznego na poziomie 8x5xNBD.

W Rozdział 3, pkt 1, Część II, pkt 3) b), Zamawiający wymaga alternatywnie 36-miesięcznej subskrypcji (w przypadku gdy jest ona niezbędna dla zapewnienia wymaganej funkcjonalności). Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ:

a) jeżeli Wykonawca zdecyduje się na zaoferowanie 36 miesięcznej subskrypcji to w jaki sposób ma być świadczone, wymagane 60 miesięczne wsparcie, zaczynając od 37 miesiąca na urządzenia i funkcjonalności, objęte subskrypcją?

b) czy jeżeli Wykonawca zaoferuje licencję stałą dla wymaganej funkcjonalności, to czy może zrezygnować, począwszy od 37 miesiąca, ze świadczenia wsparcia dla funkcjonalności, która wygasłaby, gdyby zaoferował model subskrypcyjny?

c) w jaki sposób Zamawiający chce zapewnić w opisanym wyżej przypadku, gwarantowaną Ustawą Prawo Zamówień Publicznych, równość Wykonawców, którzy stosując model subskrypcyjny ponosić będą niższe koszty utrzymania począwszy od 37 miesiąca?

d) W celu zapewnienia równych szans dla wszystkich Wykonawców, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wymagań opisanych w Rozdział 3, pkt 1, Część II, pkt 3) b), w ten sposób, aby okres subskrypcji pokrywał się z wymaganym okresem wsparcia technicznego, czyli: „stała licencja lub 60-miesięczna subskrypcja (w przypadku gdy jest ona niezbędna dla zapewnienia wymaganej funkcjonalności)”.

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający wymaga 60 miesięcznego wsparcia technicznego i 36 miesięcznej subskrypcji na funkcjonalności, które są dodatkowo licencjonowane w ramach wymaganych parametrów. Po 36 miesiącach licencjonowane subskrypcją funkcjonalności wygasną i w razie potrzeby zostaną przedłużone przez Zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający nie ma wpływu na modele licencjonowania stosowane przez producentów.

W związku z tym Zamawiający pozostaje przy dotychczasowych zapisach SWZ

(...)

Z powyższych wyjaśnień wynika, że pomimo zgłoszenia konkretnych zastrzeżeń odnośnie równego traktowania wykonawców oferujących rozwiązania różnych producentów, które mogą mieć odmienne zakresy funkcjonalności

oferowanych standardowo, co może wymagać tylko od niektórych wykonawców wykupienia dodatkowej licencji dla pokrycia wszystkich wymaganych funkcjonalności przełączników, Zamawiający odmówił zmiany opisu przedmiotu zamówienia zasugerowanej przez wykonawcę.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest częściowo zasadne.

Zarzut główny z pkt 1. *petitum*, został rozwinięty w pkt VII i VIII uzasadnienia odwołania jako w istocie dwa odrębne zarzuty oparte na odmiennych okolicznościach faktycznych, ale na tej samej podstawie prawnej, której zastosowanie jest przedmiotem żądania zmierzającego do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące 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. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ppzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wyводу „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzucenie podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny, za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości, a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp

musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według part. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwyciono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego o świadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp) – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

Reasumując, przepisy ustawy pzp przewidują wprost odrębne instytucje lub odsyłają do instytucji Kodeksu cywilnego, które służą konwalidacji skutków niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest wprost zakazane przepisem art. 223 ust. 1 zd. 2 pzp (art. 87 ust. 1 zd. 2 popzp). Omówione powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy co do złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, właściwemu odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W ustalonych powyżej okolicznościach należało uznać za niezasadny pierwszy z zarzutów, już z tego względu, że z SWZ nie wynikało wprost oczekiwanie dodatkowego potwierdzenia zgodności oferowanego i wymaganego okresu wsparcia, choćby przez zażądanie w tym celu przedmiotowych środków dowodowych. Jednakże nawet gdyby uznać, jak chciał Odwołujący, że wymagane było potwierdzenie złożenia w tym zakresie oferty na wymaganych warunkach co do okresu wsparcia przez odpowiednie sprecyzowanie oświadczenia woli w formularzu oferty, odwołanie nie zawiera zarzutu, choćby jako ewentualnego zaniechania zastosowania powyżej omówionych przepisów służących korekcie treści oferty. Tymczasem odrzucenie oferty za tak drobną niezgodność, w sposób oczywisty naruszałoby zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

