

Sygn. akt: KIO 2926/21

## WYROK

z dnia 27 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2021 r. przez Odwołującego – **VisionCube Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie, ul. B. Zielińskiego 22, 30-320 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Izbę Administracji Skarbowej w Kielcach**, ul. Sandomierska 105, 25-324 Kielce

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **NTT Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa, **S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;
  - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika strony.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Izbę Administracji Skarbowej w Kielcach na: „dostawę i wdrożenie systemu wideokonferencyjnego wraz z modułem do przesłuch na odległość” (nr ref. postępowania 2601-ILZ.260.4.2021), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.05.2021 r., nr 2021/S 087-224310, wobec czynności wyboru na zadanie nr 1 oferty najkorzystniejszej i zaniechania jej odrzucenia (Konsorcjum NTT S&T) w dniu 4 października 2021 r. wykonawca VisionCube S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2926/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NTT S&T pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w tym opisie przedmiotu zamówienia, tj.:
  - a) Konsorcjum NTT S&T zaoferowało produkt vRealize Operations 7 Standard, podczas gdy Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wymaga oprogramowania równoważnego do produktu vRealize Operations 7 Advanced;
  - b) Konsorcjum NTT S&T zaoferowało do realizacji funkcjonalności połączeń z platformą Microsoft Teams produkt Cisco Webex Video Integration for Microsoft, który skutkuje przetwarzaniem danych również poza Europejskim Obszarem Gospodarczym, np. w Chinach, Rosji, Białorusi, Kazachstanie, czy Singapurze, gdy w odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytanie dotyczące połączeń z platformą Zamawiający stwierdził jednoznacznie, że „Zamawiający nie dopuszcza przetwarzania danych poza terenem Europejskiego Obszaru Gospodarczego”;
  - c) Konsorcjum NTT S&T zaoferowało urządzenie/oprogramowanie Cisco Unified Communications Manager (CUCM) oraz Expressway Rich Media Session w przypadku, których dostępna jest wyłącznie licencja czasowa (subskrypcja), natomiast Zamawiający wskazał, że wszystkie dostarczone licencje muszą być bezterminowe;
  - d) Konsorcjum NTT S&T zaoferowało urządzenie/oprogramowanie model Cisco Expressway X14.0.1 (Cisco Expressway Core, Cisco Expressway Edge), natomiast jako stronę internetową, na której zamieszczono szczegółową specyfikację urządzenia (bezpośredni link do specyfikacji) wskazało stronę internetową ze specyfikacją modelu Cisco Expressway X8.9.;

- e) Konsorcjum NTT S&T zaoferowało nieidentyfikowalną licencję „PS Calling for EMEAR – TP Room” oraz link do strony internetowej, na której ta licencja nie występuje;
- f) Konsorcjum NTT S&T zaoferowało nieidentyfikowalny produkt „serwer aplikacji CMS Search do zarządzania nagraniami” oraz link do strony internetowej, na której nie ma danych dotyczących tego produktu, a jest jedynie cennik systemu Windows Server 2.

2. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum NTT S&T w sytuacji, gdy powinna być ona odrzucona, a wybrana powinna być oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum NTT S&T, nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

#### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W dniu 24.09.2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz ofertach odrzuconych.

##### I. Zarzut 1a)

Konsorcjum NTT S&T zaoferowało oprogramowanie vRealize Operations 7 Standard (wykaz urządzeń i licencji, Lp. 8, str. 18 oferty), podczas, gdy w OPZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wymaga oprogramowania równoważnego do vRealize Operations 7 Advanced. Zaoferowane oprogramowanie nie jest równoważne wskazanemu w OPZ i nie posiada funkcjonalności opisanych w rozdziale VII pkt 8 ppkt 8.6, 8.20, 8.25 i 8.30 OPZ. Jednocześnie nie ma możliwości integracji zaoferowanego przez Konsorcjum NTT S&T oprogramowania w wersji Standard z oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego, tj. oprogramowaniem w wersji Advanced.

W OPZ (rozdział VII ppkt 9.1., ppkt 9.1.1.4. oraz 9.1.1.5.) Zamawiający wskazał, że wymaga, aby w przypadku dostawy produktów równoważnych Wykonawca dokonał integracji dostarczanego oprogramowania równoważnego z infrastrukturą Zamawiającego, przy spełnieniu warunków związanych z centralną konsolą i oprogramowaniem hypervisora dostarczonego i już opozostowanego przez Zamawiającego. Zamawiający dopuścił w rozdziale V pkt 8 rozwiązania równoważne, przez co rozumiał produkt o parametrach nie gorszych od przedstawionych w OPZ.

