

WYROK
z dnia 28 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 28 lipca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2023 roku przez wykonawcę *Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju* przy udziale:

- A) wykonawcy *Net-o-logy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach* zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2057/23 po stronie Zamawiającego,
- B) wykonawcy Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2057/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego *Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy *Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* na rzecz wykonawcy *Net-o-logy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach* kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3. zasądza od wykonawcy *Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* na rzecz wykonawcy *Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach* kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 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:

Sygn. akt: KIO 2057/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – *Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą: „*Dostawa infrastruktury informatycznej i oprogramowania w celu uruchomienia eUsług wraz z usługą wdrożenia dla realizowanego projektu „Bezpieczne usługi medyczne w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym Nr 2 w Jastrzębiu-Zdroju”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2023 roku pod numerem 2023/S 079-236857.

W dniu 14 lipca 2023 roku Odwołujący działając na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „pzp”) wniosł odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu w zakresie Pakietów nr 7 i 9 oraz odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Pakietu 7. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

W odniesieniu do Pakietu nr 7:

- 1) **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy** przez niezasadne uznanie, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia i OPZ;
- 2) **naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy** przez niezasadne uznanie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia postępowania, że Odwołujący dokonał zmiany treści swojej oferty podczas gdy oferta Odwołującego nie uległa zmianie i obejmowała cały czas te same elementy i składniki;
- 3) **naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy**, przez niezasadne uznanie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia postępowania, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd;
- 4) **naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy** przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy *Net-O-Logy Sp. z o.o.*, która nie jest najkorzystniejszą ofertą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, tj. oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny

zamówienia, gdyż najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego

W odniesieniu do Pakietu nr 9:

- 5) **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy** przez zaniechanie odrzucenia oferty Grupy E Sp. z o.o., w sytuacji gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 6) **naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy** przez zaniechanie odrzucenia oferty Grupy E Sp. z o.o., w tych samych okolicznościach, w których Zamawiający odrzucił ofertę Sharp Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce;
- 7) **naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy** przez dokonanie wyboru oferty firmy Grupa E Sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejszą ofertą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, tj. oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny zamówienia, gdyż najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego, a oferta Grupy E Sp. z o.o. winna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie Pakietów nr 7 i 9,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Pakietu nr 7,
- powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie Pakietów nr 7 i 9,
- odrzucenia firmy Grupa E Sp. z o.o. w zakresie Pakietu nr 9,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący podał, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży systemów informatycznych obsługujących placówki służby zdrowia złożył najkorzystniejsze oferty w zakresie pakietów nr 7 i 9, a na skutek naruszenia przez Zamawiającego powołanych wyżej przepisów ustawy oferty Odwołującego nie zostały wybrane, co prowadzi do wyrządzenia Odwołującemu szkody. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowych zamówień w zakresie Pakietów nr 7 i 9.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

W zakresie zarzutów dotyczących pakietu nr 7 (zarzuty 1 i 2)
Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na fakt, że w wyjaśnieniach udzielonych przez Wykonawcę na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Euvic Solutions S.A. wskazał, że oferowane przez niego rozwiązanie, w tym urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1, będzie spełniać wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)”, w powiązaniu z pozostałymi elementami oferowanego rozwiązania, m.in. subskrypcjami Coudflare, które to subskrypcje Coudflare nie zostały ujęte w złożonej przez Wykonawcę ofercie w kolumnie „Nazwa/ Model/ Producent systemu” w Formularzu asortymentowo – cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach potwierdził tym samym, że pierwotnie zaoferowany przedmiot zamówienia nie przewidywał takiego sprzętu lub rozwiązania, które spełniałoby wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)” oraz że w ramach udzielonych wyjaśnień zaoferował rozwiązanie, które tj. subskrypcje Coudflare, które nie zostały ujęte w złożonej ofercie i tym próbował dokonać modyfikacji treści oferty, poprzez złożone wyjaśnienia, co narusza dyspozycję art. 223 ust. 1 ustawy.
Ze stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący nie zgodzić się.
W treść pkt 4 ppkt 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia: „Wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia

zaoferowanych w ofercie produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie w Formularzu asortymentowo – cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, producentów produktów, ich nazw handlowych, modeli produktów, a w przypadku braku wpisać „NIE DOTYCZY”.

Odwolujący podał, że Zamawiający nie zdefiniował w jaki sposób rozumieć należy pojęcie „produktu”. Termin ten występuje w dokumencie SWZ wyłącznie w cytowanym pkt 4 ppkt 6

i jest powiązany z takimi określeniami jak „producentów produktów” czy „modeli produktów”. W tym więc kontekście produktem jest pewien efekt produkcji, posiadający swojego producenta, przedmiot o którym można mówić jako o pewnym modelu. Takie rozumienie produktu jest spójne z definicją tego pojęcia zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/produkt.html>):

Odwolujący podał, że jako synonimy tego określenia, Słownik PWN wymienia następujące pojęcia:

co wskazuje zdaniem Odwołującego, że pojęciu „produkt” najlepiej odpowiadają określenia „wyrób” i „wytwór”, a więc pewne efekty procesu produkcji. Tym samym określenie „produkt” można odnieść do przedmiotów materialnych i ewentualnie programów komputerowych.

Powyższy wniosek potwierdza opis przedmiotu zamówienia wyrażony kodami CPV, zgodnie z pkt 4 ppkt 4 SWZ:

4. Przedmiot zamówienia we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV) określony jest kodami:

☐ 48000000-8 Pakiety oprogramowania i systemy informatyczne;

☐ 48310000-4 Pakiety oprogramowania do tworzenia dokumentów;

☐ 48180000-3 Pakiety oprogramowania medycznego;

☐ 48329000-0 System obrazowania i archiwizowania;

☐ 48731000-1 Pakiety oprogramowania zabezpieczającego pliki;

☐ 48200000-0 Pakiety oprogramowania dla sieci, internetu i intranetu

☐ 48900000-7 Różne pakiety oprogramowania i systemy komputerowe;

☐ 72263000-6 Usługi wdrażania oprogramowania;

☐ 72253200-5 - Usługi w zakresie wsparcia systemu;

☐ 33197000-7 Medyczne urządzenia komputerowe.

O ile zatem pojęcie produktu można by odnieść do pakietów oprogramowania, systemów czy medycznych urządzeń komputerowych, to usługi trudno określić jako produkt.

Tymczasem jak wynika z wyjaśnień Odwołującego, urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 wymagane to będzie spełniać, w powiązaniu z pozostałymi elementami oferowanego rozwiązania, m.in. subskrypcjami CloudFlare.

Subskrypcja CloudFlare GSLB jest tymczasem usługą, która działa na zasadzie sprawdzania kondycji urządzeń w lokalizacjach Datacenter i przekierowaniu ruchu

do ośrodka, który jest aktywny i ma na przykład najszybszy czas dostępu, więc jak wskazano powyżej, nie sposób uznać jej za produkt. Tym bardziej nie da się wskazać jej producenta czy model.

Odwołujący podał, że nie jest również zasadne twierdzenie Zamawiającego, że przedmiotowa subskrypcja nie została ujęta w nie zostały ujęte w złożonej przez Wykonawcę ofercie w kolumnie „Nazwa/ Model/ Producent systemu” w Formularzu asortymentowo – cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Wniosek ten wynika już z cytowanego przez Zamawiającego fragmentu formularza asortymentowo – cenowego: Wykonawca nie opisywał jednak szczegółowo każdej z subskrypcji, każdej usługi wsparcia czy serwisowej, gdyż w świetle wymagania pkt 4 ppkt 6 SWZ oraz opisu kolumny, w której Wykonawcy mieli opisać oferowane rozwiązanie: nie było takiego wymagania. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego pośrednio potwierdza prezentowane wyżej stanowisko. Zamawiający nie odrzucił bowiem oferty Wykonawcy powołując się na fakt, że opis rozwiązania nie precyzuje dokładnie jakie subskrypcje, wsparcie i usługi serwisowe są oferowane. Tak ogólnie sformułowany opis, odnoszący się do usług, Zamawiający uznał za wystraszający. Tymczasem, gdyby każdy element oferty, w tym każda dowolna usługa, winna być wyraźnie wymieniona w przedmiotowym opisie, brak wymienienia z nazwy wszystkich subskrypcji, usług wsparcia czy serwisowych winien stanowić podstawę odrzucenia oferty. Skoro jednak Zamawiający nie podniósł tego argumentu, mimo iż podstawę odrzucenia oferty dokładnie analizował, uznać należy, że okoliczności te w ocenie Zamawiającego nie stanowiły podstawy do zakwestionowania prawidłowości oferty Odwołującego. Dopiero wyjaśnienia Wykonawcy wskazujące z nazwy jedną z usług mieszczącą się w przedmiotowych pozycjach spowodowały, że Zamawiający uznał te pozycje de facto za zbioru puste, gdyż każde doprecyzowanie nazwy oferowanej usługi Zamawiający uznaje za zmianę treści oferty.

