

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie **9 maja 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **18 kwietnia 2025 r.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa NGFW wraz ze wsparciem*

przez wykonawcę: **IT Systems and Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”] *technicznym i gwarancją na okres 36 miesięcy* (COI-ZAK.262.44.2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.**

Uzasadnienie

Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie {dalej również: „COI” lub „Zamawiający”) prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa NGFW wraz ze wsparciem technicznym i gwarancją na okres 36 miesięcy*(COI-ZAK.262.44.2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 września 2025 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 182 pod poz. 559650.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

8 kwietnia 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu wszystkich czterech złożonych ofert i unieważnieniu prowadzonego postępowania.

18 kwietnia 2025 r. IT Systems and Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „ITSS” lub „Odwołujący”) wniósł odwołanie od odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 260 ust. 1 – przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty ITSS, które w konsekwencji spowodowało unieważnienia postępowania.
- 2.Art. 255 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez bezpodstawne unieważnienie prowadzonego postępowania w sytuacji gdy oferta ITSS została niezasadnie odrzucona, pomimo że jest ona zgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
- 2.Unieważnienia odrzucenia oferty ITSS.
- 3.Powtórzenia badania i oceny ofert.

W ramach uzasadnienia odwołania powyższe zarzuty i żądania zostały sprecyzowane przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, jak to poniżej wspomniano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

W odpowiedzi na odwołanie z 7 maja 2025 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej odnotowano w zakresie, który miał znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Brmienie zawiadomienia z 8 kwietnia 2025 r. o odrzuceniu wszystkich ofert i unieważnieniu postępowania [pisownia oryginalna, podkreślenia własne]:

Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) zwana dalej: ustawą Pzp, informuje, że unieważnia przedmiotowe postępowanie.

Uzasadnienie prawne:

art. 255 pkt 2 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz unieważnia postępowanie jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Uzasadnienie faktyczne:

W postępowaniu w terminie złożenia ofert określonym na 29.11.2024 godzina 12:00 zostały złożone cztery oferty Wykonawców:

1. IT Systems and Solutions Sp. z o.o. (ul. Syta 68A, 02-993 Warszawa),
2. IT Solution Factor Sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 98, 00-807 Warszawa),
3. Nomios Poland Sp. z o.o. (ul. Puławska 537, 02-844 Warszawa),
4. Polintegra Sp. z o.o. (ul. Warszawska 40/2A 40-008 Katowice).

Oferty wszystkich Wykonawców zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający, wymagał aby oferowane urządzenia NGFW spełniały wymagania techniczne i organizacyjne dla Urzędzeń, zawarte w Tabeli w pkt III Rozdziału II SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia. Zgodnie z wierszem 11 tej Tabeli, Zamawiający wymagał: „Pamięć wewnętrzna na system operacyjny | Każde z Urzędzeń musi być wyposażone w co najmniej dwa dyski (w konfiguracji redundantnej) przechowujące dane szybkozmiennne.”

Przedmiotem ofert Wykonawców jest Urządzenie „FortiGate-3001F”. Jako przedmiotowy środek dowodowy, w zakresie powyższego wymagania, przez wszystkich Wykonawców została wskazana specyfikacja producenta (ang. „FortiGate 3000F Series Data Sheet” – strona 8), w której nie została zamieszczona informacja o ilości pamięci wewnętrznych na system operacyjny – znajduje się tam wyłącznie informacja o ilości pamięci wewnętrznej samego urządzenia: „Onboard Storage – 2x 1TB SSD”.