W rozdziale VII pkt 8 ppkt 8.6., 8.20. 8.25 i 8.30 OPZ Zamawiający w wymaganiach funkcjonalnych oprogramowania równoważnego, co było wyjaśniane w odpowiedzi na pytanie Odwołującego, który wskazywał na ich dostępność w wersji Advanced oprogramowania vRealize Opration 7 i ich niedostępność w niższej wersji „Standard”. Treść pytania nr 2 brzmiała: „W wymaganiach dotyczących wirtualizatora w punkcie 8.6 zamawiający wskazuje na model Advanced, z kolei w ramach produktu głównego wskazuje wersję Standard. Prosimy o doprecyzowanie, którego poziom licencji dostawę zamawiający oczekuje w ramach postępowania?”

W piśmie z dnia 2 czerwca 2021 r. Zamawiający wskazał, iż zmienia treść zapisów zawartych w rozdziale VII pkt 8 OPZ dla zadania nr 1. Zapis: „8. Wymagania funkcjonalne dla oprogramowania równoważnego do produktu vRealize Operations 7 Standard.” otrzymuje brzmienie:

„8. Wymagania funkcjonalne dla oprogramowania równoważnego do produktu vRealize Operations 7 Advanced.””

Zaoferowana przez Konsorcjum NTT S&T wersja Standard oprogramowania vRealize Operations 7 jest wersją niższą od wskazanej przez Zamawiającego po zmianie OPZ wersji Advanced i nie posiada wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności wskazanych w VII pkt 8 ppkt 8.6, 8.20, 8.25 i 8.30 OPZ. Wersja Standard nie jest zatem równoważna wersji Advanced. Nadto wersja Standard, jako wersja niższa i z ograniczonymi funkcjonalnościami oraz gorszymi parametrami, jest wersją tańszą niż wersja Advanced, a producent wskazuje, że nie można łączyć wersji Standard z wersją Advanced (korespondencja mailowa Odwołującego z producentem z 3.10.2021 r.).

## II. Zarzut 1b)

Konsorcjum NTT S&T zaoferowało do realizacji funkcjonalności połączeń z platformą Microsoft Teams produkt Cisco Webex Video Integration for Microsoft Teams, który to produkt skutkuje przetwarzaniem danych również poza Europejskim Obszarem Gospodarczym, np. w Chinach, Rosji, Białorusi, Kazachstanie czy Singapurze, gdy tymczasem w odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytanie dotyczące połączeń z platformą Microsoft Team Zamawiający stwierdził jednoznacznie, że: „Zamawiający nie dopuszcza przetwarzania danych poza terenem Europejskiego Obszaru Gospodarczego.”

W dniu 26 maja 2021 roku Zamawiający opublikował „Wyjaśnienia i zmiany treści SWZ”, w tym na pytanie 6: „Czy w związku z newralgicznym charakterem systemu oraz jego przeznaczeniem zamawiający oczekuje, że dane wychodzące do usługi zapewniającej interoperacyjność z MS Teams będą przetwarzane na terenie europejskiego obszaru

gospodarczego? Czy zamawiający dopuszcza w przypadku awarii systemu, aby dane przetwarzał węzeł poza UE?”

Zamawiający odpowiedział w sposób następujący: „Zamawiający nie dopuszcza przetwarzania danych poza terenem Europejskiego Obszaru Gospodarczego.”

Tymczasem do realizacji funkcjonalności połączeń z platformą Microsoft Teams Konsorcjum NTT S&T w złożonej ofercie (Opis zaoferowanego rozwiązania – wykaz urządzeń i licencji, Lp. 8, str. 15 Oferty) zaoferowało produkt Cisco Webex Video Integration for Microsoft Teams. Schemat działania usługi Cisco Webex Video Integration for Microsoft Teams przedstawiony został na diagramie.

Aby możliwe było zrealizowanie funkcjonalności interoperacyjności oferowanej infrastruktury wideokonferencyjnej z Microsoft Teams niezbędne są w systemach Cisco dwa komponenty, które znajdują się wówczas poza Data Center Zamawiającego, a zlokalizowane są w chmurze, poza jego bezpośrednią kontrolą:

1. usługa Webex pełniąca funkcję gatewaya (na diagramie Gateway) – bramy do realizacji połączeń pomiędzy zestawami do wideokonferencji, a innym środowiskiem,
2. usługa Connector, pełniącego funkcję łącznika, pomiędzy usługą Webex, a Microsoft Teams.