Odwołujący podał, że zamieszczony opis oferowanego rozwiązania jest najbardziej szczegółowym opisem ze wszystkich ofert jakie zostały złożone w ramach pakietu 7 i jednym z najbardziej szczegółowych ze wszystkich ofert na komplet pakietów objętych postępowaniem. Tytułem przykładu – w ramach Pakietu 9 Zamawiający odrzucił ofertę Sharp Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce zawierającą następujący opis oferowanego rozwiązania: W świetle szczegółowości zrzutów stawianych ofercie Odwołującego podstawą odrzucenia oferty Sharp Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce powinny stanowić niemal wszystkie wymagania OPZ odnoszące się do oferowanego rozwiązania, albowiem z zacytowanego opisu praktycznie nic nie wynika, jaka jest oferta tegoż wykonawcy. Tymczasem w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający stwierdził jedynie, że Wykonawca zaoferował system ConnectWise SIEM-Perch, w którym nie wykazał, iż architektura zadeklarowanego rozwiązania: a) oparta będzie o fizyczne lub wirtualne sądy monitorujące. (...)

b) oparta będzie na jakimkolwiek sprzęcie (fizycznym urządzeniu).

a więc zastrzeżenia Zamawiającego są znacząco ograniczone w stosunku do detali kwestionowanych w ofercie Euiv Solutions S.A. Odwołujący podał również, że opis pozycji formularza asortymentowo - cenowego ewidentnie wprowadzał wykonawców błąd, skoro Zamawiający oczekiwał podania w tej kolumnie: "Nazwa/ Model/ Producent systemu" czyli nazwy systemu, a nie nazw produktów. Różnica między tymi sformułowaniami jest widoczna na pierwszy rzut oka. Nie dość, że na formularzu zamieszczono wymóg wskazania nazwy, modelu lub producenta systemu a nie produktów, to na dodatek na formularzu jest mowa o liczbie pojedynczej (systemu) a nie o liczbie mnogiej (produktów). W efekcie mamy do czynienia z całkowicie różnymi, sprzecznymi między sobą wymaganiami pomiędzy pkt 4 ppkt 6 SWZ i opisem kolumny formularza asortymentowo cenowego, w świetle której to rozbieżności sposób, w jaki Sharp Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce opisał oferowane rozwiązanie, absolutnie nie dziwi. Pakiet nr 7 – zarzut 3

W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, Odwołujący wyjaśnia, że w końcowej części uzasadnienia odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał, że "Ponadto, Wykonawca w złożonej ofercie, tj. w Formularzu asortymentowo – cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ potwierdził, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia zapisy Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, a więc spełnia ww funkcjonalność. Tym samym, Wykonawca poprzez lekkomyślność lub niedbalstwo wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ, wobec czego świadomie poświadczył nieprawdę."

Odwołujący podał, że przedmiotowe stwierdzenie jest niezasadne z przyczyn formalnych

i merytorycznych. W odniesieniu do przyczyn formalnych, cytowany zarzut stanowi powtórzenie przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Jednak Zamawiający nie miał prawa powołać tej podstawy, ze względu na fakt, że nie przewidział takiej podstawy wykluczenia Wykonawcy w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z pkt 8 ppkt 4 SWZ: „Zamawiający przewiduje wykluczenie Wykonawcy na podstawie: 1) art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5 i 7 ustawy (...)”. Co prawda Zamawiający nie powołał przepisu z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy w podstawie prawnej odrzucenia oferty, jednak z uzasadnienia faktycznego wynika, że taka podstawa została zastosowana. Tymczasem w świetle fakultatywnych podstaw wykluczenia wskazanych w pkt 8 ppkt 4 SWZ, Zamawiający nie miał do tego żadnych podstaw. Stanowisko Zamawiającego nie jest również zasadne z przyczyn merytorycznych. Fakt, że przygotowany przez Zamawiającego formularz zawierał stwierdzenie, że „OŚWIADCZENIE WYKONAWCY: POTWIERDZAM SPEŁNIENIE ZAPISÓW OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA STANOWIĄCEGO ZAŁĄCZNIK 8 DO SWZ.” nie oznacza, że każda niezgodność oferty z SWZ oznacza automatycznie wprowadzenie Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Złazszcza, że ten sam formularz zawierał adnotację: „UWAGA:

1. Załącznik należy wypełnić w całości, bez wprowadzania zmian w jego treść – stanowi on integralną część oferty – deklarację Wykonawcy co do jego treści, brak tego załącznika, zawierającego treść nie zgodne z wzorem określonym w SWZ, spowoduje odrzucenie oferty.” Przy interpretacji zastosowanej przez Zamawiającego za niewprowadzające w błąd należałoby uznać tylko takie oferty, które zawierając niezgodność z wymaganiami SWZ lub OPZ zawierałyby oświadczenie wykonawcy, w którym informuje on o tym, że jego oferta jest niezgodna z SWZ. Tyle że w takim wypadku podlegałby odrzuceniu na podstawie cytowane wyżej uwagi w treści formularza. A to oznacza, że w ocenie Zamawiającego każdy przypadek odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SWZ oznacza automatycznie wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Tymczasem tak nie jest. Gdyby ustawodawca uznawał, że te podstawy stawiania zarzutów wykonawcy lub jego ofercie są de facto tożsame, w tai właśnie sposób powiązałby obie podstawy odrzucenia oferty wykonawcy. Tymczasem tak nie zrobił, co oznacza, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy jest całkowicie odrębną i niezależną podstawą zastosowania tej sankcji od podstawy wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy. Ponadto jak wynika z uzasadnienia pierwszego zarzutu, informacje zawarte w ofercie Odwołującego nie są informacjami nieprawdziwymi. Wykonawca nie zmienił treści złożonej oferty i cały czas oferował sporną subskrypcję. Różnica tak naprawdę tkwi w tym, czy należało nazwę tej subskrypcji wprost powołać w formularzu asortymentowo cenowym, czy nie było to konieczne. Nie jest to jednak kwestia wprowadzania w błąd a różnic w sposobie wykładni stawianego w SWZ wymagania. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Pakiet nr 7 – zarzut 4.

W zakresie naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Odwołujący podał, że niezasadnie odrzucona oferta Odwołującego przedstawia korzystniejszy stosunek jakości do ceny zamówienia niż wybrana oferta firmy Net-O-Logy Sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejszą ofertą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, w tym stanie rzeczy Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy i w związku z tym dokonana przez niego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty winna zostać unieważniona.

W zakresie zarzutów dotyczących Pakietu nr 9

W ramach Pakietu nr 9– podnoszone naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5, art. 16 pkt 1 i art. 239 ust. 1 i 2 ustawy – Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy Grupa E Sp. z o.o. czynności tej dokonał w oparciu o niezwykle ogólny opis oferowanego przedmiotu zamówienia zawarty w formularzu asortymentowo – cenowym wybranej oferty, w którym to formularzu nie przedstawiono informacji o jakimkolwiek urządzeniu oferowanym przy wybranego wykonawcę, mimo że wprost wskazał on, że oferuje jakiś sprzęt. Dla porównania opis oferowanego rozwiązania zestawiono z analogicznym opisem zawartym w ofercie Odwołującego.

Formularz - oferta firmy Grupa E Sp. z o.o.
Formularz – oferta Odwołującego

Opis zawarty w wybranej ofercie narusza wprost pkt 4 ppkt 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia zaoferowanych w ofercie produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie w Formularzu asortymentowo – cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, producentów produktów, ich nazw handlowych, modeli produktów, a w przypadku braku wpisać „NIE DOTYCZY”.

Poza bardzo ogólnym wskazaniem na bliżej nieokreślone, trudne nawet do identyfikacji rozwiązania informatyczne, zamieszczony w wybranej ofercie wykaz nie zawiera żadnego produktu i nie sposób na podstawie tego opisu określić, co oferuje wybrany wykonawca.