Tym niemniej dla osiągnięcia skutku oczekiwanego przez Odwołującego wystarczające jest potwierdzenie się drugiego zarzutu, gdyż w ustalonych powyżej okolicznościach oferta Przystępującego okazała się być niezgodna z warunkami zamówienia w sposób jednoznaczny, a zarazem definitywny. Sprecyzowana przez Przystępującego w formularzu oferty treść wskazuje, że nie zaoferował on świadczenia, które w pełni odpowiada wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nie jest możliwe usunięcie tej rozbieżności bez naruszenia wynikającego art. 223 ust. 1 pzp *in fine* zakazu zmiany treści złożonej oferty oraz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą w tym zakresie negocjacji.

{ad zarzutów ewentualnych z pkt 2. i pkt IX-X odwołania}

Odnotować należy, że zarzut z pkt 2. *petitum* został rozwinięty w uzasadnieniu odwołania jako w istocie dwa odrębne zarzuty, w pkt IX i X. Nie zostały one powyżej zrelacjonowane, podobnie jak odniesienie się do nich w piśmie Przystępującego, gdyż rozpoznawanie tych zarzutów, jako postawionych na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1. *petitum* (tzw. zarzuty ewentualne), okazało się zbędne.

W przekonaniu Izby zarzut ewentualny na gruncie postępowania odwoławczego należy postrzegać analogicznie do powszechnie przyjętego i uznanego cywilistycznie roszczenia ewentualnego. Co prawda Kodeks postępowania cywilnego {dalej: „kpc”} nie precyzuje pojęcia zarzutu ewentualnego, jednakże doktrynie i judykaturze uznaje się, że nie stoi to na przeszkodzie możliwości posłużenia się taką konstrukcją w postępowaniu cywilnym. Skoro uznaje się za dopuszczalne podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie kpc, również w postępowaniu odwoławczym, które ma zbliżony charakter, nie ma przeszkód dla funkcjonowania analogicznej konstrukcji zarzutu ewentualnego.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne, zgłaszane dodatkowo na wypadek niemożności uwzględnienia przez sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego sąd w ogóle nie orzeka o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak jest podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego [uzasadnienia wyroków z: 31 stycznia 1996 r. sygn. akt III CRN 58/95, 12 stycznia 2012 r. sygn. akt IV CSK 219/11, 4 października 2012 r. sygn. akt I CSK 100/12]. Podobnie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 18 października 2013 r. sygn. akt III CZP 58/13 (OSNC 2014 nr 6, poz. 62) stwierdził, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego. Tożsame stanowisko wyrażono w uzasadnieniu wyroku z 26 stycznia 1979 r. sygn. akt IV CR 403/78 (OSNC 1979 nr 10, poz. 193), gdzie wskazano, że zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie – mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Ponieważ potwierdzenie się jednego z dwóch zarzutów głównych jest wystarczające dla uwzględnienia żądania nakazania odrzucenia oferty Przystępującego, Izba nie rozpoznawała zarzutów ewentualnych, które zmierzały do nakazania obniżenia punktacji tej oferty, a zostały podniesione na wypadek nieuwzględnienia w ogóle dalej idących zarzutu i żądania głównego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 2. sentencji

Natomiast wobec bezpodstawności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w pozostałym zakresie – działając na podstawie art. 553 zd. 1 – orzekła, jak w pkt 3. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego i Przystępującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono stosownie do jej wyniku w pkt 4. sentencji na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 2, ust. 3 pkt 1 i 2 *in fine* 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 (Dz. U. poz. 2437) – obciążając ich po równo kosztami wpisu oraz znosząc wzajemnie między nimi pozostałe koszty.