Są one typowymi usługami chmurowymi, które są całkowicie zarządzane przez inżynierów firmy Cisco, pracujących w ramach tzw. centrów serwisowych Cisco TAC. Centra serwisowe nadzorują usługi, mają wgląd w konferencje, mają dostęp do logów systemowych, dokonują konfiguracji, prowadzą monitoring oraz usuwają awarię, a tym samym dokonują przetwarzania danych. Centra TAC odpowiadają za utrzymanie usług sieciowych, w tym w chmurze firmy Cisco, znajdują się na całym świecie. Tym samym dostęp do informacji przetwarzanych przez serwery usługi Webex oraz usługi Connector mają pracownicy firmy Cisco - zarządzającej rozwiązaniem, którzy nie znajdują się w Europejskim Obszarze Gospodarczym, a znajdują się np. w Chinach, Rosji, Białorusi, Kazachstanie czy Singapurze. Usługi te pracują w infrastrukturze chmurowej, tj. w różnych Centrach Danych na całym świecie.

Ze względu na fakt, iż wszystkie Data Center na świecie są połączone ze sobą i rozkładają między sobą obciążenie (ilość konferencji, ilość zajmowanego pasma internetowego), nie ma gwarancji, że to właśnie Data Center (dwie, tj. Frankfurt i Amsterdam), zlokalizowane na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będą realizowały połączenia.

Producent informuje w dokumentacji w sekcji „Networking”, że co prawda standardowo połączenia realizowane są przez serwery w chmurze najbliższej klienta (można zakładać, że

dla Polski będą to Frankfurt i Amsterdam), natomiast koniecznym jest odblokowanie ruchu sieciowego do wszystkich innych serwerów na świecie, ponieważ możliwe jest, że również one będą odpowiedzialne za realizowanie połączeń – pomimo, że znajdują się poza Europejskim Obszarem Gospodarczym. Informacja ta powtórzona jest również w dokumentacji wdrożeniowej rozwiązania.

Zgodnie z dokumentacją w sekcji „IP subnets for Webex media services”, w której wskazane są zakresy adresów IP wszystkich serwerów na świecie: „Cisco nie obsługuje ani nie zaleca filtrowania podzbioru adresów IP na podstawie określonego regionu geograficznego lub dostawcy usług w chmurze. Filtrowanie według regionu może spowodować poważne pogorszenie jakości spotkań, aż do braku możliwości całkowitego dołączenia do spotkań włącznie. ” Producent jasno wskazuje, że w rozwiązaniu Webex, nie ma możliwości, aby ruch IP – pozwalający na zrealizowanie połączenia – był uruchomiony wyłącznie do serwerów umieszczonych w danym regionie, w tym w Europejskim Obszarze Gospodarczym. Wymagane jest uruchomienie ruchu IP do wszystkich serwerów Wbex na świecie, ponieważ w różnych sytuacjach mogą one przetwarzać dane. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku usługi Connector.

### III. Zarzut 1c)

Konsorcjum NTT S&T zaoferowało urządzenie/oprogramowanie Cisco Unifide Communications Manager (CUCM) oraz Expressway Rich Media Session w przypadku których dostępna jest wyłącznie licencja czasowa (subskrypcja), natomiast Zamawiający w OPZ wskazał, że wszystkie dostarczone licencje muszą być bezterminowe (rozdział V, pkt 9). Grupa kapitałowa NTT Corporation poinformował swoich klientów o zakończeniu z dniem 23.01.2021 r. oferowania licencji bezterminowych (wieczystych).

### IV Zarzut 1d)

Konsorcjum wskazało w ofercie produkt Cisco Expressway X14.0.1 (wykaz urządzeń i licencji, lp. 5, str 10 i 11 oferty), natomiast jako stronę internetową – link do specyfikacji dla modelu Cisco Expressway X8.9. Konsorcjum błędnie wskazało specyfikację urządzenia wprowadzając Zamawiającego w błąd. Co istotne produkt Cisco Expressway X8.9. został wycofany ze sprzedaży.

### V. Zarzut 1e)

W ofercie Konsorcjum wskazało licencję „PS Calling for EMEAR – TP Room” (wykaz urządzeń i licencji, poz. 3, 7 str. 9, 13, 14 oferty). Produkt ten jest nieidentyfikowalny, w tym nie sposób go odnaleźć choćby korzystając z wyszukiwarki google. Dodatkowo pod wskazanym linkiem do strony nie występuje ten produkt.