W opisie oferowanego rozwiązania wybrany wykonawca powtórzył jedynie nazewnictwo zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, co oznacza, że nawet w zakresie oprogramowania wybrany wykonawca nie podał choćby nazwy oferowanego rozwiązania. Nie podał zatem nazwy kluczowego produktu. Mało tego, z przedmiotowego opisu wynika jednoznacznie,

że elementem oferowanego rozwiązania jest (jakiś) sprzęt. Nie powinno budzić wątpliwości, że sprzęt jest produktem. Tymczasem o sprzęcie tym, na podstawie wybranej oferty,

nic nie wiadomo. Oznacza to, że wybrana oferta nie spełnia wymagania wskazanego w pkt 4 ppkt 6 SWZ

W toku badania i oceny ofert dla Pakietu nr 9 Zamawiający odrzucił ofertę firmy Sharp Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce, podając następujące uzasadnienie:

„W toku badania i oceny oferty w zakresie Pakietu nr 9 (Dostawa usługi monitoringu, analizy i reagowanie na incydenty sieciowe (SOC)) Zamawiający zwrócił uwagę, że Wykonawca zaoferował system ConnectWise SIEM-Perch, w którym nie wykazał, iż architektura zadeklarowanego rozwiązania:

a) oparta będzie o fizyczne lub virtualne sady monitorujące. Natomiast, Zamawiający w Rozdziale 5 „Dostawa i wdrożenie Systemu Analizy Logów oraz Systemu Analizy typu NDR” pkt. 3 lit. c) Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ wymagał, aby architektura rozwiązania była oparta o fizyczne lub virtualne sondy monitorujące, których rolą będzie odbieranie kopii ruchu sieciowego, generowanie alarmów oraz/lub metadanych o zdarzeniach, przygotowanie przechwyconych plików do dalszej analizy oraz przekazywanie przetworzonych danych do urządzenia administracyjnego.

b) oparta będzie na jakimkolwiek sprzęcie (fizycznym urządzeniu). Natomiast, Zamawiający w Rozdziale 5 „Dostawa i wdrożenie Systemu Analizy Logów oraz Systemu Analizy typu NDR” pkt. 3 lit. d) Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ wymagał, aby architektura rozwiązania była oparta o fizyczne urządzenie administrujące, którego rolą będzie zarządzanie sondami, włącznie z regułami detekcji, sygnaturami i nadzorem stanu, dogłębna analiza odebranych plików, prezentacja wyników detekcji, a także przekazywanie danych do rozwiązań stron trzecich, między innymi SIEM.

Tym samym, Wykonawca nie zaoferował wszystkich wymaganych, a tym samym niezbędnych funkcjonalności zaoferowanego rozwiązania dla usługi monitoringu, analizy i reagowanie na incydenty sieciowe (SOC). W związku z czym należy stwierdzić, iż system ConnectWise SIEM-Perch, nie spełnia wszystkich wymaganych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia funkcjonalności.”

Zdaniem Odwołującego dokładnie identyczne zarzuty można, w ramach tego samego Pakietu nr 9, postawić wybranej ofercie. Opis zawarty w formularzu nie zawiera dokładnie tych samych elementów, których brak stanowił podstawę odrzucenia oferty Sharp Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce. Jednak mimo analogicznego opisu w jednej i drugiej ofercie, Zamawiający odrzucił tylko pierwszą z nich, czym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Grupy E Sp. z o.o.,

co powoduje, że to oferta Odwołującego przedstawia korzystniejszy stosunek jakości do ceny zamówienia a nie wybrana przez Zamawiającego oferta. W tym stanie rzeczy Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy i w związku z tym dokonana przez niego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty winna zostać unieważniona.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozpraw z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 lipca 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 4 lipca 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku

w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony i uczestników postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego prezentowane w piśmie z dnia 19 lipca 2023 roku – **Odpowiedź na odwołanie**. Zamawiający ww. pismem **uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu**.

Izba uwzględniła stanowisko wykonawcy Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach zawarte w piśmie z dnia 28 lipca 2023 roku „Pismo Przystępującego”.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody złożone i zawnioskowane w trakcie rozprawy przez Odwołującego:

- dowód nr 1 (7 kart) – dokumenty potwierdzające realną cenę subskrypcji,
- dowód nr 2 (4 karty) – wydruk ze strony Wikipedia Wolna Encyklopedia,
- dowód nr 3 (2 karty) wydruk ze strony z przeglądarki GRUPY E,
- dowód nr 4 (2 karty) – wydruk ze strony internetowej GRUPY E.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego:

1) wykonawcy Net-o-logy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2057/23 po stronie Zamawiającego w dniu 20 lipca 2023 roku,

2) wykonawcy Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2057/23 po stronie Zamawiającego w dniu 20 lipca 2023 roku.

Pismem z dnia 20 lipca 2023 roku wykonawca Net-o-logy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach wniósł **sprzeciw** od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w zakresie pakietu 7.

Pismem z dnia 27 lipca 2023 roku, w odpowiedzi na wezwanie do zgłoszenia sprzeciwu

z dnia 24 lipca 2023 roku, wykonawca Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Tychach wniósł **sprzeciw** wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego – w zakresie pakietu 9.

Izba ustaliła wspólnie dla wszystkich zarzutów odwołania:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że odwołanie dotyczy dwóch pakietów tj.:

Pakietu nr 7 – *Dostawa i wdrożenie systemów szyfrowania danych i wiadomości pocztowych z systemem zarządzania użytkownikami uprzywilejowanymi*,

Pakietu nr 9 – *Dostawa usługi monitoringu, analizy i reagowanie na incydenty sieciowe (SOC)*.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający podał:

Rozdział 4 Opis przedmiotu zamówienia:

4. Wykonawca zobowiązany jest do jednoznaczne określenia zaoferowanych

w ofercie produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie w Formularzu asortymentowo – cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, producentów produktów, ich nazw handlowych, modeli produktów, a w przypadku braku wpisać „NIE DOTYCZY”.

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania dotyczących Pakietu nr 7

Wykonawca Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie pismem z dnia 14 czerwca 2023 roku został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień

w zakresie złożonej oferty:

Dyrektor Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 1710) działając jako Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, niniejszym pismem informuje, iż w trakcie badania i oceny oferty powzięto wątpliwości dotyczące jej treści, a mianowicie:

– czy zaoferowane przez Wykonawcę w Pakiecie nr 7 (Dostawa i wdrożenie systemów szyfrowanie danych i wiadomości pocztowych z systemem zarządzania użytkownikami uprzywilejowanym) urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 wraz z subskrypcją Enterprise spełnia opisaną w Rozdziale III „Wymagania dotyczące wysokiej dostępności serwera pocztowego” pkt. 3 ppkt. 9 funkcjonalność, tj. Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB).

UZASADNIENIE:

Wykonawca w odpowiedzi na ogłoszone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawa infrastruktury informatycznej

i oprogramowania w celu uruchomienia eUsług wraz z usługą wdrożenia dla realizowanego projektu „Bezpieczne usługi medyczne w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym Nr 2

w Jastrzębiu-Zdroju” w dniu 30.05.2023r. złożył ofertę na Pakiet nr 7 (Dostawa i wdrożenie systemów szyfrowanie danych i wiadomości pocztowych z systemem zarządzania użytkownikami uprzywilejowanymi), Pakiet nr 8 (Dostawa i wdrożenie systemu bezpiecznych połączeń serwisowych do sieci komputerowej szpitala) oraz Pakiet nr 9 (Dostawa usługi monitoringu, analizy i reagowanie na incydenty sieciowe (SOC)),

W toku badania i oceny oferty w zakresie Pakietu nr 7 (Dostawa i wdrożenie systemów szyfrowanie danych i wiadomości pocztowych z systemem zarządzania użytkownikami uprzywilejowanymi) Zamawiający powziął wątpliwość czy zaoferowane do przedmiotowego postępowania urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 wraz z subskrypcją Enterprise spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ. Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ wymagał, aby zaoferowany przedmiot zamówienia zgodnie z Rozdziałem III „Wymagania dotyczące wysokiej dostępności serwera pocztowego” pkt. 3 ppkt. 9 spełniał funkcjonalność: „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)”

Wykonawca Euvic Solutions S.A. w złożonej ofercie, tj. w Formularzu asortymentowo cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ potwierdził, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia zapisy Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, tym, samym spełnia 'w' w funkcjonalność. Natomiast, z powziętych przez Zamawiającego informacji zawartych na stronie internetowej producenta urządzeń KEMP (<https://kemptechnologies.com/server-load/balancing/loadmaster-x1>) wynika, że do zaoferowanego przez Wykonawcę urządzenia KEMP LoadMaster LM-X1 możliwe jest tylko i wyłącznie wykupienie subskrypcji Enterprise, która nie zawiera wymaganej przez Zamawiającego w Rozdziale III „Wymagania dotyczące wysokiej dostępności serwera pocztowego” pkt. 3 ppkt. 9 funkcjonalności „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)” Tym samym, w ocenie Zamawiającego na podstawie wyżej przedstawionych argumentów zaoferowane w Pakiecie nr 7 (Dostawa i wdrożenie systemów szyfrowanie danych i wiadomości pocztowych z systemem zarządzania użytkownikami uprzywilejowanymi) urządzenie KEMP

LoadMaster LM-X1 wraz z subskrypcją Enterprise wchodzące w skład systemu szyfrowania danych i wiadomości pocztowych z systemem zarządzania użytkownikami uprzywilejowanymi nie spełnia wymagań określonych w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ, a mianowicie wymaganych funkcjonalności. Dodatkowo, Dyrektor Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 2 w Jastrzębiu — Zdroju informuje, że w przypadku gdy Wykonawca nie udzieli wyjaśnień w powyższym zakresie, na mocy art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP odrzuci ofertę Wykonawcy jako nie odpowiadającą treści warunków zamówienia.