W toku wyjaśniania treści złożonych w niniejszym postępowaniu ofert Zamawiający uzyskał informacje, zgodnie z którymi w oferowanych Urzędzeniach:

- 1) „System operacyjny nie jest zaś trzymany na przestrzeni dyskowej 2TB. System operacyjny jest przechowywany w pamięci urządzenia niezależnej od wbudowanych dysków. Urządzenie uruchamiane jest z pamięci flash, którą w sytuacjach awaryjnych można zaprogramować przez kabel konsolowy -> <https://community.fortinet.com/t5/FortiGate/Technical-Tip-FortiGate-FlashFormat-process/ta-p/198704>. Wspomniana przestrzeń dyskowa 2TB jest przeznaczona na przechowywane m. in. logów oraz raportów, zgodnie z poniższą dokumentacją [https://community.fortinet.com/t5/FortiGate/Technical-Tip-Howto-configure-logging-in-disk-using -GUI-CLI/ta-p/216995](https://community.fortinet.com/t5/FortiGate/Technical-Tip-Howto-configure-logging-in-disk-using-GUI-CLI/ta-p/216995)
- 2) „W standardowej konfiguracji FortiGate-3001F system operacyjny (FortiOS) jest przechowywany na wbudowanej pamięci flash.”;
- 3) „W standardowym wdrożeniu FortiGate-3001F dane szybkozmiennne obejmują dane operacyjne (np. buforowanie, tymczasowe logi), a system operacyjny znajduje się na pamięci flash”
- 4) „W przypadku, gdy system operacyjny znajduje się na pamięci flash (domyślna konfiguracja), całe 2TB SSD w RAID 1 zostaną przeznaczone na logi NGFW, w tym sesje bieżące i archiwalne, zdarzenia bezpieczeństwa (NGFW, IPS, IDS, oraz dane audytowe.”

Jednocześnie, w toku oceny ofert Zamawiający uzyskał wyjaśnienia dotyczące zakresu spełnienia wymogu zawartego w pkt 27.5 w/w Tabeli, dotyczącego dostępności 2TB logów, przy zastosowaniu kompresji. Nie uzyskał natomiast wyjaśnienia, w zakresie jednoczesnego spełnienia obu przytoczonych wymagań.

Z otrzymanych wyjaśnień wynika, że system operacyjny w oferowanym urządzeniu znajduje się zawsze na pamięci flash i tym samym wymaganie pamięć wewnętrznej na system operacyjny Urzędzeń w postaci co najmniej dwóch dysków nie zostało spełnione.

Na podstawie takich wyjaśnień oraz braku przedmiotowych środków dowodowych demonstrujących sposób spełnienia wymagania pamięć wewnętrznej na system operacyjny Urzędzeń w postaci co najmniej dwóch dysków, Zamawiający ocenił, że oferowane Urządzenie nie spełnia wymogu zawartego w wierszu 11 (i jednocześnie 27.5) Tabeli zawartej w pkt III Rozdziału II SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia.

Reasumując, Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wszystkie oferty, czyli również tę złożoną przez ITSS, odrzuca, oraz szczegółowo opisał, w jaki sposób ustalił i na czym polega niezgodność wszystkich ofert, czyli również tej złożonej przez ITSS, z parametrem dotyczącym pamięci wewnętrznej na system operacyjny. Odwołujący nie powinien mieć zatem wątpliwości, że ta podstawa faktyczna dotyczy również jego oferty, zwłaszcza że jej treść w tym zakresie była przedmiotem wyjaśnień. Biorąc pod uwagę ich treść (o czym dalej), Zamawiający zacytował wyjaśnienia złożone przez pozostałych wykonawców, gdyż to na ich podstawie stwierdził niespełnianie tego parametru przez wszystkie złożone oferty, które w tym zakresie oparte są na tym samym rozwiązaniu sprzętowo-programowym.

Natomiast odmiennie przedstawia się sytuacja odnośnie równoległego wskazywanego przez Zamawiającego parametru dotyczącego dostępności 2TB logów, gdyż akurat w tym zakresie oferta ITSS jako jedyna nie była

przedmiotem wyjaśnień. W celu spełnienia tego parametru ITSS skorzystało bowiem z dopuszczenia przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 10 [w ramach „Wyjaśnień i zmiany SWZ nr 9” objętych „Protokołem nr 10 z dnia 21.11.2024 r....”] dodatkowego fizycznego komponentu. Stąd wskazanie tej podstawy faktycznej również w odniesieniu do oferty ITSS jest niefortunnym uproszczeniem (o czym mowa również dalej).