## VI. Zarzut 1f)

Konsorcjum zaoferowało nieidentyfikowalny produkt „serwer aplikacji CMS Search do zarządzania nagraniami” (wykaz urządzeń i licencji, poz. 2, str. 7 oferty) oraz link do strony internetowej na której nie ma danych dotyczących tego produktu, a jest jedynie cennik systemu Windows Server. Nie służy on nagrywaniu i udostępnianiu nagrań i nie spełnia wymagań opisanych w rozdziale VI ppkt 1.2 i 1.3 oraz udzielonej w dniu 2.06.2021 r. odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 9.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie NTT Poland Sp. z o.o. oraz S&T Poland Sp. z o.o. Przystępujący odniósł się w piśmie z 25.10.2021 r. do zarzutów podniesionych wobec jego oferty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w piśmie z 21.10.2021 r. wnosząc o jego oddalenie w całości.

W odniesieniu do zarzutu 1a Zamawiający wyjaśnił, iż nie wskazał w OPZ konkretnej nazwy i wersji produktu natomiast wymagał dostarczenia rozwiązania warstwy centralnej jako maszyny wirtualnie uruchamianej w środowisku wirtualizacji lub jako sprzęt dedykowany do realizacji funkcjonalności (appliance).

W przypadku wybrania wariantu maszyn wirtualnych wykonawca **musi** (OPZ Rozdział VI pkt. 8 ppkt 8.4.6) **wykonać integrację** z posiadanym przez Zamawiającego środowiskiem wirtualizacji **lub** dostarczyć równoważne środowisko wirtualizacji.

Wykonawca zaoferował wariant dostarczenia warstwy centralnej jako maszyn wirtualnych uruchamianych w środowisku wirtualizacji z koniecznością integracji z posiadanym przez Zamawiającego środowiskiem wirtualizacji. Zaoferowany przez Wykonawcę wariant nie przewidywał dostarczenia równoważnego środowiska wirtualizacji. Nie mają zatem odniesienia do tej oferty warunki równoważności wskazane przez Odwołującego (rozdział VII pkt 9 OPZ). Przy zaoferowanym wariantcie wykonawca musi zrealizować integrację na etapie wdrożenia z posiadanym przez Zamawiającego środowiskiem wirtualizacji. Zamawiający w OPZ nie wykluczył możliwości aktualizacji wersji oprogramowania vRealize Operations 7 Standard do wersji Advanced. Spełnia to warunek z rozdziału VI ppkt 8.4.6 „każdy z serwerów, o których mowa w ppkt 8.4.1. musi stać się hostem wirtualizacji i posiadać stosowne licencje oraz system operacyjny wirtualizatora, który Wykonawca zintegruje i połączy z posiadanym przez Zamawiającego środowiskiem opisanym w rozdziale VII pkt 7 i rozdziale VII pkt 8(...)”.



W odniesieniu do zarzutu 1b Zamawiający wskazał na możliwości ograniczania ruchu sieciowego do ośrodków przetwarzania danych w określonej lokalizacji geograficznej, w tym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Jest to kwestia wyboru rozwiązań technicznych takich jak wybór modelu usługi, konfiguracja dopuszczonego ruchu sieciowego. Zaoferowane przez wykonawcę rozwiązanie oparte o usługi chmurowe daje możliwość ograniczenia ruchu sieciowego. Takie ograniczenie dla połączeń z MS Teams potencjalnie może spowodować spadek jakości spotkań lub w skrajnym przypadku brak dostępności integracji z MS Teams.

Zamawiający wskazuje jednak, że zgodnie z Rozdziałem VI pkt 4 ppkt 4.2.2 i pkt 5 ppkt 5.2.2 OPZ, wymaga wysokiej niezawodności **wyłącznie** dla połączeń między terminalami w jednostkach, czyli realizowanych na zasobach wewnętrznych organizacji Zamawiającego. Natomiast w zakresie integracji z MS Teams w OPZ nie zostały postawione wymagania wysokiej niezawodności. Zamawiający akceptuje rozwiązanie techniczne potencjalnie obniżające poziom dostępności usługi integracji z MS Teams ze względu na ograniczenie ilości wykorzystywanych ośrodków przetwarzania danych do tych znajdujących się w wybranych lokalizacjach geograficznych tak, aby spełnić wymóg przetwarzania danych na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

W odniesieniu do zarzutu 1c Zamawiający uznał na podstawie złożonych przedmiotowych środków dowodowych (załącznik nr 11 do wyjaśnień z 29.07.2021 r.), że wykonawca ma możliwość pozyskania licencji od Producenta w wersji bezterminowej do realizacji przedmiotu zamówienia, co spełnia warunki stawiane w OPZ. Oferta dla sektora publicznego w wersji „Calling” umożliwia dostarczenie Cisco Unified Communications Manager (CUCM) w wersji „On premises” (w zasobach wewnętrznych organizacji) i Expressway Rich Media Session.