Wykonawca Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie pismem z dnia 16 czerwca 2023 roku złożył następujące wyjaśnienia:

w odpowiedzi na pismo z dnia 14 czerwca 2023 r. dotyczące wyjaśnienia treści złożonej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę infrastruktury informatycznej i oprogramowania w celu uruchomienia e-Usług wraz z usługą wdrożenia dla realizowanego projektu „Bezpieczne usługi medyczne w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym Nr 2 w Jastrzębiu-Zdroju”, (BZP.38.382-14.23) – Pakietu nr 7, niniejszym informuję, że zgodnie z "Rozdziałem III „Wymagania dotyczące wysokiej dostępności serwera pocztowego” pkt. 3 ppkt. 9 wymóg spełnienia funkcjonalności: „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)”, dotyczy oferowanego rozwiązania, a nie samodzielnie urządzenia KEMP LoadMaster LM-X1 wraz z subskrypcją Enterprise.

W efekcie przedmiotowe urządzenie, wymagane to będzie spełniać, w powiązaniu z pozostałymi elementami oferowanego rozwiązania, m.in. subskrypcjami Cloudflare.

Mając powyższe na uwadze, jako wykonawca potwierdzamy, że oferowane przez nas rozwiązanie (jako całość) spełnia funkcjonalność: „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)”.

Załącznik nr 8 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 7 Dostawa i wdrożenie systemów szyfrowania danych i wiadomości pocztowych z systemem zarządzania użytkownikami uprzywilejowanymi, Rozdział III – Wymagania dotyczące wysokiej dostępności serwera pocztowego

Punkt 3 – Metody planowania i równoważenia

Podpunkt 9 – Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)

Załącznik nr 1 do SWZ - Formularz asortymentowo - cenowy

Kolumna 9 (ostatnia) tabeli - Nazwa/ Model/ Producent systemu

Wykonawca Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie podał w kolumnie 9 Formularza asortymentowo – cenowego dla Pakietu 7:

Licencje Microsoft:

Exchange Server Standard 2019 DG7GMGF0F4MC

Exchange Server Standard CAL 2019

DG7GMGF0F4MB;

Urządzenie KEMP:

LoadMaster LM-X1 hardware appl. With 4x 1GbE

ports 4GB RAM. Supports up to 1 Gbps

throughput 1000 SSL TPS (2K keys). Support required.

"EN3-LM-X1

5-Year Enterprise Subscrip. for LM-X1. Includes

new features and software updates unlimited

24x7 Customer Support In advance hardware

replacement Edge Security Pack(ESP) -

Authorization Authentication & Single Sign On

Kemp 360 Vision managed"

Licencje ESET: Endpoint Encryption PRO/liczba

stanowisk: 600, serwis i subskrypcja 5 lat

Licencje MWT:

ADManager Plus Professional

ADAudit Plus Professional

PasswordManager Pro Multi-Language Enterprise;

Licencje SENHASEGURA Domum:

DOMUM SaaS - 5Y – 200, VPN Less Remote Access

Całość oferowanych powyżej rozwiązań jest

zaoferowana ze wsparciem i subskrypcjami, oraz

usługami serwisowymi Wykonawcy - 5 lat, Całość

zaoferowanych rozwiązań jest oferowana w

opcjach, wyposażeniu, konfiguracji i ilościach

zgodnych z wymogami Zamawiającego

Pismem z dnia 4 lipca 2023 roku Zamawiający poinformował wykonawcę Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu oferty wykonawcy w Pakiecie 7 podając:

Prawne uzasadnienie odrzucenia:

Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP, odrzuca ofertę, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Faktyczne uzasadnienie odrzucenia:

Wykonawca w odpowiedzi na ogłoszone postępowanie o udzielenie zamówienia w przetargu nieograniczonego na Dostawę infrastruktury informatycznej i oprogramowania w celu uruchomienia eUsług wraz z usługą wdrożenia dla realizowanego projektu „Bezpieczne usługi medyczne w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym Nr 2 w Jastrzębiu-Zdroju w dniu 30.05.2023r. złożył ofertę. W złożonej ofercie w kolumnie „Nazwa/ Model/ Producent systemu” w Formularzu asortymentowo — cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, Wykonawca zaoferował:

(...)

W toku badania i oceny oferty w zakresie Pakietu nr 7 (Dostawa i wdrożenie systemów szyfrowania danych i wiadomości pocztowych z systemem zarządzania użytkownikami uprzywilejowanymi) Zamawiający powziął wątpliwość czy zaoferowane do przedmiotowego postępowania o urządzenie określone przez KEMP Zamawiającego LoadMaster LM-X1 w SWZ. wraz Zamawiający z subskrypcją w Opisie Enterprise przedmiotu spełnia zamówienia wymagania stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ wymagał, aby zaoferowany przedmiot zamówienia zgodnie z Rozdziałem III „Wymagania

dotyczące wysokiej dostępności serwera pocztowego" pkt. 3 ppkt. 9 spełniał funkcjonalność: „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)”. Natomiast, z powziętych przez Zamawiającego informacji zawartych na stronie internetowej producenta urządzeń KEMP wynikało, że do zaoferowanego przez Wykonawcę urządzenia KEMP LoadMaster LM-X1 możliwe jest tylko i wyłącznie wykupienie subskrypcji Enterprise, która nie zawiera wymaganej przez Zamawiającego w Rozdziale III Wymagania dotyczące wysokiej dostępności serwera pocztowego" pkt. 3 ppkt. 9 funkcjonalności „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)”.

Wobec powyższego, Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 1710) wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. do dnia 16.06.2023r. złożył stosowne wyjaśnienia. Ze złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wynikało, że wymagana przez Zamawiającego w Rozdziale II.Wymagania dotyczące wysokiej dostępności serwera pocztowego" pkt. 3 ppkt. 9 funkcjonalność: „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)” dotyczy oferowanego rozwiązania a nie samodzielnie urządzenia KEMP LoadMaster LM-X1 wraz z subskrypcją Enterprise. Dodatkowo, Wykonawca Euvic Solutions S.A. wyjaśnił, że urządzenie KEMP LoadMaster LM X1, będzie spełniać w funkcjonalność, w powiązaniu z pozostałymi elementami oferowanego rozwiązania, m.in. subskrypcjami Cloudflare.

Zamawiający dokonując analizy udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień treści oferty zwrócił uwagę, iż przedstawione w /w wyjaśnieniach pozostałe elementy oferowanego rozwiązania, tj. subskrypcje Cloudflare nie zostały ujęte w złożonej przez Wykonawcę ofercie w kolumnie „Nazwa Model/ Producent systemu” w Formularzu asortymentowo - cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Tym samym, Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach potwierdził, iż pierwotnie zaoferowany przedmiot zamówienia nie przewidywał takiego sprzętu lub rozwiązania, które spełniałoby wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)”,

Reasumując, w ocenie Zamawiającego Wykonawca Euvic Solutions S.A. kompleksowo nie przeanalizował Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. Opisu przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ i zaoferował rozwiązanie/system, który nie zawierał wszystkich wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności w tym „Globalnego równoważenia obciążenia serwera (GSLB)”. Na podstawie wezwania do udzielenia wyjaśnień treści oferty Wykonawca zaoferował rozwiązanie, tj. subskrypcje Cloudflare, które nie zostały ujęte w złożonej ofercie, a więc próbował dokonać modyfikacji treści oferty, poprzez złożone wyjaśnienia, co zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 1710) jest kategorycznie niedopuszczalne. Ponadto, Wykonawca w złożonej ofercie, tj. w Formularzu asortymentowo - cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ potwierdził, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia zapisy Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, a więc spełnia ww funkcjonalność. Tym samym, Wykonawca poprzez lekkomyślność lub niedbalstwo wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ, wobec czego świadomie poświadczyl nieprawdę.