Odnosnie rozumienia parametru dotyczącego pamięci wewnętrznej na system operacyjny w pełni adekwatne są ustalenia zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby z 17 marca 2025 r. sygn. akt KIO 567/25, jako dotyczące identycznego opisu w tak samo oznaczonych załącznikach do SWZ i w takiej samej jednostce redakcyjnej [pisownia oryginalna]:

(...) W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że urządzenia oferowane w postępowaniu winny spełniać jednocześnie wszystkie wskazane wymogi i parametry.

(...)

Izba stoi na stanowisku, że treść zawarta w obu rubrykach, tj. „Opis wymagania” i „Parametry minimalne” musi być interpretowana łącznie. Nie sposób bowiem wymagań w zakresie parametrów minimalnych, które znajdują się przy opisie wymagania dotyczącego pamięci wewnętrznej na system operacyjny, interpretować w oderwaniu od tego opisu. Gdyby zamawiającemu zależało wyłącznie na wyposażeniu urządzeń w co najmniej dwa dyski w konfiguracji redundantnej, bez odniesienia tego wymogu do systemu operacyjnego, nie umieściłby tego wymagania w punkcie dotyczącym systemu operacyjnego.

Potwierdzeniem powyższego jest treść pkt. 11 Załącznika nr 3 do formularza ofertowego „WYKAZ PARAMETRÓW OFEROWANYCH LUB OPIS SPOSOBU SPEŁNIANIA WYMAGAŃ ZAWARTYCH W OPZ, gdzie w kolumnie wymagania w SWZ” wskazano: „Pamięć wewnętrzna na system operacyjny: Każde z Urządzeń musi być wyposażone w co najmniej dwa dyski (w konfiguracji redundantnej) przechowujące dane szybkozmiennne.” W tym przypadku opisy wymogów zawartych w pkt. 11 OPZ, zarówno w kolumnie „Opis wymagania” i w „Parametrach minimalnych” zostały umieszczone w jednej rubryce, zatem oczywistym jest, że odnoszą się do wymogu dotyczącego systemu operacyjnego. Izba ponownie podkreśla konieczność łącznego odczytywania i interpretowania postanowień SWZ. W tej sytuacji, w ocenie Izby, nawet jeżeli odwołujący miał wątpliwości w zakresie interpretacji treści pkt. 11 OPZ, winny one zostać rozwiązane treścią pkt. 11 Załącznika nr 3 do formularza ofertowego.

Tym samym wymóg, by system operacyjny był zainstalowany na dwóch niezależnych dyskach, pracujących w konfiguracji redundantnej, nie budzi wątpliwości Izby.

(...)

Reasumując, powyższe ustalenia również w niniejszej sprawie w pełni odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy i nie wymagają uzupełnienia. Trafnie zatem Zamawiający podniósł to w odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast zaprezentowana w uzasadnieniu odmienna wykładnia [zob. str. 5-6 odwołania] jest nieprzekonująca, gdyż zasada się na konsekwentnym pomijaniu, że dwa dyski w konfiguracji redundantnej dotyczą nie tylko aspektu tzw. danych szybkozmiennych generowanych przez system operacyjny, ale i tego systemu jako takiego. Przede wszystkim z uwagi na powyższe i poniższe ustalenia nie ma potrzeby szczegółowego omawiania wersji zaprezentowanej w odwołaniu. Przy czym argument, że wszyscy wykonawcy zrozumieli ten wymóg w taki właśnie sposób, nie ma znaczenia, zwłaszcza że równie dobrze może to wynikać z faktu zaoferowania tego samego rozwiązania. A zatem być może źródłem tej wadliwej interpretacji jest jego producent, a wykonawcy bezrefleksyjnie zaakceptowali produkt, który obiektywnie rzecz biorąc nie mógł spełnić parametru dotyczącego pamięci wewnętrznej na system operacyjny.