W odniesieniu do zarzutu 1d Zamawiający wyjaśnił, iż wskazany w ofercie link do przedmiotowego środka dowodowego potwierdza, że oprogramowanie z serii Cisco Expressway realizuje zadania z obszaru: „Warstwa centralna systemu wideokonferencji zlokalizowana w CIRF Radom – realizacja połączeń zewnętrznych”. *Tłumaczenie: „Główne zastosowania Cisco Expressway obejmują: Mobilny i zdalny dostęp (MRA): Rozszerzenie łączności biurowej na pracowników pracujących w podróży i w domu. Cisco Expressway sprawia, że współpraca **poza przedsiębiorstwem** jest równie łatwa, jak wewnątrz, dzięki uproszczeniu obsługi przez użytkowników końcowych.”* Informacje na temat kolejnych wydań oprogramowania Cisco Exxpressway, w tym zaoferowanego wydania X14.0.1 są dostępne z wykorzystaniem strony internetowej wskazanej przez wykonawcę jako przedmiotowy środek dowody, co umożliwia zweryfikowanie zakresu funkcjonalności oprogramowania oraz sprawdzenie dat wprowadzenia kolejnych wydań wraz z tym wykazanym w formularzu ofertowym. Opis w rozdziale V pkt 11 ppkt 11.2 OPZ, „że oferowany sprzęt nie może być na

liście produktów, dla których wsparcie Producenta zostanie zakończone w ciągu najbliższych 24 miesięcy”, nie odnosi się do oprogramowania działającego w środowisku wirtualizacji. W odniesieniu do licencji bezterminowej argumentacja została przedstawiona przy zarzucie 1c.

W zakresie zarzutu 1e Zamawiający wskazał, iż że dla wykazanej w formularzu oferty licencji o nazwie „PS Calling for EMEAR - TP Room” o przeznaczeniu „licencja umożliwiająca rejestrację terminali sprzętowych” dla obszaru funkcjonalności: „Warstwa centralna systemu wideokonferencji zlokalizowana w CIRF Radom – zarządzanie i monitorowanie wideokonferencji, zarządzanie dostarczonymi terminalami, **rejestracja terminali**” dostarczono przedmiotowy środek dowodowy, gdzie wskazano typ licencji odpowiedni dla terminali sprzętowych. Pozwala to na przyporządkowanie oferowanej licencji do wymaganego przeznaczenia w określonym obszarze funkcjonalności. Ponadto, w załączniku nr 11 wskazano nazwę PS Calling for EMEAR-TP Room na liście licencji wieczystych.

W zakresie zarzutu 1f Zamawiający w zakresie aplikacji do zarządzania nagraniami otrzymał wraz z wyjaśnieniami z 29.07.2021 r. – przedmiotowy środek dowodowy – załącznik nr 13 potwierdzający zakres funkcjonalności dla komponentu w obszarze funkcjonalności „Warstwa centralna systemu wideokonferencji zlokalizowana w CIRF Radom-centralne nagrywanie i udostępnianie nagrań” dla pełnionej funkcji „serwer aplikacji CMS Search do zarządzania nagraniami”.

### **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej, ustalająca wynik postępowania dla Odwołującego niekorzystny, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie budzi wątpliwości. Utrzymanie w mocy tej decyzji pozbawia Odwołującego szansy na złożenie oferty, uzyskanie zamówienia i jego realizację, co ma wymiar ekonomicznie dla wykonawcy niekorzystny.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

### **Stanowisko Izby.**

#### **Odwołanie w całości podlegało oddaleniu.**

Odnosząc się do poszczególnych podstaw faktycznych zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum NTT Poland Sp. z o.o./S&T Poland Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum) Izba stwierdziła brak podstaw do uznania, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

#### **Ad a)**

Odwołujący wskazywał, iż zaoferowane oprogramowanie vRealize Operations 7 Standard nie spełnia warunków opisanych dla rozwiązania równoważnego – tj. nie posiada funkcjonalności z rozdziału VII pkt 8 ppkt 8.6, 8.20, 8.25 i 8,30 OPZ – załącznik nr 1a do swz.

W tym zakresie nie budziło sporu, iż warunki równoważności opisane w rozdziale VII pkt 8 zostały określone dla produktu vRealise Operations 7 Advanced, co jest nowszą wersją oprogramowania zaoferowanego przez Konsorcjum. Nie było również spornym, iż opis przedmiotu zamówienia dopuszczał trzy warianty wykonania zamówienia, tj. wykonawcy mogli dokonać wyboru pomiędzy dostawą maszyny wirtualnej uruchamianej w środowisku wirtualizacji, a dostawą sprzętu dedykowanego do realizacji funkcjonalności (appliance). W przypadku wybrania wariantu maszyny wirtualnej wykonawcy mogli zrealizować to zamówienie albo przez wykonanie integracji z posiadany przez Zamawiającego środowiskiem wirtualizacji albo dostarczając równoważne środowisko wirtualizacji. Dla tego ostatniego wariantu Zamawiający określił warunki równoważności. Konsorcjum zdecydowało się na wariant, w którym dokonana zostanie integracja na etapie wdrożenia z obecnie posiadany przez Zamawiającego środowiskiem wirtualizacji (oprogramowaniem vRealise Operations 7 Advanced).

W świetle powyższego zarzut nie mógł być uwzględniony, gdyż brak spełnienia funkcjonalności wskazanych przez Odwołującego nie mógł być odniesiony do wariantu realizacji usługi wskazanego w ofercie Konsorcjum. Izba przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego jako spójne z warunkami opisanymi w swz, gdzie określone zostały trzy sposoby realizacji zamówienia, a w zakresie wybranym przez Konsorcjum, tj. wariantu dostawy maszyny wirtualnej i integracji z posiadany przez Zamawiającego środowiskiem wirtualizacji, nie miały odniesienia wymagania dotyczące równoważności rozwiązań.

Odwołujący podnosił, iż nie jest możliwe wykonanie integracji w oparciu o zaoferowaną wersję Standard oprogramowania, co miało mieć potwierdzenie w oświadczeniu producenta VMware Inc., w którym wykluczył on możliwość połączenia wersji Standard z wersją Advanced.

W zakresie kwestionowanej możliwości wykonania integracji z oprogramowaniem, jakie zostało już wdrożone u Zamawiającego nie było spornym, iż zaoferowane oprogramowanie vRealize Operations 7 Standard może być podniesione do wersji Advanced, a tym samym nie zachodzi obawa o to, czy wykonawca dostarczy rozwiązanie spełniające warunki zamówienia. Okoliczność ta potwierdzona została przez Zamawiającego w oficjalnych publikacjach dotyczących produktu vRealize Operations (linki przedstawione w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie). W tym zakresie ponownie należy podnieść, iż dowody przedłożone w odwołaniu nie miały znaczenia, gdyż dotyczą wersji oprogramowania bez uwzględnienia możliwości wykonania jego aktualizacji do wersji Advanced.

Ad b)

Odwołujący podniósł, iż zaoferowany produkt Cisco Webex Video Integration for Microsoft Teams narusza wymóg Zamawiającego, aby przetwarzanie danych nie odbywało się poza terenem Europejskiego Obszaru Gospodarczego (odpowiedź na pytanie nr 6 z 26.05.2021 r.). Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie: *Czy w związku z newralgicznym charakterem systemu oraz jego przeznaczeniem zamawiający oczekuje, że dane wychodzące do usługi zapewniające interoperacyjność z MS Teams będą przetwarzane na terenie europejskiego obszaru gospodarczego? Czy zamawiający dopuszcza w przypadku awarii systemu, aby dane przetwarzał węzeł poza UE?* Wskazał, iż *nie dopuszcza przetwarzania danych poza terenem Europejskiego Obszaru Gospodarczego.*

Zamawiający oraz przystępujące po jego stronie Konsorcjum w odniesieniu do przetwarzania danych wskazali na możliwość wyboru modelu usługi chmury, gdzie w zależności od lokalizacji klienta dane przetwarzane i wykorzystywane są zgodnie z lokalizacją klienta. Jest to jeden z modeli usługi, gdzie następuje ograniczenie miejsca przetwarzania. Przystępujący do pisma procesowego z 22.10.2021 r. załączył informację ze strony producenta wraz z tłumaczeniem, w której wskazano, iż *Cisco wykorzystuje własne centra danych, a także zewnętrznych dostawców hostingu w chmurze, aby świadczyć Usługę na całym świecie.* Centra Danych Cisco zlokalizowane są w Stanach Zjednoczonych, Holandii, Zjednoczonym Królestwie, Niemczech. Ponadto, wskazuje się, iż *Ruch multimedialny może być kierowany przez najbliższą lokalizację centrum danych multimedialnych na podstawie*

*lokalizacji użytkownika*, tj. w lokalizacjach Media Cluster Data Center w Stanach Zjednoczonych, Zjednoczonym Królestwie, Holandii, Singapurze, Australii.

Odwołujący kwestionując skuteczność tego rozwiązania wskazywał na centra serwisowe zlokalizowane również w innych miejscach niż centra danych, co powoli na dostęp do danych pracownikom centrów serwisowych.

Izba nie przychyliła się do wniosków Odwołującego, gdyż ograniczenie dotyczące przetwarzania danych poza terenem Europejskiego Obszaru Gospodarczego należało odnieść do Centrów Danych, a nie Centrów Serwisowych.

Izba uznała, iż w świetle zapisów swz ograniczenie dotyczące Europejskiego Obszaru Gospodarcze odnosiło się do przetwarzania danych, a to zgodnie z oświadczeniem producenta, odbywać się będzie zgodnie z wybranym modelem usługi tylko w Centrach Danych wskazanych przez Klienta. Izba uznała za niesporne, iż przetwarzanie danych odbywa się w Centrach Danych, czego nie należy odnosić do lokalizacji zasobów technicznych (pracowników). Ponieważ przystępujący wykazał, iż istnieje możliwość takiej konfiguracji usługi, aby ograniczyć przetwarzanie danych wyłącznie do Centrów Danych zlokalizowanych na obszarze Europejskiego Obszaru Gospodarczego, warunek został spełniony.

Ad c)

Odwołujący kwestionował dostępność licencji bezterminowych dla zaoferowanych urządzeń/oprogramowania Cisco Unified Communications Manager (CUCM) oraz Expressway Rich Media Session, co miałyby naruszać warunek z rozdziału V, pkt 9 OPZ.

Konsorcjum przy wyjaśnieniach z 29.07.2021 r. przedłożyło przedmiotowy środek dowodowy, stanowiący załącznik nr 11, który jest oświadczeniem producenta oferowanego rozwiązania z 27.07.2021 r., potwierdzającym dostępność bezterminowych licencji dla klientów publicznych. Wątpliwości, jakie Odwołujący podniósł względem tego środka dowodowego miały wynikać z fragmentu, w którym znajduje się uwaga: *Należy pamiętać, że niniejsze potwierdzenie nie jest stałe, a status oferty sprzedaży Cisco jest regularnie weryfikowany. Informacje te są aktualne na dzień sporządzenia niniejszego listu.*

Odwołujący w opozycji do dowodu przedłożonego przez Konsorcjum powołało się na dane publikowane oficjalnie przez producenta, w których jako ostatni dzień dostępności licencji wieczystej dla oferowanego produktu wskazuje się datę 23.01.2021 r. Informacja ta nie może zatem podważać deklaracji producenta potwierdzającej dostępność licencji wieczystych dla produktów na dzień 27.07.2021 r. Dodatkowo należy zauważyć, iż w odwołaniu Odwołujący nie odniósł się do różnicy w wersji oprogramowania zaoferowanej – 14 i tej wskazanej przez

producenta – 12 i dopiero na rozprawie, polemizując z wyjaśnieniami Zamawiającego oraz Przystępującego argument ten podniósł w celu wykazania nieskuteczności przedmiotowego środka dowodowego. Izba uznała takie działanie za spóźnione. Dodatkowo wyjaśnienia stron, w zakresie związanym z dostępnością pełnego opisu produktu rozwiewały wątpliwości, a oficjalne informacje o produkcie pozwalają przyjąć, iż wersja nie ma znaczenia dla oświadczenia producenta o dostępności licencji bezterminowej dla produktu Cisco Unified Communications Manager (UCM) w wersji „Calling” i Expressway Rich Media Session.

Ad d)

Odwołujący wskazywał na niespójność pomiędzy zaoferowanym modelem Cisco Expressway X14.0.1, a odesłaniem do specyfikacji modelu Cisco Expressway X8.9, co miało wprowadzać Zamawiającego w błąd. Jednocześnie Odwołujący nie kwestionował parametrów samego modelu wskazanego w formularzu z nazwy.

Na rozprawie Zamawiający i Przystępujący podnosili, iż na ten moment pełen opis funkcjonalności produktu dostępny na stronie internetowej dotyczy wersji niższej, tj. X8.9 i jest to ostatnia wersja, dla jakiej producent udostępnia tego typu dokument. Dla nowszych wersji opis ten jest nadal aktualny, co miał potwierdzać link.

Izba oddaliła zarzut uznając, iż przedstawione przez Odwołującego dowody mające wskazywać na brak szczegółowej specyfikacji dla modelu Cisco Expressway X14.0.1 do takiego stwierdzenia nie upoważniały, a znajdujące się odesłanie do linku pozwala na zidentyfikowanie zaoferowanego produktu i jego funkcjonalności, czemu służy pełen opis funkcjonalności dla wersji X8.9.

Ad e)

Odwołujący wskazał na nie identyfikowalność produktu opisanego jako: „*PS Calling for EMEAR – TP Room*” – a wyjaśnił, iż wątpliwości związane z ustaleniem dostępności licencji „*PS Calling for EMEAR – TP Room*” wynikały z braku jasności skrótu „TP”, co w ocenie Izby powinno być dla wykonawcy jasne. Skrót ten występuje na oficjalnej liście produktów wskazanych w przedmiotowym środku dowodowym – załącznik nr 11 do wyjaśnień z 29.07.2021 r. Na rozprawie Odwołujący przyznał, iż okoliczność ta nie jest już wątpliwa. Nowe argumenty mające uzasadniać ten zarzut Izba pominęła, jako spóźnione i nie mogące rozszerzać uzasadnienia wskazanego w odwołaniu. Na marginesie należy wskazać, iż oznaczenie wersji zaoferowanej nie mogło wprowadzać Zamawiającego w błąd, skoro wersja ta na moment złożenia oferty była dostępna.

Ad f)

Odwołujący kwestionował możliwość identyfikacji w oparciu o formularz ofertowy produktu opisanego jako „*serwer aplikacji CMS Search do zarządzania nagraniami*”. Załączony do wyjaśnień z 29.07.2021 r. przedmiotowy środek dowodowy prowadzić miał do zmiany treści oferty przez wskazanie produktu oznaczonego jako WebSearch, tj. aplikacja obsługiwana przez przeglądarkę internetową, która umożliwia odnalezienie i odtworzenie nagrań rozmów wideo zarejestrowanych w systemach CC.

Na podstawie zgodnych oświadczeń Zamawiającego i Przystępującego, którym Odwołujący nie zaprzeczył, Izba ustaliła, iż opis w ofercie „aplikacja CMS Search” określa klasę rozwiązań i nie identyfikuje konkretnego produktu. Dlatego zamawiający wystąpił o uzupełnienie dokumentu przedmiotowego tak, aby móc ustalić czy spełni ono warunki techniczne, tj. posiadane funkcjonalności systemu zarządzania nagraniami. W uzupełnieniu uzyskał obszerny dokument dla produktu Web Search, tj. aplikacji klasy CMS.

Izba uznała, iż wyjaśnienia w których wykonawca załączył przedmiotowy środek dowodowy – opis aplikacji do zarządzania nagraniami nie zmienił oświadczenia w ofercie, gdzie wskazany został „serwer aplikacji CMS Search do zarządzania nagraniami”. Określenie CMS, jak zostało to przyznane na rozprawie przez strony, określa standard, który wskazana w wyjaśnieniach aplikacja WebSearch posiada. Izba przyjęła stanowisko Zamawiającego, iż wymóg dotyczący konieczności wskazania w ofercie nazwy dotyczyła urządzeń, a przedmiotowa pozycja dotyczy systemu zarządzania nagraniami. Ponieważ wyjaśnienia wykonawcy nie zmieniły treści oferty, w której aplikacja CMS się znajduje, nie prowadziło to do modyfikacji przedmiotu oferty. Samo doprecyzowanie nazwy aplikacji do zarządzania nie prowadziło do rozszerzenia, czy też zmiany oferty w stopniu, który czyniłby oświadczenie o zaoferowaniu rozwiązania posiadającego funkcjonalności oczekiwane na etapie wdrożenia, istotnie różnym w stosunku do treści zawartej w formularzu ofertowym.

Konsekwencją oddalenia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum jest również oddalenie zarzutu dokonania wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 pkt 1) 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości określonej przepisami rozporządzenia, tj. 3.600,00 zł. i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**