W konsekwencji powyższego, należy stwierdzić, że oferta Wykonawcy Euvic Solutions S.A. jest niezgodna z przywołanymi przepisami ustawy PZP oraz zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia, tym samym podlega ona odrzuceniu.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

- art. 109 ust. 1 pkt 10 - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(...)

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

- art. 223 ust 1 ustawy – W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać

od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

2)

została złożona przez wykonawcę:

a)

podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

(...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

- art. 239 ust. 1 ustawy – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

- art. 239 ust. 2 ustawy – Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

- art. 516 ustawy ust. 1 ustawy - Odwołanie zawiera:

(...)

7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;

8) zwięzłe przedstawienie zarzutów;

9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;

10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności;

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego

w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i określone w tej dokumentacji warunki zamówienia oraz wymagania określone przez Zamawiającego

co do treści składanych oświadczeń i zakresu składanych dokumentów.

W zakresie zarzutów 1 i 2, podniesionych w zakresie Pakietu nr 7 tj. :

- (1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez niezasadne uznanie, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia i OPZ;
- (2) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy przez niezasadne uznanie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia postępowania, że Odwołujący dokonał zmiany treści swojej oferty podczas gdy oferta Odwołującego nie uległa zmianie i obejmowała cały czas te same elementy i składniki;

– Izba zarzuty uznała za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy, który stanowi, że 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. W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ukształtował warunki zamówienia co do opisu przedmiotu zamówienia – załącznik nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia.

W odniesieniu do oceny oferty *Euvic Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* (Odwołującego), w ocenie Izby, czynność z dnia 4 lipca 2023 roku była prawidłowa oraz uzasadniona okolicznościami wynikającymi z wymagań Zamawiającego oraz treści złożonej oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 16 czerwca 2023 roku. Izba podkreśla, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania była jej niezgodność z warunkami zamówienia. Elementem warunkującym odrzucenie oferty z postępowania było to, że rozwiązanie jakie zostało zaoferowane przez Odwołującego w Formularzu asortymentowo - cenowym wskazywało jednoznacznie na oferowanie urządzenia KEMP LoadMaster LM-X1 wraz z subskrypcją Enterprise.

Niemniej, na co należy zwrócić uwagę, z pisma Odwołującego z dnia 16 czerwca 2023 roku jednoznacznie wynika, że tak zaoferowane rozwiązanie nie jest zgodne z warunkami zamówienia (tj.: „wymóg spełnienia funkcjonalności: „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)”, dotyczy oferowanego rozwiązania, a nie samodzielnie urządzenia KEMP LoadMaster LM-X1 wraz z subskrypcją Enterprise.”) ponieważ jedna z określonych funkcjonalności tj. „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)” może zostać osiągnięta przez oferowane urządzenie dopiero przy zastosowaniu subskrypcji Cloudflare („W efekcie przedmiotowe urządzenie, wymagane to będzie spełniać, w powiązaniu z pozostałymi elementami oferowanego rozwiązania, m.in. subskrypcjami Cloudflare.”).

W ocenie Izby obowiązek wykazania spełnienia przez oferowane rozwiązanie warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia został jednoznacznie określony przez Zamawiającego, a po stronie wykonawcy składającego ofertę kształtował się obowiązek potwierdzenia spełnienia warunków zamówienia w składanym oświadczeniu, w ofercie, w załączniku asortymentowo – cenowym.

W rozpoznawanym przypadku jednoznaczne jest to, że urządzenie KEMP LoadMaster

LM-X1 wraz z subskrypcją Enterprise nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie wymaganej funkcjonalności „Globalne równoważenie obciążenia serwera (GSLB)”. Zgodnie ze stanowiskiem uczestnika postępowania odwoławczego, które nie było kwestionowane

na rozprawie przez Odwołującego, urządzenie KEMP LoadMaster LM-X3 wraz z subskrypcją Enterprise Plus pozwala na osiągnięcie ww. funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego. Wykonawca odniósł się również do oświadczenia Nuvias Polska spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (w aktach postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego), pismo z dnia 2 czerwca 2023 roku, z którego jednoznacznie wynika, że w przypadku urządzenia KEMP LoadMaster LM-X1 możliwe jest jedynie wykupienie subskrypcji Enterprise która nie zawiera wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności GSLB. Natomiast w modelu KEMP LoadMaster LM-X3 możliwe jest wykupienie subskrypcji Enterprise Plus, która zapewnia funkcjonalność GSLB.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że jednoznacznym jest, że zaoferowanie urządzenia KEMP LoadMaster LM-X1 z subskrypcją Enterprise nie spełnia wymagania funkcjonalności GSLB. Po drugie, jednoznaczne jest to, że zgodnie z treścią oferty, złożonym tam oświadczeniem, Odwołujący zaoferował urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 wraz z subskrypcją Enterprise. Tym samym, w ofercie zostało zaoferowane urządzenie wraz z subskrypcją, które to urządzenie nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie funkcjonalności GSLB. Z powyższego wynika jednoznacznie, że w ofercie zostało zaoferowane rozwiązanie jakie nie spełnia wymagania określonego w opisie przedmiotu zamówienia co do funkcjonalności GSLB.

W wyjaśnieniach z 16 czerwca 2023 roku, o czym wyżej, Odwołujący raz odnosi się ogólnie do rozwiązania jakie oferuje, a raz do spełnienia wymagania funkcjonalności GSLB przez urządzenie. W tym zakresie również stanowisko Odwołującego w złożonym piśmie nie jest jednoznaczne ani jednolite, co poddaje w wątpliwość zasadność jego argumentacji. Okolicznością niesporną było natomiast to, że urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1

z subskrypcją Enterprise dla spełnienia funkcjonalności GSLB wymaga również subskrypcji Cloudflare. Takiej subskrypcji Odwołujący nie zaoferował, nie ma jej uwzględnionej

w oświadczeniu Odwołującego wyartykułowanym w Formularzu asortymentowo – cenowym. Informacja o tej subskrypcji Cloudflare pojawia się dopiero na etapie składanych wyjaśnień

z dnia 16 czerwca 2023 roku.

Izba wskazuje, że w ofercie Odwołujący zaoferował urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1

z subskrypcją Enterprise. Nie było zatem żadnej przeszkody po stronie Odwołującego aby urządzenie oferować wraz z subskrypcją Enterprise. Wynika to zapewne z tego, że Odwołujący ma świadomość, że urządzenie będzie spełniało określone zadania (ale nie wszystkie określone przez Zamawiającego) jedynie w okolicznościach, gdy będzie zaopatrzone w subskrypcję Enterprise. Jednocześnie wykonawca nie oferuje Zamawiającemu subskrypcji Cloudflare, która pozwala na osiągnięcie funkcjonalności – poza przedmiotem sporu pozostaje kwestia osiągnięcia funkcjonalności z poziomu urządzenia czy z poziomu wirtualnego - globalnego równoważenia obciążenia serwera (GSLB).

W ocenie Izby, w żaden sposób nie znajduje uzasadnienie stanowisko Odwołującego, mające wykazać zasadność działania Odwołującego na etapie ofertowania, a referujące

do postanowień SWZ Rozdział 4 pkt 6 oraz treści nazwy kolumny 9 (ostatniej) Formularza asortymentowo-cenowego.