Odmienne przedstawia się sytuacja co do spełniania przez ITSS rozbudowanego wymagania z pkt 27.5 tabeli opisu przedmiotu zamówienia, będącego jednym ze szczegółowych parametrów dotyczących monitoringu pracy NGFW. Zamawiający wymijająco w odpowiedzi na odwołanie odniósł się [zob. pkt 2.4] do podkreślonego w uzasadnieniu odwołania twierdzenia, że zaoferowany przez ITSS system zarządzania FortiAnalyzer 300G z dwoma dyskami, każdy o pojemności 4 TB, w konfiguracji redundantnej (RAID-1), gwarantuje osiągnięcie wymaganej przestrzeni co najmniej 2 TB dla celów archiwizacji i raportowania [zob. drugi akapit na str. 9]. Co więcej, na rozprawie Zamawiający stwierdził, że nie tylko oferta ITSS, ale i pozostałe oferty, spełniają ten parametr. Umknęło jednak Zamawiającemu, że w tym zakresie sprowadzenie sytuacji ITSS i pozostałych oferentów do wspólnego mianownika, jak to zostało uczynione w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty, jest co najmniej niefortunne.

Brzmienie wezwania do wyjaśnień wystosowanego przez Zamawiającego 18 marca 2025 r. do ITSS [pisownia oryginalna, podkreślenia własne]:

Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) – dalej: ustawa Pzp, wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Zamawiający wymagał w Rozdziale II SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia pkt III „Wymagania techniczne funkcjonalne dla Urządzeń” Lp. 11 „Pamięć wewnętrzna na system operacyjny | Każde z Urządzeń musi być wyposażone w co najmniej dwa dyski (w konfiguracji redundantnej) przechowujące dane szybkozmiennne” – Wykonawca w załączniku nr 5 do Formularza oferty Lp. 11 wskazał: Każde z urządzeń posiada dwa dyski z których każdy posiada 1 TB

przestrzeni dyskowej. Informacje o dyskach w wersji 3001F <https://www.fortinet.com/content/dam/fortinet/assets/data-sheets/fortigate-3000fseries.pdf> strona 8". Zamawiający prosi o potwierdzenie, czy wskazane w karcie katalogowej dyski w oferowanym rozwiązaniu będą pracowały jako redundantne dyski na system operacyjny.

(...)

Brzmienie wyjaśnień udzielonych przez ITSS 20 marca 2025 r. [pisownia oryginalna, podkreślenia własne]:

W odpowiedzi na Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) z dnia 18 marca br. informujemy, że zgodnie z informacjami zawartymi w dokumentacji producenta (<https://docs.fortinet.com/document/fortigate/7.6.2/administration-guide/443180/raid>) dyski w urządzeniu FortiGate 3001F mogą pracować jako redundantne w trybie RAID-1

„# execute disk raid rebuild-level

<RAID level> supported: Raid-0, Raid-1”.

W związku z powyższym Wykonawca potwierdza, że wskazane w karcie katalogowej dyski w oferowanym rozwiązaniu będą pracowały jako redundantne dyski na system operacyjny.

Reasumując, jak się okazuje, na etapie badania ofert ITSS prawidłowo, tj. w sposób ustalony powyżej, rozumiał powyższy wymóg i wprost potwierdził Zamawiającemu jego spełnianie. Dopiero po odrzuceniu oferty Odwołujący zmienił zdanie i zaczął twierdzić co innego. Co więcej, w uzasadnieniu odwołania pada kontrfaktyczne stwierdzenie, jakoby ITSS w powyższych wyjaśnieniach potwierdził spełnianie tego parametru, „odnosząc się do zapisu o danych szybkozmiennych” [zob. przedostatnie zdanie przedostatniego akapitu na str. 6 odwołania]. Paradoksalnie ta nagła wolta z jednej strony czyni Odwołującego niewiarygodnym, z drugiej strony potwierdza niespełnianie przez ITSS parametru dotyczącego pamięci wewnętrznej na system operacyjny. Innymi słowy, niespełnianie przez ITSS tego wymogu w powyżej ustalonym znaczeniu nie było w niniejszej sprawie sporne. Dodatkowo świadczy o tym fakt, że w złożonym na rozprawie (niedatowanym) pisemnym oświadczeniu pracownika – jak to wskazano przy podpisie: „Fortinet Poland Sp. z o.o.” – nie ma już mowy o „redundanтных dyskach na system operacyjny”, a jedynie o ich przeznaczeniu do przechowywania tzw. danych szybkozmiennych.

Z uwagi na powyższe nic nie wnosi również do sprawy pozyskany dopiero na potrzeby uwiarygodnienia wersji zdarzeń prezentowanej w odwołaniu wyciąg z dokumentacji innego postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę urządzeń firewall klasy NGFW, przeprowadzonego przez COI trzy lata temu, gdzie w pkt 9. tabeli opisu przedmiotu zamówienia, po wskazaniu w lewej kolumnie, że chodzi o pamięć wewnętrzną na system operacyjny, ponownie potwierdzono to w prawej kolumnie. O ile taki opis jest bardziej dobitny, o tyle nie oznacza to, że opis parametru w niniejszym postępowaniu obiektywnie rzecz biorąc mógł być rozumiany w odmienny sposób. Zresztą ITSS nie składał oferty w tamtym postępowaniu. Z kolei na rozprawie Odwołujący twierdził, że wybrana tam oferta dotyczyła analogicznego rozwiązania sprzętowo-programowego. Jeżeli rzeczywiście tak było, co najwyżej potwierdza to brak staranności wykonawców lub ich dostawców w doborze przedmiotu oferty adekwatnego do jednoznacznie opisanego przedmiotu zamówienia

Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, 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 odrzuceniu 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 (z uwzględnieniem proponowanych warunków umowy).

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliguje 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 i 2 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia 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 i warunkami umowy. W szczególności nie budzi wątpliwości, a nie jest bez znaczenia 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 (*accidentalialia 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.

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.

W szczególności zgodnie z przepisami zawartymi w art. 105 ustawy pzp:

- w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę [ust. 1];

- przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30) [ust. 2];
- jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność [ust. 3];
- zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia [ust. 4].

Natomiast z part. 106 ustawy pzp wynika ponadto, że:

- w tym samym celu zamawiający może żądać innych przedmiotowych środków dowodowych niż zdefiniowane w art. 104 pzp etykiety czy w art. 105 certyfikaty, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania [ust. 1 zd. 1];
- zamawiający ma obowiązek wskazać wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia [ust. 1 zd. 2];
- zamawiający może wyłącznie wymagać przedmiotowych środków dowodowych, które są związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego [ust. 2];
- jednocześnie żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stąd zamawiający jest obowiązany akceptować równoważne przedmiotowe środki dowodowe, czynią zadość celowi, któremu służyło zażądanie tych dowodów.

Wreszcie z uregulowań art. 107 ustawy pzp wynika, że zasadą jest składanie przez wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą (ust. 1). Jeżeli jednak wykonawca nie uczyni tego w ogóle lub złoży przedmiotowe środki dowodowe, które są niekompletne, zamawiający może wezwać do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie wyłącznie w sytuacji, gdy uprzednio przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (ust. 2). Jednakże nigdy nie jest to dopuszczalne w odniesieniu do kryteriów oceny ofert, a zbędne w przypadku, gdy oferta i tak podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (ust. 3).

W każdym razie dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiem przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady sporządzonych przez niezależny od wykonawcy podmiot trzeci. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawia się zarówno w aspekcie 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.

Skoro ustalony powyżej stanu faktyczny potwierdza, że przedmiot oferty Odwołującego nie spełnia jednego z parametrów opisu przedmiotu zamówienia, pomimo potwierdzenia jego spełniania w formularzu w treści oferty, co jednak nie znalazło potwierdzenia w złożonym przedmiotowym środku dowodowym, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp okazał się bezzasadny.

Z kolei zarzut naruszenia art. 260 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, okazał się bezprzedmiotowy.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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) obciążono nimi Odwołującego.