Po pierwsze, treść Rozdziału 4 pkt 6 SWZ wskazuje na konieczność jednoznacznego określenia zaoferowanych

produktów. Oznacza to, nie mniej nie więcej, obowiązek wykonawcy podania w ofercie takich informacji, które w sposób jednoznaczny będą identyfikować oferowane rozwiązanie. Tak ukształtowane wymagania Zamawiającego spójne są i identyfikują sposób złożenia oferty zgodnie z art. 66 Kodeksu cywilnego (w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy), gdzie za ofertę rozumie się oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia umowy. Wykazanie spełnienia określonych funkcjonalności, sposobu ich realizacji przez wskazanie urządzenia lub/ oraz innych rozwiązań niewątpliwie stanowi element określający istotne postanowienia przyszłej umowy, potwierdzający spełnienie warunków zamówienia. W tym przypadku podane zostało

w ofercie przez wykonawcę urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 z subskrypcją Enterprise – co jednoznacznie potwierdza w ocenie Izby, że takie rozwiązanie nie spełnia warunków SWZ zawartych w opisie przedmiotu zamówienia co do funkcjonalności GSLB. Skoro tak jednoznacznie zaoferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań, to na etapie wyjaśniania (pisma z dnia 14 i 16 czerwca 2023 roku) treści złożonej oferty, podanie przez Odwołującego informacji o „w efekcie przedmiotowe urządzenie, wymaganie to będzie spełniać,

w powiązaniu z pozostałymi elementami oferowanego rozwiązania, m.in. subskrypcjami Coudflare.” stanowi zmianę treści oświadczenia zawartego w ofercie. Dopiero podanie informacji w piśmie z 16 czerwca 2023 roku spowodowało, że możliwym byłoby usunięcie niegodności treści oferty - urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 z subskrypcją Enterprise – przez stwierdzenie, że będzie to urządzenie spełniać wymagania z zastawianiem subskrypcji Coudflare.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego wywodzona z treści Rozdziału 4 pkt 6 SWZ oraz treści kolumny 9 (ostatniej) Formularza asortymentowo – cenowego, stanowi próbę uzasadnienia braku podania informacji w ofercie, a jakie były niezbędne do złożenia oświadczenia – oferty wykonawcy zgodnej z warunkami zamówienia. Faktem niezaprzeczalnym jest, że Zamawiający w treści SWZ nie zdefiniował pojęcia „produkt”. Brak definicji „produktu” w SWZ skutkuje koniecznością poszukiwania najlepszego odniesienia, przy czym należy niezmiennie mieć na uwadze treści SWZ. W opracowaniu dr Tomasza Smoleń pt.: „Strategie produktu” autor wskazuje, że *Produkt – to cokolwiek co może znaleźć się na rynku, zyskać uwagę, zostać nabyte, użyte lub skonsumowane, zaspokajając czyjeś pragnienie lub potrzebę. • Produkt można opisać jako zbiór cech współtworzących wartość użytkową, a więc umożliwiających zaspokojenie potrzeb odbiorcy, przynoszący mu określone korzyści.* Autor w ramach rodzajów produktów wskazuje dostawy fizyczne, usługi, miejsca, osoby, organizacje, idee/pomysły. Na podstawie Encyklopedii Zarządzania dowiadujemy się, że *Produkt można zdefiniować jako fizyczne (przedmiot), usługę (świadczenie), osobę, organizację, ideę lub miejsce zawierające w sobie cechy, które jednostki lub organizację jako niezbędne. Produkt według koncepcji marketingowej to cech i właściwości które mogą służyć do zaspokojenia konkretnych potrzeb przez potencjalnego nabywcę, użytkownika, właściciela produktu lub osobę doświadczającą możliwości korzystania z produktu. Produktem może być wszystko to, co można zaoferować na rynku nabywcom i co jest w stanie zaspokoić ich określoną potrzebę lub pragnienie (T.Smoleń, 2012 s. 80).*

W znaczeniu językowym „produkt” również rozumiany jest dość szeroko, przez wskazanie, że jest to: *to, co zostało wyprodukowane i jest przeznaczone na sprzedaż; to, co jest przeznaczone do spożycia lub przygotowania potraw; wytwór czyjejś działalności artystycznej, społecznej, czyjegoś umysłu itp.* (Słownik Języka Polskiego PWN). Natomiast w Słowniku Języka Polskiego podano: *- wyrób powstający w procesie produkcji; rezultat określonej działalności ludzkiej. Zgodnie ze Słownikiem Finansowym FinDict -Produkt jest zbiorem cech materialnych i niematerialnych, które oferuje sprzedający i nabywa kupujący, akceptując w ten sposób właściwości danego dobra czy usługi jako te, które zaspokajają jego własne potrzeby. Produktem jest więc wszystko to, co można zaoferować na rynku, a więc każde dobro i usługę, które można nabyć, użytkować lub skonsumować, zaspokajając tym samym potrzebę ludzką. Produkt może być więc przedmiotem wymiany. Każdy produkt ma określone cechy, które wyróżniają go spośród innych. Da się go opisać i nazwać. Na rynku istnieje z reguły wiele dóbr zaspokajających jedną potrzebę, lecz mających różne marki i różniących się wieloma cechami (na przykład opakowaniem, kształtem, wielkością, gatunkiem czy też technologią wytwarzania). W związku z tym stanowią one odrębne produkty rynkowe.*

Mając na uwadze powyższe definicje, jak również treść SWZ, w ocenie Izby należy przyjąć na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że „produkt”

to wszystkie informacje charakteryzujące oferowane urządzenia, rozwiązanie, i inne elementy, które w efekcie – zgodnie z reżimem zamówień publicznych – będzie potwierdzało spełnienie przez oferowany produkt warunków zawartych w SWZ, a w konsekwencji pozwalało na ocenę oferty w zakresie wymagań funkcjonalnych wynikających z SWZ. Stanowić będzie jednocześnie oświadczenie określające istotne postanowienia umowy. Wymagania SWZ w Rozdziale 4 punkt 6 kształtują po stronie wykonawcy obowiązek podania informacji odnoszących się do producentów produktów, nazw handlowych, modeli produktów, które identyfikują oferowane rozwiązanie oraz pozwalają na stwierdzenie spełnienia warunków zamówienia określonych w SWZ.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, opartego na tym że w przypadku tego postępowania „produkt” należy ograniczyć jedynie do elementów fizycznych i nie będzie tym elementem usługa – czyli subskrypcja, co oznacza, że wykonawca nie musiał podawać

w Formularzu asortymentowo – cenowym informacji o subskrypcji Coudflare. Takie rozumienie jakie prezentuje Odwołujący, po pierwsze nie wynika z samego pojęcia „produktu”, który przy braku definicji w SWZ, należy rozumieć najszerzej jak można

co wynika z powyżej przytaczanych, a funkcjonujących definicji produktu (w tym w szczególności w znaczeniu językowym). Pod drugie, próba interpretacji kreowana przez Odwołującego prowadzi do wypaczenia istoty zamówienia publicznego oraz składanego Zamawiającemu oświadczenia w postaci oferty, mającej odpowiadać warunkom SWZ tym samym kreując postanowienia umowy. Wymaganie jednoznacznego określenia zaoferowanych w ofercie produktów powoduje, że jednoznacznie zaoferowane zostało

w ofercie urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 z subskrypcją Enterprise, które nie spełnia wymagań SWZ zawartego w Opisie przedmiotu zamówienia co do funkcjonalności GSLB. Tak złożone oświadczenie nie jest w żaden sposób modyfikowane przez treść z Formularza asortymentowo-cenowego: *Całość oferowanych powyżej rozwiązań jest zaoferowana*

ze wsparciem i subskrypcjami, oraz usługami serwisowymi Wykonawcy - 5 lat. Brak bowiem wskazania odpowiedniej subskrypcji gwarantującej realizację funkcjonalności GSLB. Jednocześnie, gdyby chcieć uznać stanowisko Odwołującego co do potwierdzenia spełnienia wymagań funkcjonalnych w ramach tego ww. wskazania za prawidłowe, to wypaczone zostałoby znaczenie treści Rozdziału 4 pkt 6 SWZ zobowiązujące wykonawcę

do jednoznacznego określenia zaoferowanych produktów, które przejawiało się wskazaniem producentów produktów, nazw handlowych produktów, modeli produktów. W tym zakresie wymagania Zamawiającego były jednoznaczne i choćby samo odwołanie się do liczby mnogiej nie zawężało podania informacji, lecz rozszerzało ją maksymalnie. To oznacza, że niezbędne było podanie wszystkich informacji jakie odpowiadały za spełnienie wymagań – warunków zamówienia –

określonych przez Zamawiającego w SWZ, a pozwalających na jednoznaczna ich identyfikację, a w konsekwencji ocenę w zakresie spełnienia wymagania co do zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami. Co istotne w ocenie Izby, dopiero oświadczenie wykonawcy z dnia 16 czerwca 2023 roku wprowadzało kolejny element, tj. subskrypcję Coudflare, która zapewniała przy oferowanym urządzeniu KEMP LoadMaster LM-X1 z subskrypcją Enterprise spełnienie warunków zamówienia dotyczących funkcjonalności GSLB.

Dowód (dowód nr 1 *na okoliczność wykazania realnej kwoty wartości tej subskrypcji*) przedstawiony przez Odwołującego w żaden sposób nie potwierdza tego, że w ramach oferty została ujęta subskrypcja Coudflare. Odwołujący przedstawiając ten dowód, mający

w zasadzie udowadniać niewielki koszt tej subskrypcji (7 500zł) w skali realizacji umowy,

nie zawniósł go na okoliczność, że subskrypcja powyższa została ujęta w ofercie. Czyli dla rozpoznania tej sprawy odwoławczej, w zakresie podniesionych zarzutów odwołania oraz podstawy odrzucenia oferty Odwołującego nie ma ten dowód znaczenia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia nie może być zniwelowana w przypadku braku oferowania rozwiązania zgodnego z wymaganiami Zamawiającego tym, że koszt brakujących rozwiązań jest marginalny w skali ceny oferty. Bowiem w takim przypadku, gdyby uznać stanowisko Odwołującego doszłoby do nieuprawnionej zmiany treści ofert. Okoliczność ta nie jest

w swojej warstwie faktycznej zbieżna z kazusem „mostu we Wrocławiu”, ponieważ

w przedmiotowym przypadku mowa jest o niezgodności z SWZ zaoferowanego rozwiązania,

a nie braku zgodności co do ilość elementów oferowanego rozwiązania – a to jest zasadnicza różnica.

Odwołujący zaoferował w ofercie urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 z subskrypcją Enterprise, które nie realizuje funkcjonalności GSLB, tym samym nie jest zgodne

z warunkami zamówienia. W obliczu powyższego niezbędne jest wskazanie „produktu”

jaki spełnia wymagania Zamawiającego i skoro przyjął wykonawca sposób realizacji

tej funkcjonalności z poziomu wirtualnego to powinien dla prawidłowości wykazania spełnienia warunków zamówienia potwierdzić to w Formularzu asortymentowo-cenowym przez podanie subskrypcji Coudflare, bowiem tylko w ten sposób wykonawca potwierdza,

że oferowane rozwiązanie, oferowany produkt jest zgodny z warunkami zamówienia. Natomiast brak podania wymaganych dla osiągnięcia funkcjonalności GSLB subskrypcji musi być oceniony z poziomu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, ponieważ rozwiązanie zaoferowane w Formularzu asortymentowo-cenowym nie potwierdza spełnienia warunków zamówienia w zakresie funkcjonalności GSLB.

Izba uznaje za niezasadną argumentację uczestnika postępowania odwoławczego

co do przeniesienia przez Odwołującego funkcjonalności GSLB na poziom wirtualny jako niezgodny z SWZ, bowiem takiego zakresu czynności Zamawiającego z dnia 4 lipca 2023 roku nie obejmowała.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że oferta Odwołującego w zakresie pakietu nr 7

nie spełniała warunków zamówienia i zasadne było jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, ponieważ zaoferowane urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 z subskrypcją Enterprise nie spełniało funkcjonalności GSLB. Izba

uznała również, że oświadczeniem wykonawcy z dnia 16 czerwca 2023 roku doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty przez faktyczne zaoferowanie subskrypcji Coudflare, która była niezbędna dla uzyskania funkcjonalności GSLB przez zaoferowane w ofercie urządzenie KEMP LoadMaster LM-X1 z subskrypcją Enterprise.

W zakresie zarzutu 3, podniesionego w zakresie Pakietu nr 7 tj. :

–naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, przez niezasadne uznanie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia postępowania, że Odwołujący

w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające

w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd – Izba zarzut uznała za zasadny aczkolwiek nie mający wpływu na wynik postępowania, w konsekwencji nie dający podstawy do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Izba, w zakresie zarzutu 3 podniesionego w odniesieniu do Pakietu nr 7 za zasadne uznała stanowisko Odwołującego i argumentację w tym zakresie przedstawioną w odwołaniu. Dokonanie prawidłowej subsumpcji argumentacji Zamawiającego

pod obowiązujący przepis prawa prowadzi do wniosku, że została zastosowana przez Zamawiającego podstawa wykluczenia z postępowania, która po pierwsze, nie została przewidziana w SWZ w podstawach wykluczenia z postępowania, po drugie, nie została wyartykułowana przez wskazanie podstawy prawnej w czynności z dnia 4 lipca 2023 roku, do czego Zamawiający jest zobowiązany.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdza, że zarzut był prawidłowo postanowiony jednakże w związku z niezasadnością podniesionych wcześniejszych zarzutów oraz uznaniem przez Izbę, że zaistniała podstawa odrzucenia oferty Odwołującego w Pakiecie

nr 7 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy uwzględnienie tego zarzutu nie ma wpływu

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w konsekwencji nie ma podstawy do uwzględnienia odwołania w tym zakresie (części) – art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy.

W zakresie zarzutu 4, podniesionego w zakresie Pakietu nr 7 tj. :

–naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy

Net-O-Logy Sp. z o.o. , która nie jest najkorzystniejszą ofertą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, tj. oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny zamówienia, gdyż najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba stwierdziła, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia regulacji SWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie, czy też stosowania kryteriów niewskazanych w SWZ. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert

w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Argumentacja jaka została zawarta

w odwołaniu stanowi wynikową innych podnoszonych zarzutów i w żaden sposób nie jest powiązana z czynnością oceny oferty w ramach kryteriów tj. na podstawie i w granicach tychże kryteriów oceny ofert jakie przyjął Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutów 5, 6 i 7 podniesionych w zakresie Pakietu nr 9 tj. :

–naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez zaniechania odrzucenia oferty Grupy E Sp. z o.o., w sytuacji gdy treść

- oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Grupy E Sp. z o.o., w tych samych okolicznościach, w których Zamawiający odrzucił ofertę Sharp Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce,
 - naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty firmy Grupa E Sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejszą ofertą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, tj. oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny zamówienia, gdyż najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego, a oferta Grupy E Sp. z o.o. winna zostać odrzucona.

Izba zarzuty 5, 6 i 7 uznała za niezasadne.

Izba ustaliła w zakresie Pakietu nr 9:

że wykonawca Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach (dalej: Grupa E) w Formularzu asortymentowo – cenowym dla Pakietu nr 9 podał:

Usługi monitorowania Security Operations Center wraz z wsparciem systemu zarządzania informacjami i zdarzeniami bezpieczeństwa informatycznego System Analizy Logów - licencja GRUPA E GNU + sprzęt + usługi. Kompletnie rozwiązanie spełniające wszystkie wymogi opisane w załączniku nr 9.

Izba ustaliła również w trakcie rozprawy, że ww. wykonawca załączył do oferty Załącznik nr 9 objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, zawierający charakterystykę rozwiązania jakie zostało zaoferowane.

Izba stwierdza w pierwszej kolejności, że rozpoznanie zarzutów odwołania dotyczących Pakietu nr 9 należy odnosić do argumentacji podnoszonej w odwołaniu przez Odwołującego. Ma to takie znaczenie, że Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu jednakże w oparciu o stanowisko jakie przedstawia w odwołaniu Odwołujący.

W stanowisku prezentowanym przez Odwołującego w odwołaniu, w zakresie Pakietu nr 9, brak jest jakiejkolwiek argumentacji faktycznej odnoszącej się do rozumienia pojęcia „produktu” do którego referował Odwołujący w trakcie rozprawy. Zacytowanie treści Rozdziału 4 pkt 6 SWZ nie stanowi uzasadnienia dla rozszerzania niepodniesionej w odwołaniu wykładni co do pojęcia „produktu”, tak jak to miało miejsce w przypadku podnoszonej w odwołaniu argumentacji w zakresie Pakietu nr 7. Izba podkreśla również,

że Odwołujący nie odniósł się w swoim stanowisku zawartym w odwołaniu do odniesienia się do argumentacji faktycznej i prawnej przytoczonej przy uzasadnieniu zarzutów Pakietu nr 7. Tym samym rozszerzanie tej argumentacji w trakcie rozprawy i odwoływanie się do tego samego uzasadnienia faktycznego w zakresie Pakietu nr 7 i Pakietu nr 9 nie jest zasadne i wobec regulacji ustawowych dopuszczalne. Brak wskazania argumentacji faktycznej odnoszącej się do wykładni i znaczenia pojęciowego przytoczonych w uzasadnieniu zarzutu nr 9 postanowień SWZ nie może zostać skutecznie uzupełniony w trakcie rozprawy. Uznanie stanowiska Odwołującego powodowałoby rozszerzenie zarzutu, co jest niedopuszczalne. Tym samym cała argumentacja Odwołującego odnosząca się do rozumienia pojęcia „produkt” użytego w Rozdziale 4 punkt 6 SWZ jak również treści kolumny nr 9 (ostatniej)

z Formularza asortymentowo – cenowego została przez Izbę pominięta przy rozpoznaniu zarzutu nr 9, jako zgłoszona i przedstawiona po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania. Powoduje to również to, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniami,

że argumentacja Odwołującego w zakresie obu pakietów była taka sama, bowiem taka sama nie była w ocenie Izby.

Izba stwierdziła, w zakresie podnoszonej w odwołaniu argumentacji Odwołującego: „poza bardzo ogólnym wskazaniem na bliżej nieokreślone, trudne nawet do identyfikacji rozwiązania informatyczne, (...) wykonawca nie podał choćby nazwy oferowanego rozwiązania (...) Nie podał zatem nazwy kluczowego produktu(...)”; że nie znajduje

to uzasadnienia w treści informacji podanych w Formularzu asortymentowo – cenowym przez wykonawcę Grupa E, gdzie podane zostało *licencja GRUPA E GNU + sprzęt + usługi*. Wymaga wskazania, że Odwołujący w zupełności nie odniósł się do tego wskazania, pominał je. Dopiero na rozprawie buduje szeroką argumentację odnoszącą się do podanej przez wykonawcę Grupa E *Licencji Grupa E GNU*. Zarówno argumentacja jak i dowody przedstawione w tym zakresie stanowią rozszerzenie stanowiska Odwołującego, stanowią nowe niezawarte w uzasadnieniu odwołania argumenty faktyczne, których nie sposób wywieść z treści odwołania. Podkreślenia wymaga to, że sam Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podaje, że oferta Grupy E „nie zawiera żadnego produktu i nie sposób

na podstawie tego opisu określić co oferuje wybrany wykonawca”, a następnie w trakcie rozprawy Odwołujący identyfikując powyższą licencję przedstawia szeroką argumentację mającą wykazywać, że wątpliwie jest istnienie zaoferowanego rozwiązania opartego

na rozwoju wolnego oprogramowania GNU. W ocenie Izby, poza tym, że takie stanowisko Odwołującego jest rozszerzeniem argumentacji, podniesieniem faktycznie nowej argumentacji nieujętej w odwołaniu, to potwierdza to, że wykonawca był w stanie budować argumentację faktyczną, której jednakże nie ma w odwołaniu. Izba podkreśla ponownie,

że Odwołujący w odwołaniu nie referował do wskazanego rozwiązania *Licencji Grupa E GNU* choć przecież miał podaną informację w Formularzu cenowo – asortymentowym. Prezentowana argumentacja w trakcie rozprawy, a odnosząca się do podanego w ww. formularzu rozwiązania *Licencji Grupa E GNU*, jak również argumentacja odnosząca się do kierunków rozwoju oprogramowania w charakterystyce GNU w ocenie Izby jest spóźniona i nie może być brana pod uwagę przy rozpoznaniu zarzutu. Tym samym bezprzedmiotowe stały się również dowody składane na okoliczności związane z tą argumentacją. Wymaga również dostrzeżenia, że treść uzasadnienia odwołania wprowadza pewnego rodzaju nieścisłość w stanie faktycznym, a polegające na wskazaniu przez Odwołującego,

że w opisie oferowanego rozwiązania wybrany wykonawca powtórzył jedynie nazewnictwo zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, co oznacza, że nawet w zakresie oprogramowania wybrany wykonawca nie podał choćby nazwy oferowanego rozwiązania. Natomiast w trakcie rozprawy Odwołujący buduje argumentację opartą na faktycznie podanej informacji wykonawcy Grupa E w Formularzu asortymentowo-cenowym.

Izba podkreśla, że tych kilka zdań z uzasadnienia odwołania odnoszącego się do zarzutów, w szczególności zarzutu nr 5, dotyczących Pakietu nr 9 jest ogólnikowych, nieokreślonych

i trudnych, a w zasadzie niemożliwych, z poziomu identyfikacji, co w zasadzie miał na myśli Odwołujący podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Grupa E.

Mając na uwadze powyższe, w tym brak argumentacji odnoszącej się do „produktu”, Izba podkreśla, że Odwołujący w ogóle nie odniósł się do tego, że w Formularzu asortymentowo – cenowym wykonawca Grupa E podał: *Kompletne rozwiązanie spełniające wszystkie wymogi opisane w załączniku nr 9*. Ta treść ww. formularza, jak i inne podane przez

wykonawcę Grupa E ww. formularzu, zostały w stanowisku Odwołującego w ogóle pominięte. Brak jest jakiegokolwiek odniesienia przez Odwołującego do tej informacji z Formularza asortymentowo- cenowego. Faktem jest, że Załącznik nr 9 został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, ale nie znaczy to, że dokument ten może zostać niezauważony przez Odwołującego. Wykonawca Grupa E podał w trakcie rozprawy, że *sprzęt został przez wykonawcę podany w załączniku nr 9 do oferty stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa*. Wymaga również podkreślenia, że zgodnie z Formularzem asortymentowo – cenowym kolumna nr 9 zatytułowana była „nazwa, model, producent systemu”, z czego wynikało, że nie określony został obowiązek podania w tym miejscu sprzętu zawartego w oferowanym rozwiązaniu. Podanie informacji na temat sprzętu oferowanego w ramach oferowanego rozwiązania w osobnym załączniku do oferty wypełnia, w ocenie Izby, obowiązek podania szeroko informacji określonych w Rozdziale 4 pkt 6 SWZ. Jednakże takie rozwiązanie, jak również fakt, że informacje te były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa – co jest prawem każdego wykonawcy – nie były przez Odwołującego zauważone, bowiem nie była podnoszona w tym zakresie żadna argumentacja faktyczna. Tym samym odniesienie

do braku wykazania w Formularzu asortymentowo – cenowym sprzętu Izba uznaje

za niezasadne, a w kontekście braku odniesienia do wskazanego ww. formularzu załącznika nr 9 do oferty, Izba uznaje za nieuzasadnione.

W tym stanie rzeczy niezasadny jest również zarzut nr 6 dotyczący Pakietu nr 9. W ocenie Izby nie sposób zidentyfikować w czym miałyby się przejawiać naruszenie zasad określonych w art. 16 pkt 1 ustawy, bowiem brak uzasadnienia faktycznego w zakresie zarzutu nr 5, jak również brak odniesienia do pełnego stanu faktycznego sprawy, tj. pominięcia załącznika nr 9 do oferty, powoduje, że nie ma możliwości zidentyfikowania naruszenia zasad przez Zamawiającego. Izba dodaje, że w tym miejscu, że przytoczenie uzasadnienia podstaw odrzucenia oferty innego wykonawcy nie uzasadnia samo w sobie naruszenia zasad przez Zamawiającego przy dokonaniu oceny innej oferty.

Mając na uwadze powyższe rozważania odnoszące się do realiów rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnosząca się do żadnych konkretnych, pomija również część stanu faktycznego.

Izba podkreśla, że wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu, czy też odnoszenia argumentacji faktycznej z jednego zarzutu przenosić jej do innego zarzutu. Izba podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów

na poparcie przytoczonych okoliczności. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże, aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego. Tym samym odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie,

że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. To oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, wskazującymi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę.

Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje

na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano, w nieprzerwanie aktualnym orzeczeniu, w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy

w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd,

że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje

we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I KKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje

odwzorowanie
w piśmiennictwie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że stanowisko zaprezentowane w odwołaniu nie zawiera uzasadnienia faktycznego, które można byłoby poddać ocenie w kontekście podnoszonego zarzutu (5 i 6) odwołania. Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej co do ustalonego stanu faktycznego. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwe dokonanie oceny zarzutu w kontekście podanej przez Zamawiającego podstawy naruszenia wskazanego przepisu. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba stwierdziła w zakresie zarzutu nr 7 dotyczącego Pakietu nr 9, podobnie jak to miało miejsce przy rozpatrywaniu zarzutu nr 4 dotyczącego Pakietu nr 7, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia regulacji SWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie, czy też stosowania kryteriów niewskazanych w SWZ. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Argumentacja jaka została zawarta w odwołaniu stanowi wynikową innych podnoszonych zarzutów i w żaden sposób nie jest powiązana z czynnością oceny oferty w ramach kryteriów tj. na podstawie i w granicach tychże kryteriów oceny ofert jakie przyjął Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni 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, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 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. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: