

**Sygn. akt: KIO 2121/14**

**Sygn. akt: KIO 2129/14**

**Sygn. akt: KIO 2139/14**

## **WYROK**

**z dnia 30 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 28 października 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 13 października 2014 r. przez wykonawcę **Infradata Polska sp. z o. o., ul. Taśmowa 3, 02-677 Warszawa,**
- B. w dniu 13 października 2014 r. przez wykonawcę **Arcus S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa,**
- C. w dniu 13 października 2014 r. przez wykonawcę **Asseco Poland SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Arcus S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2121/14 oraz KIO 2139/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Asseco Poland SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2121/14 oraz KIO 2129/14 po stronie zamawiającego,

- C. wykonawcy **Ventus Communications Sp. z o.o., ul. Swoboda 12, 60-391 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2121/14 KIO 2129/14 oraz KIO 2139/14 po stronie zamawiającego,
- D. wykonawcy **Infradata Polska sp. z o. o., ul. Taśmowa 3, 02-677 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2129/14 po stronie odwołującego oraz KIO 2139/14 po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: **Infradata Polska sp. z o. o., ul. Taśmowa 3, 02-677 Warszawa, Arcus S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa i Asseco Poland SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Infradata Polska sp. z o. o., ul. Taśmowa 3, 02-677 Warszawa, Arcus S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa i Asseco Poland SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2121/14**

**Sygn. akt: KIO 2129/14**

**Sygn. akt: KIO 2139/14**

### **Uzasadnienie**

ZAMAWIAJĄCY: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup sprzętu sieciowego pod rozbudowę sieci LAN/WAN”, znak: DZP -26-10-14/2014

#### **sygn. akt KIO 2121/14**

ODWOŁUJĄCY: Infradata Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz, pomimo że złożona oferta jest zgodna z treścią siwz, co skutkowało dokonaniem wadliwej czynności wyboru oferty wykonawcy Ventus Communications sp. z o.o.;
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistych omyłek pisarskich pomimo, że zaszyły przesłanki do zastosowania ww. przepisu ustawy;
3. art. 87 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz naruszenie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w wyniku podjęcia i zaniechania przez Zamawiającego czynności, o których mowa powyżej;

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Interes Odwołującego

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

#### I. Przedmiot zamówienia i wyniki przetargu

Zgodnie z Rozdz. I ust. 2 siwz, przedmiotem zamówienia jest wymiana infrastruktury sieciowej - poprzez dostawę i wdrożenie fabrycznie nowych, nienoszących śladów poprzedniego użytkowania, przełączników dostępowych (Sprzętu IT) dla Oddziałów

Regionalnych, Biur Powiatowych i Centrali ARiMR wraz z 3 letnią usługą serwisową oraz odbiór przełączników zamortyzowanych.

Zamówienie obejmuje dostawę sprzętu w ilościach: Przełącznik typ 1 - 525 szt., Przełącznik typ 2 - 200 szt., Przełącznik typ 3 - 32 szt., Przełącznik typ 4 - 10 szt., Moduł SFP+ - 300 szt. W Rozdz. XIII ust. 1 siwz określono kryterium oceny ofert - różnica ceny, pomiędzy ceną oferowaną za przełączniki, a ceną za odbiór sprzętu zamortyzowanego (100%).

W postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców, z czego cztery oferty odrzucono.

	Wykonawca	Cena za przełączniki			
1	Infradata	5 612 307,47 zł	—	oferta odrzucona	
2	Arcus	6 476 189,85 zł		oferta odrzucona	
3	Ventus Communications	6 537 035,49 zł	100 pkt	oferta wybrana	
4	Comarch Polska	6 810 847,02 zł		oferta odrzucona	
5	Asseco Poland	7 151 034,27 zł	99,95 pkt	oferta sklasyfikowana na poz. 2	
6	Integrated Solutions, Orange Polska	7 973 598,00 zł		oferta odrzucona	

## II. Brak podstaw odrzucenia oferty Odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 182 ust.1 pkt 2, jako niezgodną z treścią siwz, a niezgodność ta dotyczyć ma przełączników nr 3 i 4.

Zgodnie z rozdz. I. ust. 3 pkt 3.1., w załączniku nr 1 do wzoru umowy (zał. nr 8 do siwz) - „Specyfikacja sprzętu IT wraz z oprogramowaniem”, Zamawiający określił minimalne wymagania dla zamawianego sprzętu IT. Wymagania te zostały powtórzone w formularzu ofertowym (zał. nr 1 do siwz), zgodnie z którym wykonawcy mieli przygotować oferty.

### A. Przełącznik typu 3

W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że zaoferowany przez Odwołującego przełącznik typu 3 nie spełnia wymagań w zakresie „Minimalnych wymagań sprzętowych” określonych w wierszu 1 w ppkt 5 tiret 3 i 4.

Minimalne wymagania sprzętowe dla przełącznika typu 3 Zamawiający określił w pkt 1 c) formularza ofertowego. Pkt 2) formularza ofertowego zawierał specyfikację cenową dla oferowanego sprzętu.

Wymaganie określone w wierszu 1 ppkt 5 tiret 3

Zgodnie z wymaganiem sformułowanym w ww. j miejscu, dla każdego przełącznika, wykonawca ma dostarczyć nie mniej niż: !

- 4 moduły SFP (1 Gb SFP światłowodów wielomodowych; umożliwiające podłączenie urządzeń wykorzystujących moduły Cisco 0LC-SX-MM)

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, odnośnie wymagania z tiret 3 Zamawiający wskazał, że Odwołujący „zaoferował 1 szt. modułu GBC Photonics SF- MM85055D-GB, a Zamawiający wymagał 4 szt.” Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić, bowiem:

1. zaprzecza temu treść oferty. Na str. 8 oferty Odwołujący zaoferował 4 moduły: j

c) przełącznik typ 3 - 32 sztuki

Przełączniki L3, core dla Oddziału Regionalnego, obsługa portów SFP+, każdy spełniający co najmniej poniższe wymagania:- 4 moduły SFP-SX (1 Gb Światłowód wielomodowy) umożliwiające podłączenie urządzeń wykorzystujących moduły Cisco GLC-SX-MM 1

2. Twierdzenie, że Odwołujący nie zaoferował 4 sztuk modułu Zamawiający wywodzi z faktu, że na str. 12 oferty Odwołujący „nie Wyprecyfikował 1-go modułu SFP-SX (1 Gb światłowód wielomodowy)”. i

Należy zwrócić uwagę, w jaki sposób został skonstruowany formularz ofertowy - „oferuję następujący sprzęt: (pkt 1 oferty) za cenę i.. (pkt 2 oferty). Część druga formularza ofertowego miała służyć przede wszystkim określeniu cen zaoferowanych urządzeń o wskazanym tam typie i modelu, a nie ulega wątpliwości, że Odwołujący zaoferował 4 sztuki modułów, co wprost wynika z informacji zawartych na str. 8 oferty (vide pkt 1 powyżej).

3. Skoro w na str. 8 oferty Odwołujący wskazał 4 sztuki modułu, to wskazanie 1 sztuki na str. 12 oferty było oczywistą niedokładnością przy wypełnieniu formularza cenowego, a nie świadomym działaniem Odwołującego - co Odwołujący potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 23 września 2014 r. W ww. piśmie wyjaśnił, że jedynie omyłkowo na str. 12 wyspecyfikował 1 sztukę modułu, zamiast zaoferowanych na str. 8 oferty 4 sztuk. Podkreślił też, że pomimo omyłki na str. 12 w określeniu liczby sztuk, prawidłowo wycenił tam 4 sztuki.

W zakresie złożenia wyjaśnień dot. przełącznika typ 3

a) wymaganie wg SIWZ - str. 8 oferty, wiersz 1 tabel ppkt 5 tiret 3

Celem wyjaśnienia wskazał, iż wymagane i zaoferowane na str. 8 oferty moduły, tj. 4 x (1 Gb światłowód wielomodowy) moduł SFf (umożliwiający podłączenie urządzeń wykorzystujących moduły Cisco GLC-SX'MM) zostały zawarte w poz. 3 na str. 12 oferty pod pozycją Moduł 6BC Photeaks SF-MMB055D-GP. Jednocześnie wyjaśnia, iż przy ww. pozycji omyłkowo wskazano 1 szt. zamiast 4 sztuk (uwzględnionych w wycenie w kolumnie c na str. 12 formularza cenowego).

Mając na uwadze wyjaśnienia Odwołującego, stwierdzoną w ofercie Odwołującego ww. rozbieżność Zamawiający winien był skorygować w trybie art. 87 ust. 1 pkt 1 pzp jako oczywistą omyłkę pisarską, czego jednak nie uczynił, naruszając dyspozycję ww. przepisu.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego wobec stwierdzonych w ofercie nieścisłości. Podobną jak powyżej omyłkę, tj. co do ilości sztuk Odwołujący popełnił na str. 13 oferty odnośnie zasilacza zaoferowanego jako wyposażenie dla przełącznika typu 4. Na str. 10 oferty Odwołujący zaoferował 2 szt. zasilacza, spełniając postawione przez Zamawiającego wymaganie,

d) Przełącznik typ 4-10 sztuk

Przełączniki z przeznaczeniem jako urządzenie L2 Top of the Rack. każdy spełniający opisane wymagania.

natomiast na str. 13 oferty w poz. 4, wyspecyfikował m.in. zasilacz JPSU-350-AC - AFO, omyłkowo wskazując przy nim 11 szt. zamiast 1 szt. (drugi z zasilaczy był ujęty w innej pozycji).

W tym wypadku za prawidłową Zamawiający uznał ilość sztuk wskazaną na str. 10 oferty, a powyższą rozbieżność zakwalifikował jako oczywistą omyłkę pisarską i dokonał poprawy na str. 13 oferty z 11 szt. na 1 szt., informując o tym Odwołującego w piśmie z dnia 15 września 2014 r. Przy czym należy zaznaczyć, że poprawienie ww. omyłki Zamawiający nie poprzedzał nawet wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Hi. zomewicgfcym, ddafcfoc no podstawie ort B7 ust. 2 pM 1 ustawy, informuje, tt dokonał poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej.

Zatem wskazanie na str. 13 oferty 11 szt. zasilacza zamiast 1 szt. jest dla Zamawiającego omyłką pisarską, ale wskazanie na str. 12 oferty 1 szt. modułu zamiast 4 szt. już taką omyłką - z niewiadomych przyczyn - nie jest.

Wymaganie określone w wierszu 1 ppkt 5 tiret 4

Zgodnie z wymaganiami sformułowanymi w ww. miejscu siwz, dla każdego przełącznika, wykonawca ma dostarczyć nie mniej niż:

- 1 kabel typu twinax 10 GbE w standardzie SFP+/SFP+ o długości minimum 5 m lub połączenie światłowodowe z wykorzystaniem modułów SFP+; Ponadto, oferowane rozwiązanie musi być wspierane przez producenta serwera

Brak kabla

Odnosnie przedmiotowego wymagania, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazuje m.in., że: „wykonawca nie zaoferował w formularzu cenowym wymaganego przez Zamawiającego 1 kabla twinax 10 Gbe o długości 5 m” (...) Wykonawca pomimo, że na str. 8 oferty w „Charakterystyce wymagań dla pojedynczego przełącznika” wskazał kabel, to na stronie 12 oferty w tabeli cenowej nie zaoferował wymaganego kabla”;

Na str. 8 oferty, w tabeli „Charakterystyka”, odnosząc się do wymagania z pkt 5 tiret 4, Odwołujący zaoferował w pkt 5 tiret 4 kabel wymagany przez Zamawiającego. Mając na uwadze wymagania z pkt 5 tiret 1, Odwołujący zaoferował łącznie 3 kable typu twinax.

c) Przełącznik typ 3-32 sztuk)

Przełączniki L3, core dla Oddziału Regionalnego, obsługa portów SFP+, każdy spełniający co najmniej poniższe wymagania:

1. Dostarczony Przełącznik musi być fabrycznie nowy, nieużywany.
2. Na przełączniku musi być zainstalowane standardowe, dostępne na stronie producenta, oprogramowanie systemowe.

3. Przełącznik przeznaczony do montażu w szafie 19". Wysokość obudowy nie większa niż 3 RU

4. Przełącznik musi posiadać minimum 24 porty w standardzie SFP+ oraz dodatkowo min 4 porty Ethernet 10/100/1000 Mbps lub 1000 Mbps w standardzie RJ45 (możliwa realizacja z wykorzystaniem dodatkowych portów SFP+)

5. Do każdego przełącznika wymagane jest dostarczenia kabli typu twinax, wkładek optycznych i miedzianych w następujących ilościach:

- 2 x (kabel typu twinax 10 GbE w standardzie SFP+/SFP+ o długości minimum 5 m) dopuszczalne jest zastosowanie innych połączeń pomiędzy przełącznikami np. wkładki światłowodowe plus kabel połączeniowy nie krótszy niż 5 metrów (wymagana ilość wkładek w takim przypadku musi zapewnić odpowiednik 4 kabli typu twinax]

- 6 x (1 Gb SFP RJ45) moduł SFP (umożliwiają podłączenie 1 Gb Eth, w wykorzystaniu kabla zakończonego wtykiem RJ 45] niezależnie od 4 dodatkowych portów Ethernet 10/100/1000 wymienionych powyżej opisanych w wyposażeniu przełącznika.

- 4 x (1 Gb SFP światłowod wielomodowy) moduł SFP (umożliwiają podłączenie urządzeń wykorzystujących moduły Cisco GLC-SX-MM)

- 1 x (kabel typu twinax 10 GbE w standardzie SFP+/SFP+ o długości minimum 5 m lub podłączenie światłowodowe z wykorzystaniem modułów SFP+], Wskazane połączenie zostanie wykorzystane do podłączenia serwera Dell R720 (karta o symbolu Broadcom NetXtreme II 10 Gb Ethernet BCM57810J. Ze względu na udzielaną przez dostawcę wyżej wymienionych serwerów gwarancie oferowane rozwiązanie musi być wspierane przez producenta serwera.

6. System powinien być przełącznikiem warstwy drugiej i warstwy trzeciej.

/.../

Natomiast wypełniając formularz cenowy, na str. 12 oferty omyłkowo wskazał 2 szt. kabla, zamiast 3 szt. Zamawiający winien był zakwalifikować ww. rozbieżność jako oczywista omyłkę pisarską i poprawić ją w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp (zmiana z 2 szt. na 3 szt.), czego nie uczynił, naruszając dyspozycję ww. przepisu. Jeśli zamawiający uznałby, że nie ma podstaw do poprawienia ww. zapisu w ofercie Odwołującego, winien był - celem prawidłowego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert - przeprowadzić procedurę wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 pzp, czego zaniechał.

Jak wskazała Izba w wyroku sygn. akt KIO 1318/12, Zamawiający nie może - odrzucając ofertę - opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim - w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty - spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Podobne stanowisko zajęła Izba w sprawie KIO 22/12: „Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p.

jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a zaoferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust 1 ustawy p.z.p. Jedynie merytoryczna ocena oferty i stwierdzenie, że w tym merytorycznym zakresie nie odpowiada ona treści siwz może doprowadzić do jej odrzucenia. W tym celu zamawiający winien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z treścią siwz wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a następnie gdyby było to potrzebne winien poprawić stwierdzone na podstawie art. 87 ust 2 ustawy omyłki. Podkreślić należy, że wezwanie skierowane do Odwołującego w dn. 15 września 2014 r. odnośnie wymagań określonych w wierszu 1 pkt 5 tiret 4, dotyczyło innej kwestii, a mianowicie oświadczenia dotyczącego wsparcia producenta serwera dla oferowanego rozwiązania.

„Proszę o wskazanie a) które elementy wyspecyfikowanego sprzętu w poz. 3 na str. 12 oferty zawierają wymagane i potwierdzono przez Państwa moduły.

b) który zapis w ofercie potwierdza, że oferowane rozwiązanie jest wspierane przez producenta serwera, tj; serwera Dell R720.

W kontekście opisanych powyżej uchybień Zamawiającego, w ślad za stanowiskiem Izby wyrażonym w sprawie KIO 522/11, należy przypomnieć, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie). Łączna wartość elementów sprzętu kwestionowanych przez Zamawiającego (1 szt. kabla, o którym mowa powyżej i moduły w przełącznikach typu 4, o których mowa w dalszej części odwołania) wynosi ok. 30-50 tys. zł, co stanowi zaledwie ok. 0,6-0,9 % łącznej ceny oferty Odwołującego, podczas gdy oferta Odwołującego jest tańsza od wybranej oferty - wykonawcy Ventus Communications sp. z o.o. aż o ok. 900 tys zł, a od oferty sklasyfikowanej na poz. 2 (Asseco Poland S.A.) aż o ok. 1,5 mln zł.

Oświadczenie dot. wsparcia producenta serwera

Ponadto, w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że: „Wykonawca nie wskazał, w którym miejscu siwz (jak należy sądzić, chodzi o ofertę, nie zaś siwz) jest zapis mówiący, że zaoferowany 1 kabel twinax 10 GbE o długości 5 m jest wspierany przez producenta serwera; Oświadczenie w tym zakresie pojawiło się dopiero w wyjaśnieniach treści oferty”.

Z powyższym twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Przedmiotowe oświadczenie zostało przez Odwołującego złożone już w formularzu ofertowym i to w kilku miejscach, tj.



- na str. 5 oferty, gdzie Odwołujący oświadczył, że oferuje sprzęt IT o funkcjonalnościach wynikających z załącznika nr 1 do wzoru umowy. W załączniku tym, w pkt 3 (Przełącznik typ 3), poz. 1 tabeli, pkt 13 tiret 4 tegoż załącznika wskazano, że „rozwiązanie to musi być wspierane przez producenta serwera”. Składając powyższe oświadczenie, Odwołujący potwierdził spełnienie wymagania wskazanego przez Zamawiającego w wierszu 1 pkt 1 tiret 4 odnośnie wsparcia producenta (na co Odwołujący wskazywał w piśmie z dnia 23 września 2014 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego);

- na str. 14 oferty, gdzie w pkt 3 Odwołujący oświadczył, że zapoznał się z treścią siwz (w tym ze wzorem umowy) i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte; a jak już wspomniano - wymaganie odnośnie wsparcia producenta serwera pojawiło się w siwz (w formularzu ofertowym w pkt 1 c), w tabeli w wierszu 1 pkt 5 tiret 4 oraz w załączniku nr 1 do wzoru umowy;

Twierdzenie Zamawiającego, że oświadczenie takie złożone zostało po raz pierwszy przez Odwołującego dopiero w wyjaśnieniach, nie znajduje zatem żadnych podstaw.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że Zamawiający nie zawarł żadnych wskazówek, w jaki sposób powinna zostać wypełniona prawa strona tabeli, tj. kolumna „Charakterystyka (wymagania oferowane dla pojedynczego przełącznika)”. W szczególności, Zamawiający w żadnym miejscu siwz nie zawarł wymagania, aby ta część tabeli, uzupełniana przez wykonawców stanowiła „kopię” wymagań określonych przez Zamawiającego po lewej stronie tabeli, tj. w kolumnie „Charakterystyka (wymagania Zamawiającego dla pojedynczego przełącznika)”. Skoro wymogu takiego Zamawiający w siwz nie przewidział, brak podstaw do twierdzenia, aby oferta Odwołującego była niezgodna z treścią siwz w zakresie przedmiotowego oświadczenia.

#### B. Przełącznik typu 4

W zakresie minimalnych wymagań dla przełącznika typu 4, w tabeli, w wierszu 1 ppkt 4 Zamawiający postawił m.in. następujący wymóg:

4, Przełącznik musi posiadać min 48 portów Ethernet 10/100/1000 w standardzie RJ45 oraz minimum 2 porty światłowodowe 10 GigabitEthernet (porty muszą współpracować z modułami 10G BASE LRM SFP moduł firmy HP part number JD093B)

Jak wynika z informacji zawartych na str. 10 oferty, Odwołujący zaoferował przełącznik typu 4 z wymaganymi przez Zamawiającego minimum 2 portami światłowodowymi (zaoferował ich 4): 4. przełącznik posiada 48 portów RJ45 10/100/1000 Mb/s oraz 4 porty 10Gb/s współpracujące z wymienionymi modułami HP

Następnie, w formularzu cenowym, na str. 13 oferty określił typ i model przełącznika oraz wyspecyfikował wyposażenie.

W uzasadnieniu decyzji o dorzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał następującą niezgodność z siwz:

Zaoferowany przez Wykonawcę element EX-UM-4X4SFP (1 szt. nie jest wyposażony w 2 szt. portów światłowodowych 10Gb/s. Zaoferowany element umożliwia jedynie włożenie do niego modułów do obsługi portów światłowodowych, o Zamawiający zgodnie z zapisem załącznika nr 1 do wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ dla Przełącznik typ 4 w wierszu 1 ppkt 4 wymagał minimum 2 portów światłowodowych 10 GigabitEthernet, Jednocześnie, wniosek o tym, że zaoferowany element EX-UM-4X4SFP (1 szt.) nie jest wyposażony w wymagane minimum 2 porty światłowodowe, Zamawiający wywodzi z faktu, że Odwołujący portów tych nie wyspecyfikował na str. 13 oferty.

w związku z brakiem wyspecyfikowania na stronie 13 oferty 2 portów światłowodowych, Zamawiający pismem z 15.09.2014 r wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień które elementy wyspecyfikowanego sprzętu w poz. 4 tabeli zawierają wymagane 2 porty światłowodowe 10GigabitEthernet,

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach z dnia 23.09.2014 r. nie udowodnił, że zaoferowany Przełącznik typu 4 jest zgodny z treścią SIWZ.

Odwołujący nie miał takiego obowiązku, bowiem Zamawiający wymogu takiego w siwz nie zawarł. Zamawiający skonstruował formularz cenowy w taki sposób, że oprócz modelu i typu oferowanego przełącznika, wykonawcy zobowiązani byli również do wyspecyfikowania elementów jego wyposażenia. Pod tabelą w formularzu cenowym Zamawiający zawarł następujące wyjaśnienie:

Uwaga!

Wyposażenie - tj. model elementu dodawanego wraz z Ilością

Specyfikacje i opisy wyposażenia zawarte przez Odwołującego w formularzu cenowym były „odzwierciedleniem” sposobów opisów dokonanych przez Zamawiającego. Przykładowo, dla przełącznika typ 3 Zamawiający w opisie wymagań minimalnych w tabeli wyodrębnił moduły od portów, wobec czego w podobny sposób wyodrębnił je Odwołujący na str. 8 oferty, jak również w specyfikacji cenowej na str. 12 oferty. W przypadku przełącznika typu 4 opis Zamawiającego wyglądał inaczej, tj. Zamawiający nie wyspecyfikował odrębnie portu i odrębnie modułu, ale opisał ww. składniki, jako całość, tj. jako jeden element wyposażenia przełącznika. Wykonawca zastosował się więc do przyjętego przez Zamawiającego dla przełącznika typu 4 modelu opisu i w taki sam sposób opisał elementy wyposażenia tego przełącznika w formularzu cenowym, tj. traktując - podobnie jak Zamawiający - port i moduł jako „całość”, tj. jako jeden element wyposażenia. Zamawiający w żadnym miejscu siwz nie wymagał, aby wykonawcy w formularzu cenowym - inaczej niż on sam w opisie przełącznika typu 4 - wyspecyfikowali w dwóch odrębnych pozycjach moduły i porty.

Nie sposób zgodzić się też z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby w wyjaśnieniach z dnia 23 września 2014 r. Odwołujący „nie udowodnił, że zaoferowany przełącznik typu 4 jest

zgodny z treścią siwz”. Należy przypomnieć, że w wezwaniu z dnia 15 września 2014 r., Zamawiający sformułował pytanie do Odwołującego w sposób następujący:

Proszę o wskazanie, które elementy wyspecyfikowanego sprzętu w poz.4 tabeli na str. 12 oferty zawiera wymagane 2 porty Światłowodowa 10 GgabitEthernet.

W przedmiotowym wezwaniu, podobnie jak w opisie wymagań, Zamawiający pytał o porty imoduły jako całość, tj. traktując te składniki jako jeden element wyposażenia. Na tak postawione pytanie, Odwołujący udzielił adekwatnej odpowiedzi, tj. że ww. element wyposażenia (oferowane porty i moduły) został ujęty w pozycji: EX-UM-4X4SFP (1 szt.)

W zakresie wyjaśnienia dot. przełącznika typ 4 wg siwz str. 10 oferty, wiersz 1 tabeli ppkt 4 Celem wyjaśnienia odwołujący wskazuje, iż podane w poz. 4 na str. 13 oferty elementy wyspecyfikowanego sprzętu zawierają wymagane i potwierdzone w ofercie oraz ujęte w wycenie minimum 2 porty światłowodowe 10 GigabitEthernet. Wymagane porty światłowodowe 10 Gigabit Ethernet zawiera element, który został ujęty w poz. EX-UM-4X4SFP (1 szt.).

Oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia siwz, a owa "odmienność" powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Tymczasem sposób wyspecyfikowania przez Odwołującego w formularzu cenowym elementów przełącznika typu 4 nie tylko nie narusza żadnego postanowienia siwz (bynajmniej sam Zamawiający postanowienia takiego nie wskazał), ale jest nawet zgodna z modelem opisu przyjętym przez Zamawiającego w innym miejscu formularza ofertowego. Ponadto ewentualna „odmienność” nie dotyczy przedmiotu oferowanego świadczenia (Odwołujący nie oferuje mniej niż oczekuje Zamawiający), ale jedynie sposobu jego prezentacji.

W konsekwencji należy stwierdzić, że Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 182 ust. 1 pkt 2 pzp, bowiem jak wykazano powyżej, powołane przez Zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego nie zachodzą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Oдноśnie przełącznika typu 3 stwierdził, że stwierdzonego w decyzji o wyniku postępowania braku w ofercie odwołującego nie można skorygować w trybie art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp jako oczywista omyłka pisarska. Uznał, że byłaby to zmiana prowadząca do istotnej zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 w zw. z art. 144 ustawy. Wskazał, że dokonana przez niego poprawka na str. 13 poz 4 odnośnie ilości zasilaczy dotyczyła oczywistej omyłki pisarskiej i nie była w jakimkolwiek stopniu porównywalna z konwalidowaniem sprzeczności oferty z treścią siwz, w tym niedoborów urządzeń.

W przypadku modułu Photonics SF SF-MM85055D-GPa zamawiający wymagał dostarczenia 4 sztuk wyspecyfikowanego modułu, a w formularzu cenowym na stronie 12 oferty wskazano 1 sztukę. Wymagany moduł jest wyposażeniem oferowanego switcha, w tym urządzeniu mogą być zainstalowane moduły pełniące różne funkcje, może być zainstalowana różna ich liczba. Zamawiający nie mógł przyjąć, że jest to omyłka pisarska, gdyż odwołujący zaoferował 1 sztukę, a nie wymagane 4 sztuki.

Dwa kabla twinax 5 m były wyspecyfikowane w punkcie 1.5 tiret 1 i zostały zaoferowane przez odwołującego. Jednocześnie odwołujący nie zaoferował formularzu cenowym rozwiązania wymaganego w punkcie 1.5 tiret 4. Nie można tego uznać za omyłkę pisarską, ponieważ w pkt 1.5 tiret 4 zamawiający oczekiwał przedstawienia rozwiązania – kabel twinax lub kabel światłowodowy z dwoma modułami SFP+, a takie rozwiązanie nie zostało przedstawione przez odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że w formularzu ofertowym określono wymaganą charakterystykę urządzeń, która dotyczyła pojedynczego przełącznika, a z opisu dokonywanego przez wykonawcę miało jednoznacznie wynikać, co wykonawca oferuje. Stwierdził, że oferta z uwagi na braki nie mogła zostać oceniona pod kątem jej technicznej przydatności, gdyż brak informacji co do modeli oferowanych urządzeń, co jest sprzeczne z zapisami formularza ofertowego. Braki uznał za niemożliwe do poprawy, gdyż nie sposób jest odnaleźć w ofercie dane pozwalające na przyporządkowanie, a w konsekwencji wpisanie (zgodnie z wymaganiami zamawiającego), modelu-danych urządzeń, jakie zaoferował wykonawca. Brak ten uniemożliwia weryfikację oferty pod kątem zgodności z wymaganiami i jest wynikiem nie zaoferowania rozwiązań w sposób zgodny z potrzebami, wolą i postanowieniami organizatora przetargu.

Odnosnie przełącznika typu 4 zamawiający stwierdził, że zaoferowany przez wykonawcę element EX-UM-4X4SFP 1 szt. nie jest wyposażony w 2 szt. portów światłowodowych 10 Gb/s. Zaoferowany element umożliwia jedynie włożenie do niego modułów do obsługi portów światłowodowych, a zamawiający zgodnie z zapisami zał. Nr 1 do wzoru umowy stanowiącego zał. Nr 8 do siwz dla przełącznika typ 4 w wierszu 1 ppkt 4 wymagał min. 2 portów światłowodowych 10 Gigabit Ethernet.

Zamawiający wskazał, że odwołujący podniósł, iż nie miał obowiązku wyspecyfikowania portów na str. 13 oferty. Odnosząc się do tego stanowiska zamawiający stwierdził, iż wymagał, aby formularz ofertowy zawierał model oferowanego urządzenia wraz z wyposażeniem. Odwołujący przedstawił jako wyposażenie dla przełącznika typ 4 jedynie element EX-UM-4X4SFP, który wg oficjalnych stron producenta daje możliwość zastosowania elementów wyposażenia, między innymi portów światłowodowych wymaganych przez zamawiającego, Odwołujący tych portów nie zaoferował. Ze względu na specyfikę potrzeb dotyczących przełącznika typu 3, porty w specyfikacji zostały

wypunktowane ze względu na ich różnorodność. W przypadku przełącznika typ 4 zamawiający wymagał jednego typu portu światłowodowego i dlatego ich nie punktował, jak w przypadku przełącznika typu 4.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie odwołania.

Przystępujący Ventus Communications sp. z o.o. stwierdził, że formularz cenowy na s. 12 – 14 oferty stanowi ofertę sensu stricto, a w nim odwołujący nie podał wymaganych informacji co do przedmiotu oferty. W szczególności brak jest 3 szt modułów Photonics SF SF-MM85055D-GP oraz 1 kabla twinax, których to braków nie można poprawić w trybie przewidzianym ustawą.

### **Sygn. akt 2129/14**

Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Zarzucił Zamawiającemu, iż dokonując ww. czynności, naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a Odwołujący wykazał, iż oferowany przedmiot spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego;
- 2) ewentualnie – art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty;
- 3) z ostrożności - art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, pomimo, iż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy „Ventus” Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, (ewentualnie) poprawienia błędów w treści oferty Odwołującego, a w konsekwencji - dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego;

4) z ostrożności - o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

#### I. Stan faktyczny

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż:

1) w zakresie oferowanego przełącznika typ 3, Odwołujący nie udowodnił, iż oferowany przełącznik jest zgodny z SIWZ, ponieważ - zdaniem Zamawiającego - nie wyspecyfikował na str. 12 oferty elementów wymaganych zgodnie z opisem wymagań dla Przełącznika typ 3 zawartych w tabeli w wierszu 1, ppkt 5, tiret 1, 2, 3 i 4. Zamawiający uznał również, iż wyjaśnienia złożone w dniu 22 września 2014 r. przez Odwołującego, na wezwanie Zamawiającego, w których wyraźnie oświadczone, iż sprzęt w poz. 3 na str. 12 oferty stanowi kompletny zestaw zawierający wszystkie wymagane w SIWZ elementy, są niewystarczające dla udowodnienia zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający podkreślił, iż w jego ocenie, oferowany przełącznik nie zawiera wymaganych modułów i kabli.

2) w zakresie oferowanego przełącznika typ 4, Odwołujący nie udowodnił, iż oferowany przełącznik jest zgodny z SIWZ. Zamawiający uznał, iż brak wyspecyfikowania na str. 12 oferty 2 portów światłowodowych, a także złożenie wyjaśnień, iż sprzęt wyspecyfikowany w poz. 4 na str. 12 oferty stanowi kompletny zestaw zawierający wszystkie wymagane dla przełącznika typ 4 interfejsy (w tym 2 porty światłowodowe), są niewystarczające dla udowodnienia zgodności oferty z SIWZ.

W ocenie Zamawiającego, brak powyższych informacji uniemożliwił Zamawiającemu weryfikację, czy oferowane przełączniki typu 3 i 4 wraz z wyposażeniem spełniają wymagania minimalne Zamawiającego.

#### II. Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

1. Wskazać należy, iż oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ, w szczególności jej treść pozwalała na ocenę zgodności z SIWZ.

2. Zamawiający, w Rozdziale I pkt 3.1 SIWZ, wskazał, iż wymaga dostarczenia Sprzętu IT spełniającego co najmniej funkcje i parametry przedstawione w załączniku nr 1 do wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ. Załącznik ten stanowi „Specyfikacja Sprzętu IT wraz z oprogramowaniem” i zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym rodzaju i ilości wymaganych urządzeń wraz z opisem wymaganych parametrów technicznych tych urządzeń.

Zamawiający przygotował wzór Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ) w ten sposób, iż w pkt 1 Formularza ofertowego znalazła się tabela, w której jedna z kolumn odzwierciedla dokładnie szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 1 do wzoru Umowy, zaś w drugiej kolumnie miał znaleźć się opis (charakterystyka), przygotowany już przez wykonawcę, oferowanych urządzeń. Natomiast w pkt 2 Formularza ofertowego Zamawiający wstawił tabelę stanowiącą de facto formularz cenowy. W tabeli tej

wykonawcy mieli co do zasady podać cenę za oferowane urządzenia wyspecyfikowane w pkt 1 Formularza ofertowego.

Zamawiający dodatkowo, celem potwierdzenia, iż oferowany Sprzęt IT spełnia wymagania SIWZ, wymagał złożenia oświadczeń producentów Sprzętu IT lub ich oficjalnych przedstawicieli potwierdzających, iż oferowany Sprzęt IT spełnia wymagania SIWZ (Rozdział V, pkt 2 ppkt 13 SIWZ).

3. Zgodnie z powyższymi wymaganiami, Odwołujący złożył ofertę przygotowaną ściśle zgodnie ze wzorem „Formularz ofertowy”, a także przedłożył wymagane oświadczenia oficjalnych przedstawicieli Producentów sprzętu IT (zgodnie z Rozdziałem V, pkt 2 ppkt 13 SIWZ; czego zresztą Zamawiający nie kwestionuje).

Podkreślić należy, iż w części Formularza oferty przeznaczonej na opis (charakterystykę) oferowanych rozwiązań - czyli w pkt 1 Formularza oferty, lit. a-e, odpowiednio dla poszczególnych typów przełączników oraz modułu - Odwołujący szczegółowo opisał parametry oferowanych urządzeń, w tym wyspecyfikował dokładnie również wyposażenie dostarczane do danego przełącznika. Zamawiający z całkowicie niezrozumiałych względów pomija w swojej ocenie tę część oferty.

W szczególności, w zakresie zakwestionowanego przez Zamawiającego Przełącznika typ 3, Odwołujący wyraźnie w pkt 1 Oferty w lit c pkt 5, wskazał, iż:

„Do każdego przełącznika jest dostarczane kable typu twinax i wkładki optyczne i miedziane w następujących ilościach:

- 2 x (kabel typu twinax 10 GbE w standardzie SFP+/SFP+ o długości minimum 10 m)
- 6 x (1 Gb SFP RJ45) moduł SFP (umożliwiają podłączenie 1 Gb Eth, z wykorzystaniem kabla zakończony wtykiem Rj 45) niezależnie od 4 dodatkowych portów Ethernet 10/100/1000 wymienionych powyżej opisanych w wyposażeniu przełącznika.
- 4 x (1 Gb SFP światłowód wielomodowy) moduł SFP (umożliwiają podłączenie urządzeń wykorzystujących moduły Cisco GLC-SX'MM)
- 2 x (10 Gb SFP+ światłowód wielomodowy) moduł SFP z kablem światłowodowym.

Wskazane połączenie zostanie wykorzystane do podłączenia serwera Dell R720"

Natomiast w zakresie zakwestionowanego przez Zamawiającego Przełącznika typ 4, Odwołujący wyraźnie w pkt 1 Oferty w lit d pkt 4, wskazał, iż:

„Przełącznik posiada 48 portów Ethernet 10/100/1000 w standardzie Rj45 oraz 2 porty światłowodowe 10 GigabitEthernet (porty współpracują z modułami 10G BASE LRM SFP moduł firmy HP part number JD093B)”

4. Powyższa treść oferty całkowicie odpowiada treści SIWZ, w szczególności potwierdza, iż Odwołujący zaoferował Przełącznik typ 3 oraz typ 4 wraz z wymaganym wyposażeniem opisanym w SIWZ (w tym również z wyposażeniem, którego fakt zaoferowania Zamawiający kwestionuje - tabela dla Przełącznika typ 3, wiersz 1, ppkt 5 tiret

1, 2, 3 i 4 oraz tabela dla Przełącznika typ 4, wiersz 1, ppkt 4). Zresztą sam Zamawiający zauważa, iż powyższe informacje zostały wskazane na str. 7 i 10 oferty Odwołującego. A co najważniejsze, Zamawiający nie zarzuca, iż opis urządzeń w pkt 1 oferty jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego.

W części oferty, gdzie miał znaleźć się szczegółowy opis oferowanych rozwiązań, czyli w pkt 1 Formularza ofertowego, Odwołujący dokładnie opisał przedmiot oferty, a opis ten całkowicie potwierdza zgodność oferty z SIWZ.

Niezrozumiałe są powody uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał, że oferuje rozwiązania zgodne z SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego.

5. Jak należy się domyślać z uzasadnienia Zamawiającego, dopatruje się on braku udowodnienia zgodności oferty z SIWZ jedynie w okoliczności, iż w pkt 2 Formularza oferty, czyli de facto w formularzu cenowym, nie zostały wymienione szczegółowo wszystkie elementy wyposażenia ujęte uprzednio w pkt 1 Formularza oferty.

Stanowisko Zamawiającego jest niezrozumiałe. Po pierwsze oferta stanowi całość i należy ją czytać łącznie. W sytuacji, gdy w pkt 1 oferty opisuje się parametry danego przełącznika wraz z jego wyposażeniem - i sam zamawiający nazywa de facto taki zestaw „Przełącznikiem”1 - to oczywistym jest, iż w pkt 2 oferty, w wierszu dotyczącym danego przełącznika, wykonawca wskazuje cenę za cały zestaw (czyli przełącznik wraz z wyposażeniem opisanym w pkt 1 formularza oferty). Oczywistym jest zatem, iż w tabeli zawartej w pkt 2 oferty w wierszu 3 podano cenę za cały zestaw jakim jest Przełącznik typ 3 o parametrach i z wyposażeniem opisanymi w pkt 1 oferty w tabeli c, zaś w wierszu 4 podano cenę za cały zestaw jakim jest Przełącznik typ 4 o parametrach i z wyposażeniem opisanymi w pkt 1 oferty w tabeli d.

W sytuacji zatem, gdy Odwołujący szczegółowo i wyczerpująco opisał przedmiot oferty w pkt 1 oferty, wskazanie wyposażenia, raz już opisanego w ofercie, stanowiłoby jedynie powtórzenie. Z punktu widzenia istoty oferty, najważniejsze jest to, iż w pkt 1 oferty jednoznacznie opisano przedmiot oferty, zaś w pkt 2 - jednoznacznie wskazano ceny oferowane za dostawę sprzętu opisanego w pkt 1. Pomimo zatem omyłkowego przeoczenia niektórych elementów wyposażenia w samym formularzu cenowym (pkt 2 oferty), którego funkcja ewidentnie związana jest z ustaleniem cen, braki te nie są istotne z punktu widzenia treści oferty oraz możliwości zbadania jej zgodności z SIWZ. Treść oferty w zakresie oferowanego przedmiotu określona została, jak wskazano powyżej, w pkt 1 oferty. Treść ta jest wyczerpująca i umożliwia Zamawiającemu porównanie treści oferty z treścią SIWZ. Podkreślić należy ponownie, iż z oferty Odwołującego, dodatkowo potwierdzonej wyjaśnieniami z dnia 22 września 2014 r., jednoznacznie wynika, iż:

1) w zakresie przełącznika typ 3 Odwołujący oferuje dostarczenie, wraz z przełącznikiem, wszystkich wymaganych kabli i wkładek, w szczególności:



- 2 x (kabel typu twinax 10 GbE w standardzie SFP+/SFP+ o długości minimum 10 m)
  - 6 x (1 Gb SFP RJ45) moduł SFP (umożliwiają podłączenie 1 Gb Eth, z wykorzystaniem kabla zakończonych wtykiem RJ 45) niezależnie od 4 dodatkowych portów Ethernet 10/100/1000 wymienionych powyżej opisanych w wyposażeniu przełącznika.
  - 4 x (1 Gb SFP światłowod wielomodowy) moduł SFP (umożliwiają podłączenie urządzeń wykorzystujących moduły Cisco GLC-SX-MM)
  - 2 x (10 Gb SFP+ światłowod wielomodowy) moduł SFP z kablem światłowodowym.
- Wskazane połączenie zostanie wykorzystane do podłączenia serwera Dell R720

1 Zamawiający opisuje każdą z tabel w ten sposób: Przełącznik typ (...)- sztuk (...)  
 „Przełączniki (...) - każdy spełniający co najmniej wskazane poniżej wymagania: (...)”.  
 Natomiast „wskazane poniżej wymagania” to minimalne wymagania sprzętowe dla danego przełącznika obejmujące zarówno parametry samego przełącznika, iak i wyposażenia dodatkowego dla tego przełącznika. Stąd oczywistym jest, iż „Przełącznik typ (...)” to przełącznik wraz z wymaganym dla niego wyposażeniem dodatkowym. Dla takiego Przełącznika, jako zestawu, wymagane jest zaoferowanie jednej ceny, tj. wyposażenie przełącznika wlicza się w cenę przełącznika, a nie wycenia odrębnie.

2) w zakresie przełącznika typ 4 Odwołujący oferuje dostarczenie, wraz z przełącznikiem, wszystkich wymaganych w SIWZ interfejsów, w szczególności:

48 portów Ethernet 10/100/1000 w standardzie RJ45 oraz 2 porty światłowodowe 10 GigabitEthernet (porty współpracują z modułami 10G BASE LRM SFP moduł firmy HP part number JD093B),

Na marginesie Odwołujący oferuje 2 porty światłowodowe, co wynika wprost z treści oferty i niezrozumiałym jest twierdzenie Zamawiającego, iż oferowana jest jedynie możliwość włożenia portów światłowodowych do karty „10 Gig SFP+ interface card”. Odwołujący w ofercie wyraźnie wskazał, iż oferuje m.in. 2 porty światłowodowe, co następnie potwierdził w wyjaśnieniach udzielonych w dniu 22 września 2014 r. Niezgodności oferty, w tym braku ww. portów, nie można upatrywać w omyłkowym braku wskazania w części 2 oferty (stanowiącej formularz cenowy) niektórych elementów wyposażenia, w sytuacji, gdy są one wyraźnie wskazane w innej części (zasadniczej przedmiotowo) oferty.

6. Można ewentualnie przyjąć, iż Zamawiający, w sytuacji braku wymieniania niektórych elementów wyposażenia w pkt 2 oferty w poz. 3 i 4, mógł powziąć wątpliwość co do treści oferty. Dlatego też wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienia, zaś Odwołujący takie wyjaśnienia w wyznaczonym terminie złożył. Wyjaśnienia te wyraźnie i jednoznacznie potwierdzają, że sprzęt wyspecyfikowany w poz. 3 (Przełącznik typ 3) i w poz. 4 (Przełącznik typ 4) na stronie 12 oferty stanowi kompletne zestawy zawierające wszystkie wymagane w SWIZ dla przełącznika typu 3, kable i wkładki i - odpowiednio - dla przełącznika typu 4 interfejsy. W wyjaśnieniach wręcz powtórzono treść oferty zawartą w pkt 1 oferty.

Powyższe wyjaśnienia powinny były rozwiązać ewentualne wątpliwości Zamawiającego co do spójności oferty. Potwierdziły one przede wszystkim, iż przełączniki (rozumiane jako cały zestaw, czyli z wymaganym wyposażeniem dodatkowym) wskazane w pkt 2 oferty w wierszu 3 i 4 oraz w pkt 1 w tabeli c i d - to te same przełączniki, w szczególności z wyposażeniem, które zostało opisane w pkt 1 oferty w tabeli c i d.

Złożone wyjaśnienia Odwołującego były zatem wystarczające. Odwołujący potwierdził, że przedmiotem oferty jest dokładnie to, co wskazał w pkt 1 oferty. Dodatkowo, potwierdzeniem zgodności oferowanego Sprzętu IT, są oświadczenia producentów Sprzętu IT oraz ich oficjalnych przedstawicieli potwierdzające, iż oferowany Sprzęt IT spełnia wymagania SIWZ - złożone zgodnie z wymaganiem Zamawiającego.

7. Ostatecznie, gdyby uznać - jak tego oczekuje Zamawiający - iż brak wskazania w pkt 2 oferty (formularz cenowy), pomimo szczegółowego wskazania tych informacji w pkt 1 oferty (tabele ze szczegółowym opisem oferowanych urządzeń i ich parametrów technicznych), oferowanych urządzeń, w tym ich wyposażenia, stanowi o niezgodności oferty z SIWZ, to brak taki można byłoby z całą pewnością poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przyjmując zatem, iż powtórzenie tych samych informacji (tj. opisu oferowanego wyposażenia) w formularzu cenowym, zawartych już w tabelach w pkt 1 oferty, było niezbędne, to Zamawiający miał w takiej sytuacji obowiązek poprawić takie braki, jako tzw. inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty.

Te ewentualne braki spowodowane były bowiem jedynie zwykłym przeoczeniem, omyłką. Zamawiający zaś, szczególnie wobec potwierdzenia zawartego w wyjaśnieniach z dnia 22 września 2014 r., mógł w prosty, jednoznaczny sposób, uzupełnić stwierdzone braki w części drugiej oferty w poz. 3 i 4, poprzez dopisanie elementów wyposażenia wskazanych w części 1 oferty w tabeli c pkt 5 oraz w tabeli d pkt 4.

8. Ponadto, dokonanie takiego poprawienia treści oferty, poprzez uzupełnienie ww. informacji, nie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty (jeśli w takim przypadku w ogóle można mówić o jakiegokolwiek zmianie treści, a nie tylko warstwy formalnej, oferty]. Jak już wskazano powyżej, istotą części drugiej oferty (pkt. 2) było przedstawienie oferowanych cen, nie zaś wskazanie parametrów technicznych oferowanych urządzeń. Parametry te zostały opisane szczegółowo w innej części oferty. Stąd brak wskazania w poz. 3 i 4 na str. 12 oferty niektórych elementów oferowanego wyposażenia pozostaje irrelevantne z punktu widzenia oceny zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami Zamawiającego, szczególnie, iż wyposażenie to zostało szczegółowo wskazane w ofercie w miejscu do tego przeznaczonym, tj. części 1 (pkt 1) oferty, tj. na stronach 7 i 10 oferty.

Ponownie należy podkreślić, iż dopisanie ww. elementów wyposażenia, a w zasadzie przepisanie ich z pierwszej części oferty, potwierdzonych wyjaśnieniami, nie doprowadziłoby

w żaden sposób do zmiany parametrów technicznych oferowanych urządzeń, ani jakiegokolwiek innej zmiany treści oferty. Z punktu widzenia wymagań Zamawiającego i możliwości oceny oraz porównania oferowanych rozwiązań z wymaganiami, istotne znaczenie ma właśnie opis zawarty w pkt 1 oferty. Opis wyposażenia w pkt 2 oferty z zasady musi stanowić odzwierciedlenie zapisów z pkt 1 oferty. Stąd, wobec prawidłowej treści oferty zawartej w pkt 1 oferty, brak wskazania niektórych elementów wyposażenia w pkt 2 oferty, a także ich dopisanie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ma w takiej sytuacji znaczenie jedynie wtórne. Poprawienie przedmiotowej omyłki, polegającej jedynie na braku podania części wyposażenia, przy jednoczesnym określeniu parametrów technicznych oferowanych urządzeń i wskazaniu oferowanego wyposażenia w pierwszej części oferty, nie prowadzi w żaden sposób do zmiany treści oferty.

9. Dodatkowo, złożenie wyjaśnień przez Odwołującego w dniu 22 września 2014 r. nie doprowadziło do uzupełnienia treści oferty o żadne nowe informacje, a jedynie potwierdziło spójność oferty. Tym bardziej wyjaśnienia te nie doprowadziły do zmiany treści oferty.

10. Brak zatem było podstaw do uznania, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał, iż oferowane urządzenia spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ.

III. Zarzut prowadzenia Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą  
W okolicznościach niniejszej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty Odwołującego, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, który oferta nie była najkorzystniejsza przy kryterium oceny ofert jakim jest cena - 100%. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym obrazę art 7 ust 1 ustawy Pzp.

IV. Ewentualny zarzut zaniechania unieważnienia Postępowania, pomimo, iż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

W przypadku, gdy stanowisko Odwołującego o pełnej zgodności treści oferty z SIWZ, względnie o możliwości poprawienia treści oferty Odwołującego, nie zostanie uwzględnione, wskazać należy, iż ewentualne braki w pkt 2 oferty wynikają z braku precyzji treści SIWZ. W takiej sytuacji, jeśli to Zamawiający opracował SIWZ, w tym takie wzory formularzy, które stanowią niejako „pułapkę” dla wykonawców, to należy uznać, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

W sytuacji, gdy aż oferty czterech z sześciu wykonawców zostają odrzucone z powodu niezgodności z SIWZ, Postępowanie traci walor konkurencyjności. Zamawiający nie jest, w

takim przypadku, w stanie porównać ofert i wybrać oferty najkorzystniejszej z powodu błędów w ofertach, przeważnie o charakterze formalnym.

Stąd też, jeżeli uznane zostanie, iż dla oceny ofert niezbędne było opisanie oferowanych rozwiązań zarówno w pkt 1 oferty, jak i powtórzenie tych informacji w pkt 2 oferty, a ewentualnych braków w pkt 2 oferty nie da się poprawić, to konieczne staje się unieważnienie postępowania. Wzory formularzy przygotowanych przez Zamawiającego wprowadzają wykonawców de facto w błąd i uniemożliwiają złożenie ważnych ofert.

W powyższym stanie rzeczy wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawca Infradata Polska sp. z o.o. wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów 1, 2 i 4.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Odnosnie przełącznika typu 3 stwierdził, że oferowany przełącznik (s. 12 oferty) nie zawiera elementów wymaganych zgodnie z opisem wymagań dla tego przełącznika w tabeli wiersz 1, ppkt 5 tiret 1, 2, 3 i 4. Uznał, że brak w ofercie wymaganych modułów i kabli nie może być skorygowany i uzupełniony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Stwierdził, że wymagał zaoferowania opisanych elementów, a potwierdzenia wymaganej charakterystyki nie uznał za ujęcie w ofercie.

Odnosnie przełącznika typu 4 stwierdził, że zaoferowany przez wykonawcę na str. 12 oferty element „AC Power supply 2 10 Gig SFP+ interface card 150 W AC Power Module” nie jest wyposażony w 2 szt. portów światłowodowych 10 GB. Zaoferowany element umożliwia jedynie włożenie do niego portów światłowodowych, a zamawiający zgodnie z zapisami załącznika nr 1 do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do siwz dla przełącznika typ 4 wymagał minimum 2 portów światłowodowych 10 GigabitEthernet. Portów takich wykonawca nie zaoferował i brak ten nie może być poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a niemożliwe jest domyślenie się przez zamawiającego konkretnego modelu urządzenia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie odwołania.

### **Sygn. akt. KIO 2139/14**

Odwołujący: Odwołujący: Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie od:

1. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Ventus Communications Sp. z o.o. (dalej „Ventus”) jako oferty najkorzystniejszej,

2. zaniechania czynności odrzucenia oferty Ventus, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty Infradata Polska Sp. z o.o. (dalej „Infradata”), także na podstawie okoliczności wskazanych w uzasadnieniu odwołania pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ,
4. zaniechania czynności, odrzucenia oferty Arcus SA (dalej „Arcus także na podstawie okoliczności wskazanych w uzasadnieniu pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ,
5. zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców Ventus, Infradata i Arcus wyjaśnień do ofert, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

II. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający naruszył następujące przepisy PZP:

1. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 PZP, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Ventus;
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców Ventus, Infradata i Arcus wyjaśnień do ofert, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ventus, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
4. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Infradata i Arcus także na podstawie okoliczności wskazanych w odwołaniu, pomimo że treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ;
5. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 PZP, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Wskazane naruszenia spowodują w konsekwencji niemożność dokonania właściwej oceny ofert, czyli naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 PZP. Ponadto Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów PZP wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

III. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. odtajnienia dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
3. dokonania ponownej oceny ofert,
4. odrzucenia oferty Ventus,

5. odrzucenia ofert Arcus i Infradata także na podstawie okoliczności wskazanych w uzasadnieniu odwołania,

6. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. Bezzasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez Ventus, Arcus i Infradata wyjaśnień, zaniechanie udostępnienia tych dokumentów.

Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w Ustawie (art. 8 ust 2 Ustawy). Zgodnie z art. 8 ust 3 Ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UoZNK”) - „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”. Przedmiotowy przepis był przedmiotem orzeczeń SN - w wyroku z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/2000 (OSNC 2001/4 poz. 59) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Z kolei w wyroku z dnia 5 września 2001 r., sygn. akt I CKN 1159/2000 (OSNC 2002/5 poz. 67) stwierdził, że na podstawie art. 11 ust. 4 UoZNK nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.

Mając na uwadze powyższe poglądy orzecznictwa, za słuszne należy przyjąć stanowisko Odwołującego, iż w przepisie art 11 ust 4 UoZNK zawarta jest definicja legalna „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Z kolei z definicji tej wynika wprost (wykładnia literalna), iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej

drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnośnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Oferty Arcus i Infradata są jawne w zakresie oferowanego sprzętu. Tymczasem wyjaśnienia złożone przez Arcus i Infradatę w odpowiedzi na pytania Zamawiającego dotyczące właśnie oferowanego sprzętu nie zostały udostępnione Odwołującemu przez Zamawiającego. Takie zachowanie Zamawiającego nie jest prawidłowe. Przede wszystkim tajemnicą przedsiębiorstwa mogą zostać objęte informacje, a nie dokumenty. Zatem tylko poszczególne informacje zamieszczone czy to w dokumencie wyjaśnienia, czy to ewentualnie w dokumencie załączonym do wyjaśnień mogą zostać skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Całe dokumenty za tajemnicę nie mogą zostać uznane, bowiem znajdują się w nich na pewno treści, które nie są informacjami łącznie spełniającymi przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. A zatem Zamawiający powinien dokumenty te udostępnić Odwołującemu, a co najwyżej wyłączyć z tego udostępnienia poszczególne informacje. Na nieprawidłowość zastrzegania całości dokumentów wskazała Izba w wyroku KIO 452/12: „Nie jest uzasadnione zastrzeganie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Ponadto skoro wyjaśnienia dotyczą jawnej części oferty, to nie jest możliwe, aby ich treść zawierała tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień jawnej części oferty jest działaniem spóźnionym przez Arcus i Infradatę. Przepis art. 8 ust. 3 PZP wyraźnie stanowi, że tajemnica przedsiębiorstwa odnośnie treści oferty może zostać zastrzeżona najpóźniej w terminie składania ofert. Skoro zaś wyjaśnienia dotyczą jawnej treści oferty, to nie mogą zawierać informacji innych niż znajdują się w ofercie, w szczególności nie mogą zawierać informacji nowych czy dodatkowych - gdyż wtedy takie wyjaśnienia stanowiłyby niedozwoloną zmianę oferty. Stąd też uznać należy, że

objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych wyjaśnień jest niezasadne, zaś zaniechanie udostępnienia tych wyjaśnień przez Zamawiającego jest bezprawne.

Odnośnie oferty Ventus objęta została tajemnicą w zakresie części Formularza Ofertowego (str. 10 i następne), jednakże jest to zastrzeżenie nieskuteczne, bez podstawy prawnej i faktycznej. Odwołujący jeszcze przed oceną ofert wskazał Zamawiającemu na niedopuszczalność takiego zastrzeżenia. Informacje zawarte w przedmiotowej części oferty nie spełniają przesłanek legalnych tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał w SIWZ szczegółowe wymagania odnośnie dostarczanego sprzętu, zaś wykonawcy mieli jedynie zaoferować sprzęt spełniający wymagania Zamawiającego. Jednocześnie zamawiany sprzęt stanowi jedynie dostawę sprzętu sieciowego pod rozbudowę już istniejącej u Zamawiającego sieci LAN/WAN, stąd też jest to zwykła dostawa, a nie autorskie rozwiązanie któregoś z wykonawców. Co więcej - szczegółowa lista dostarczanego sprzętu będzie załącznikiem do umowy, a zatem będzie dokumentem jawnym i powszechnie dostępnym. Nie może zaś jako prawidłowa zostać uznana sytuacja, w której ten sam dokument pozostawałby tajny na etapie oceny ofert, a stawałby się jawny z chwilą podpisania umowy. Asseco Poland wskazało, że przedmiotowe zastrzeżenie części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane wyłącznie w celu uniemożliwienia pozostałym wykonawcom weryfikacji złożonej przez Ventus oferty. Taką sytuację jako negatywną i nie zasługującą na ochronę oceniono w wyroku KIO/UZP 2793/10: „Zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców”, czy też w KIO 1072/11: „przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnice przedsiębiorstwa.” Zamawiający w odpowiedzi poinformował Asseco Poland, iż dokona kontroli poprawności zastrzeżenia. W wyniku dodatkowych czynności Zamawiający w dniu 3 października 2014 roku podjął decyzję, iż odtajnia przedmiotową część oferty. Przy czym poinformował Odwołującego, iż ta część oferty zostanie mu udostępniona dopiero po upływie terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Na dzień składania odwołania Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu ani części przedmiotowej oferty, ani też wyjaśnień do oferty. O ile Zamawiający wskazał, że będzie czekał na upływ terminu do skorzystania ze środków ochrony prawnej dla czynności odtajnienia oferty, to nie dokonał takiego wskazania dla wyjaśnień. Stąd też Odwołujący uważa, że zaniechanie odtajnienia



wyjaśnień stanowi naruszenie prawa, z powołaniem się na argumentację podniesioną powyżej, dla wyjaśnień Arcus i Infradaty. Przede wszystkim nie jest możliwe, aby całe wyjaśnienia stanowiły informację spełniającą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że w w/w wykonawcy nie wykazali zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień -nie wykazano rzeczywistych podstaw objęcia tajemnicą w/w dokumentów, ani też nie wskazano żadnych dowodów, które mogłyby uzasadnić odstępstwo od zasady jawności postępowania. Odwołujący uważa, że w/w wykonawcy nie wykazali co najmniej, iż podjęli w stosunku do zastrzeżonych przez siebie informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wobec braku wykazania spełniania tej przesłanki w wyjaśnieniach - informacje zawarte w wyjaśnieniach nie mogą, zgodnie z definicją legalną, zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa. Samo zaś objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia tej przesłanki - tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 czerwca 2012r., sygn. akt KIO 1016/12: „Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.”

Podnieść należy, że doświadczenie życiowe i praktyka postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez w/w wyjaśnień jest wyłącznie zamiar uniemożliwienia zapoznania się z tymi dokumentami przez pozostałych uczestników postępowania. Przyczyną zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji, poprzez uniemożliwienie konkurentom (w tym Odwołującemu) weryfikacji ofert w/w wykonawców pod kątem zgodności z SIWZ i Ustawą. Warto zacytować fragment uzasadnienia KIO 2040/10: „Izba stoi na stanowisku, iż działanie przystępującego polegające na utajeniu wykazu usług jak też referencji wskazanych usług zmierzało nie do ochrony faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa a do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji oświadczeń przystępującego”, które wyraźnie wskazuje na bezprawność takiego zachowania.

Za stanowiskiem KIO 1072/11 zwrócić należy także uwagę na to, że „przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę

przedsiębiorstwa." Niezależnie zatem od motywów, jakimi kierowali się w/w wykonawcy, należy wskazać, iż we wskazanych przez Odwołującego przypadkach nie spełniły się ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, a działania w/w wykonawców miały na celu albo utrudnienie konkurencji, albo też „wolę nieupubliczniania”. Żaden jednak z tych motywów nie jest wystarczający, aby dopuścić do naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejną kwestią, którą należy podnieść w tym zakresie jest kwestia ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa w swojej ofercie zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W sytuacji takiej jak niniejsza Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że złożone wyjaśnienia zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu. Odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa np. KIO 2079/10: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.”

KIO 2294/11: „Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywał na podmiocie, który z tego działania wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, a więc na przystępującym, a w konsekwencji także na zamawiającym, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez przystępującego.

KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11: „Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na przystępujących Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem przystępujących, że odwołujący, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach o dopuszczenie do udziału ”

KIO 457/12: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.”

W KIO 331/12 i KIO 33/12: „Pokreślenia wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywał on na wykonawcach, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego.” W wyroku KIO 1172/11: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro bowiem wykonawca dokonuje takiego zastrzeżenia i wymaga, aby zamawiający je respektował, musi równocześnie wykazać, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki dla przyjęcia, iż w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji.”

KIO 2036/12: „Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na przystępującym Mawilux Sp. z o.o., który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wniosku o dopuszczenie do udziału. W konsekwencji także, ciężar udowodnienia co do skuteczności poczynionego zastrzeżenia obciąża samego zamawiającego, który nie zdecydował się na udostępnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę. Podobnie w wyroku KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11 oraz KIO 2294/11.

Kolejną istotną kwestią dla rozstrzygnięcia prawidłowości zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego przedmiotowych wyjaśnień jest sam moment wskazania dowodów na okoliczność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Otóż - wobec wskazanego powyżej ciężaru dowodu i faktu, że to Zamawiający (zgodnie z w/w uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt: III CZP 74/05) dopuszcza się de facto zaniechania stosowania zasady jawności postępowania - Zamawiający już w chwili podjęcia decyzji od odstąpienia od stosowania zasady jawności powinien być w posiadaniu dowodów uzasadniających takie niezastosowanie zasady. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 528/10: „W przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający nie może kierować się tylko swoimi przekonaniem, powinien w tym zakresie podjąć konkretne działania, dochować należytej staranności w wyjaśnieniu czy w danym stanie faktycznym spełnione zostały

przesłanki skutkujące zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien w takich wypadkach wystąpić do wykonawcy o wykazanie się dowodem spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawienie dowodów w tym zakresie".

Na zakończenie argumentacji w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa zwraca uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia składanych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jakichkolwiek dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej KIO na potwierdzenie czego wskazuje kilka przykładowych orzeczeń:

KIO/UZP 338/09: „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony."

KIO 1080/11: „Zasada jawności w postępowaniu jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia." KIO 2294/11: Jednakże tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątku od zasady jawności nie można domniemywać, albowiem jego przesłanki należy rozpatrywać ściśle". KIO 776/12: „W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na przywołany przepis art. 8 ust 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Przepis ten kształtuje istotną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odczytując tę zasadę łącznie z dyspozycją art. 96 ust 3 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że oferty w postępowaniu udostępnia się wykonawcom od otwarcia ofert, stwierdzić należy, że ustawodawca wypełnienie tej zasady znalazł także w udostępnianiu dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Na marginesie Izba zwraca uwagę na to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentacja z postępowania ma charakter jawny, jej utajnienie (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) musi mieć charakter wyjątkowy, choćby wynikający z tego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. Dokumenty przedkładane przez wykonawców w postępowaniu, w szczególności na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, także powinny być z zasady jawne, jeśli wykonawca zastrzega te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w tym zakresie działać z należytą starannością wyłącznie w celu ochrony swoich informacji technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych, czy posiadających wartość gospodarczą, które nie zostały w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich konieczne i niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a nie tylko w celu nieudostępniania tych informacji innym wykonawcom

ubiegającym się o dane zamówienie w celu ograniczenia możliwości weryfikacji, w trybie środków ochrony prawnej, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego."KIO 1016/12: „Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi - także zdaniem Izby - podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego."KIO 457/12: „Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, i jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa."

KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12: „Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego.” (podobnie KIO1409/12 i KIO 1428/12).

Skoro zatem objęcie wyjaśnień treści ofert tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Każde odejście od zasady jawności postępowania powinno być traktowane wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie ma „domniemania” tajemnicy, czy też przyjęciu „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny oferty) powinien udostępnić pozostałym wykonawcom takie bezzasadnie zastrzeżone dokumenty lub też Krajowa Izba powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem Odwołującego - w/w wykonawcy nie wykazali zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień.

## II. Oferta Ventus.

Odwołujący wskazuje, że treść oferty Ventus nie odpowiada treści SIWZ - tj. sprzęt oferowany przez Ventus nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego. Jednak - wobec nieudostępnienia bezprawnie zastrzeżonej części Formularza Ofertowego - Asseco Poland nie może w chwili wniesienia odwołania wskazać, które postanowienia oferty (pozycje

Formularza Ofertowego) nie spełniają wymagań SIWZ. Gdyby jednak Zamawiający po dniu wniesienia odwołania, a przed dniem rozprawy udostępnił Odwołującemu tę część oferty, Asseco Poland zastrzega sobie możliwość skonkretyzowania zarzutu w tym zakresie. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający uznał objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowej części oferty za niezasadne, stąd też należy oczekiwać, że udostępnienie takie zostanie dokonane niezwłocznie. Przy czym Zamawiający poinformował Odwołującego, że część oferty, którą uznał za zastrzeżoną bezzasadnie udostępni dopiero po upływie terminu na skorzystanie ze środków prawnych, czyli najwcześniej 14 października 2014 roku. Niemniej jednak, już na podstawie obecnie znanej treści części oferty Ventus, Odwołujący wskazuje, że na sprzeczność oferty Ventus z SIWZ wskazuje cena Przełącznika 4 zaoferowana przez Ventus w odniesieniu do wymagań, jakie Zamawiający postawił wobec tego przełącznika. Otóż Przełącznik 4 zgodnie z SIWZ musi spełniać następujące wymagania:

Charakterystyka (wymagania Zamawiającego dla pojedynczego przełącznika)

1. Dostarczony przełącznik musi być fabrycznie nowy, nieużywany.
2. Na przełączniku musi być zainstalowane standardowe, dostępne na stronie producenta, oprogramowanie systemowe.
3. Przełącznik przeznaczony do montażu w szafie 19". Wysokość obudowy nie większa niż 1 RU
4. Przełącznik musi posiadać min. 48 portów Ethernet 10/100/1000 w standardzie RJ45 oraz minimum 2 porty światłowodowe 10 GigabitEthernet (porty muszą współpracować z modułami 10G BASE LRM SFP moduł firmy HP part number JD093B)
5. System powinien być przełącznikiem warstwy drugiej.
6. Zasilanie AC 230V, 2 redundantne zasilacze, umożliwiające zasilanie przełącznika w pełni obsadzonego modułami. Maksymalny pobór mocy przełącznika nie powinien przekraczać 500 W. Oferowane przełączniki powinny umożliwiać wymianę zasilaczy na gorąco w trakcie pracy bez awarii systemu.
7. Możliwość zbudowania jednego wirtualnego przełącznika z 2 przełączników tego samego typu. Przełącznik wirtualny powinien być widziany przez inne urządzenia sieciowe jako pojedyncze urządzenie zarówno pod kątem mechanizmów warstwy L2 (np. STP/LACP) jak i warstwy L3 (np. VRRP/HSRP).
  1. Minimalna wydajność matrycy powinna być nie mniejsza niż 120 Gbps Full-duplex oraz minimum 100 mpps.
  2. Obsługa minimum 32k adresów unicast oraz 4k adresów multicast MAC.
  3. Obsługa MSTP (IEEE 802.1s)
  4. Obsługa Link Aggregation Group (LAG) minimum 8 802.3ad LAG.
  5. Obsługa MultiChassis LAG (MC-LAG) w trybie Active/active - minimum 4 MC-LAG.

6. Obsługa „Jumbo Frames” - 9k bajtowych ramek.
1. GARP VLAN Registration Protocol lub VTP lub MVRP
2. IP multicast snooping IGMP v2, v3.
3. Wsparcie dla 4k VLAN ID i protokołu 802.1Q.
4. Wsparcie dla protokołów spanning tree: STP, RSTP, MSTP, PVST/PVST+.
5. CDP lub LLDP
6. Wsparcie port security
7. PAgP lub LACP
4. Wsparcie dla funkcji Quality of Service CQoS) 1. Broadcast storm control.
2. Obsługa QoS per port oraz per VLAN
3. Bandwidth shaping.
4. Port-based rate limiting: na wejściu i wyjściu.
5. Classifier-based rate limiting: z zastosowaniem list dostępu ACL do zagwarantowania maksymalnego pasma dla ruchu wyjściowego i wejściowego.
6. Funkcje QoS: kreowanie klas ruchu w oparciu o access control lists (ACLs), IEEE 802.1p precedence, IP DSCP oraz Type of Service (ToS) precedence.
7. Wsparcie dla kolejkowania zgodnie z algorytmem DWRR lub weighted round robin (WRR) lub SRR
8. Minimum 4 kolejek QoS per port.
- 6 Funkcje bezpieczeństwa 1. DHCP protection, snooping
2. Obsługa IEEE 802.1x
3. Dynamic ARP protection.
4. Zaawansowany mechanizm kolejkowania procesora zapobiegający atakom DoS.
5. DHCP snooping.
6. Port security: zezwalający na dostęp tylko specyficznym adresom MAC.
7. IP source guard.
8. URPF.
- 7 Zarządzanie 1. Możliwość konfiguracji za pomocą CLI (konsola szeregową).
2. Dostęp za pomocą protokołów telnet oraz ssh.
3. Obsługa autoryzacji użytkowników przy pomocy systemu Radius lub TACACS+.
4. System powinien wspierać protokół SNMP v1, v2c, v3 i trapy SNMP.
5. Wsparcie dla mechanizmów typu flow (np. NetFlow, sFlow).
6. Wsparcie dla RMON grupy i statystyki, alarmy, historia, zdarzenia.
7. Możliwość przechowywania minimum 2 wersji oprogramowania na przełączniku.

8. Możliwość przechowywania minimum 2 plików konfiguracyjnych na przełączniku, możliwość uploadu i downloadu pliku konfiguracyjnego w postaci tekstowej do stacji roboczej.
9. Wsparcie dla lokalnego i zdalnego kopiowania pakietów z danego portu lub sieci VLAN [local i remote mirroring).
10. Syslog - możliwość wysyłania opisu zdarzeń na serwer sysloga.

Powyższe wymagania skutkują wysoką ceną Przełącznika 4, która wynika właśnie z bardzo specjalistycznych i nietypowych wymagań, która są wymaganiami generującymi wysokie koszty.

W poszczególnych ofertach cena Przełącznika 4 kształtowała się następująco:

Infradata 5.211,70, Ventus 10.532,00, Arcus 12.727,00, Asseco Poland 16.855,00  
Comarch 23.960,00, Integrated Solution 25.000,00

Jak wynika z powyższego 3 firmy zaoferowały bardzo niskie ceny za Przełącznik 4 - Infradata, Arcus i Ventus. Przy czym oferty Infradata i Arcus zostały odrzucone między innymi ze względu na niezgodność z SIWZ zaoferowanego Przełącznika 4. Niezgodność ta wynikała między innymi z braku zaoferowania 2 portów światłowodowych 10 GigabitEthernet. Wynika z tego wprost, że w cenie zaoferowanej przez Ventus nie jest możliwe wyprodukowanie Przełącznika 4 zgodnie z wymaganiami SIWZ, w tym zaoferowanie 2 portów światłowodowych 10 GigabitEthernet. Zdaniem Odwołującego Ventus takich portów nie zaoferował.

### III. Oferta Infradata.

Zamawiający co prawda odrzucił ofertę Infradata na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy, jednakże Odwołujący uważa, że odrzucenie to nie zostało na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych. Odwołujący wskazuje na inne, niż Zamawiający, okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty Infradata na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

#### III.I. Przełącznik typu 3.

Dla przełącznika typ 3 Zamawiający określił wymagania w 2 miejscach SIWZ - w punkcie I.c. ppkt 1.4 Załącznika nr 1 „Formularza ofertowy” oraz w Załączniku nr 1 do Umowy Specyfikacja sprzętu IT wraz z oprogramowaniem (str. 31).

Zamawiający wymagał, aby przełącznik ten posiadał 24 porty w standardzie SFP+ oraz dodatkowo min. 4 porty Ethernet 10/100/1000 Mbps lub 1000Mbps w standardzie RJ-45 z założeniem, że jest dopuszczalna realizacja tej funkcjonalności za pomocą dodatkowych SFP+ (ponad wymagane 24 porty SFP+) wyposażonych we wkładki SFP RJ-45.

Oferowany przez Infradata przełącznik typu 3 zawiera 48 portów SFP+. Są to wszystkie informacje o portach przełącznika 3 zawarte w ofercie Infradata. Tym samym oferta firmy



Infradata nie zawiera 4 portów Ethernet 10/100/1000 Mbps lub 1000Mbps w standardzie RJ-45.

#### 111.2. Wsparcie dla protokołu PVST.

Dla przełącznika typ 1 Zamawiający określił wymagania w 2 miejscach SIWZ - w punkcie I.a. ppkt 2.5. Załącznika nr 1 „Formularz ofertowy” oraz w Załączniku nr 1 do Umowy Specyfikacja sprzętu IT wraz z oprogramowaniem (str. 31).

Wymaganie to brzmi: „Wsparcie dla protokołu spanning tree: STP, RSTP, MSTP, PWT. Wszystkie wymienione 4 rodzaje wsparcia miały być realizowane łącznie.

Dla przełącznika typ 1 punkt 2.5 i dla przełącznika typ 2 pkt 2.5 Formularza ofertowego firma Infradata wskazała, że urządzenia wspierają protokół inny niż PVST - a mianowicie protokół VSTP. Wskazując, że protokół ten jest „zgodny” z wymaganym protokołem PVSTP.

Przy czym żaden zapis SIWZ nie dopuszczał równoważności w zakresie obsługi protokołu PVST. Zaoferowany przełącznik jest więc niezgodny z wymaganiami SIWZ. Co więcej - wskazano, że zgodność jest z protokołem PVSTP, podczas gdy SIWZ w ogóle nie wymagał zgodności z takim protokołem, zatem mamy do czynienia ze zgodnością z protokołem nie wymaganym przez SIWZ.

Z kolei dla przełącznika typ 3 punkt 3.4 Formularza ofertowego firma Infradata podaje, że urządzenia wspierają protokół VSTP i deklaruje, że protokół ten jest „zgodny” z wymaganym protokołem PVST. W SIWZ nie było w tym miejscu dopuszczenia równoważności - była wymagana obsługa protokołu PVST. Zaoferowany przełącznik jest więc niezgodny z wymaganiami SIWZ.

#### IV. Oferta Arcus

Zamawiający co prawda odrzucił ofertę Arcus na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, jednakże Odwołujący uważa, że odrzucenie to nie zostało na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych. Poniżej Odwołujący wskazuje na inne, okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty Arcus na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP.

##### IV. I. Przełącznik typu 3.

Dla przełącznika typ 3 Zamawiający określił wymagania w 2 miejscach SIWZ - w punkcie I.c. ppkt 1.4 Załącznika nr 1 „Formularz ofertowy” oraz w Załączniku nr 1 do Umowy Specyfikacja sprzętu IT wraz z oprogramowaniem (str. 31),

Zamawiający wymagał, aby przełącznik posiadał 24 porty w standardzie SFP+ oraz dodatkowo min. 4 porty Ethernet 10/100/1000 Mbps lub 1000Mbps w standardzie Rf-45 z założeniem, że jest dopuszczalna realizacja tej funkcjonalności za pomocą dodatkowych SFP+ (ponad wymagane 24 porty SFP+) wyposażonych we wkładki SFP RJ-45.

Oferta firmy Arcus w Formularzu ofertowym w tabeli 1 zawiera co prawda informację, że zostaną dostarczone dodatkowe 4 wkładki 1Gb SFP RJ-45 - jednak te 4 dodatkowe wkładki 1Gb SFP RJ-45 nie zostały ujęte w tabeli 2 Formularza ofertowego, zawierającego ceny

oferowanego sprzętu. Zatem elementy te nie zostały objęte ceną oferty, a tym samym - samą ofertą. Należy zatem przyjąć, że Arcus nie zaoferował tych elementów.

IV. 2. Przełącznik typu 2.

Dla przełącznika typ 2 Zamawiający określił wymagania w 2 miejscach SIWZ - w punkcie pkt I.b. ppkt 3.4 Załącznika nr 1 „Formularz ofertowy” oraz w Załączniku nr 1 do Umowy Specyfikacja sprzętu IT wraz z oprogramowaniem (str. 31). Wymaganie to brzmi:

„Port based rate limiting: na wejściu i na wyjściu

Firma Arcus w ofercie wskazała, że oferowany przełącznik posiada „Wsparcie c”

.Funkcjonalność określana jako „per port fizyczny” nie jest tożsama z wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalnością „na wejściu i na wyjściu” Funkcjonalność „Per port fizyczny” jest funkcjonalnością działającą tylko w jedną stronę: albo na wejściu albo na wyjściu, ale nigdy łącznie.

Zatem firma Arcus w swojej ofercie nie potwierdziła, że oferowany przełącznik posiada obsługę rate limiting zarówno dla wejścia jak i wyjścia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący nie zawarł w treści odwołania zarzutu naruszenia ustawy pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty zastrzeżonej przez Ventus jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący zawarł jedynie zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia wyjaśnień. Także w razie przyjęcia, że zarzut ma szerszy zakres niż wynikający z petitum odwołania, stwierdził, że i tak jest on bezzasadny. Uznał, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk jako spełniające łącznie warunki wynikające z tego przepisu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie odwołania.

W toku rozprawy strony i uczestnicy podtrzymali stanowiska.

### **Odwołanie o sygn. KIO 2121/14**

Odwołujący zauważył, że łączna cena brakujących według Zamawiającego modułów i kabla stanowi poniżej 1% wartości zamówienia. Stwierdził, że, oprócz wskazanych w odwołaniu, zachodzą przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Złożył dokumenty ze wskazaniem ceny brakującego kabla i cen modułów o wskazanych symbolach. Wskazał, jak w odwołaniu, iż na str. 8 oferty (formularz ofertowy) w poz. 5 przedstawił poprawny opis, zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w sąsiedniej kolumnie. Podtrzymał argumentację ze str. 3 do 6 odwołania. Potwierdził, że zaoferowany kabel ma wsparcie

producenta, zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Złożył wydruk korespondencji mailowej oraz ze strony internetowej producenta. Oświadczył, że nie ma ryzyka utraty gwarancji producenta. Odnośnie przełącznika typu 4 (str. 10 formularza ofertowego) zaoferował przełącznik zgodnie z wymogami. Stwierdza, że nie było konieczności powtórzenia wprost stwierdzenia z wymagań, iż zaoferowane porty są światłowodowe. Okoliczność tę potwierdza fakt, iż współpracują one z modułami HP. Wskazał na zmianę SIWZ dotyczącą opisu przełącznika typu 4, gdzie w wymogach w poz. 4 dodano treść w nawiasie, co nastąpiło w odpowiedzi na pytanie z 23 lipca 2014 r., czy konieczne jest dostarczenie wkładek do portów światłowodowych. Stwierdził, że z przedstawionych okoliczności faktycznych w odwołaniu można wywieść potrzebę zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3. SIWZ nie określała stopnia szczegółowości oferty, a w rzeczywistości nie ma realnych możliwości opisanie w ofercie wszystkich możliwych elementów sprzętowych. Zauważył, że złożył wymagane oświadczenie producenta stosownie do rozdz. V pkt 2 pkt 13 SIWZ. Stwierdził że par. 4 ust. 5 umowy wskazany przez Zamawiającego odsyła do zał. 1 i 10, a nie formularza cenowego. Zauważył, że argumenty Przystępującego Ventus, w tym złożona opinia odnoszą się wyłącznie do załącznika cenowego, a nie oferty jako całości, tj. z uwzględnieniem formularza ofertowego i poprawionymi omyłkami. Odnośnie cen modułu wskazanego w pismach Przystępującego stwierdza, że zapytuje się u innego dystrybutora z cenami tak jak w złożonych dokumentach. Stwierdził, że urządzenie zaprezentowane przez Przystępującego Asseco jest urządzeniem innym, niż zaoferowane przez niego.

Zamawiający zauważył, że zarzuty odwołania dotyczą naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, a nie pkt 3. Wskazał na par. 4 ust. 5 wzoru umowy dotyczący odbioru sprzętu zgodnie z zał. 1 i 10 do umowy, co wymaga prawidłowego określenia w tych załącznikach rodzajów i ilości oferowanych elementów. Wskazuje także na treść uwagi na końcu formularza ofertowego. Stwierdził, że wskazana przez Odwołującego treść odpowiedzi na pytanie potwierdza oczekiwany wymóg funkcjonalności, natomiast treść oferty tego wykonawcy nie zapewnia tego wymogu. Podtrzymał stanowisko, że nie miał podstaw do poprawienia stwierdzonych omyłek.

Przystępujący Ventus podtrzymał stanowisko wyrażone w złożonym piśmie. Podkreślił, że rzeczywista oferta zawarta jest na str. 12 do 14. Stwierdził, że na str. 8-10 oferty Odwołującego nie wskazano danych pozwalających na określenie wprost oferowanych elementów. Zauważa, że po zmianie SIWZ dla przełącznika 4 pozostał wymóg 2 portów światłowodowych. Na poparcie argumentacji złożył do akt opinię dr Zalewskiego, wyciąg z przewodnika po sprzęcie producenta Juniper i korespondencję mailową dotyczącą modułu ze str. 13 oferty Odwołującego. Stwierdził, że dokument złożony przez Zamawiającego dotyczący wsparcia producenta nie odnosi się do kabla z oferty Odwołującego.

Przystępujący Arcus wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że w ofercie nie było oczywistych omyłek podlegających poprawieniu i brak jest podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 przynajmniej w 2 przypadkach, tj. w odniesieniu do wsparcia producenta oraz portów światłowodowych. Zauważył, że Odwołujący zmierza do doprowadzenia do niedopuszczalnych negocjacji z Zamawiającym co do treści oferty. Podniósł brak dowodu na wsparcie producenta w odniesieniu do konkretnego, zaoferowanego sprzętu.

Przystępujący Asseco Poland wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił możliwy do zaoferowania przełącznik – typ 4. Stwierdził, że niezależnie od producenta wyposażenie przełącznika jest standardowe.

Stwierdził, że z opisu przełącznika 4 w ofercie Odwołującego wynika, iż brak jest portów światłowodowych SFP+ (transceiverów). Uznał, że zmiana SIWZ dotycząca funkcjonalności nie zmienia wymogu co do 2 portów światłowodowych. Ponadto uważa, iż w ofercie brak jest wskazania wsparcia producenta. Powyższe 2 braki powinny skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego.

Przystępujący Ventus stwierdził, że dla przełącznika typu 4 brak jest w ofercie modułu światłowodowego i wskazania producenta i modelu według wymogu SIWZ w uwadze na końcu tabel (jako element dodawany).

#### **Odwołanie o sygn. KIO 2129/14**

Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę jako jedną całość. Formularz ofertowy określa parametry oferowanego sprzętu w pkt 1 oraz ceny w formularzu ofertowym (str. 11 i 12) z treścią „2) za cenę”. Z treści wymogu wynika, że wycenie podlegał przełącznik jako całość (zestaw). Nie ma podstaw do kwestionowania zadeklarowanych parametrów, tych zresztą Zamawiający nie negocjował w toku badania ofert. W wyjaśnieniach z 22 września 2014 r. Odwołujący potwierdził spełnienie wymagań zgodnie z własnym opisem dokonany w kolumnie „charakterystyka”. Zauważył, że nie było wymogu określającego poziom szczegółowości w formularzu cenowym, stąd przyjęta metoda przez Odwołującego była prawidłowa. Przy odmiennym stanowisku Zamawiający powinien dokonać poprawienia omyłki poprzez wpisanie w formularzu cenowym opisów i elementów z pkt 1 oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3. Przypomniał, jako zarzut ewentualny, żądanie unieważnienia postępowania wobec naruszenia zasady konkurencyjności, na co wskazuje fakt odrzucenia przez Zamawiającego 4 spośród 6 złożonych ofert. Z tych samych powodów, tj. mniej szczegółowego wypełnienia formularzy cenowych niż jak to wynika z decyzji o wyniku postępowania, oczekiwał tego Zamawiający, a tego oczekiwania nie zwerbalizował.

Zauważył, że nieuprawnione jest domniemywanie przez Zamawiającego ewentualnych wad ofert bez ewentualnych wyjaśnień.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z argumentacją zawartą w odpowiedzi na odwołanie. Wskazał na treść części końcowej formularza cenowego:

**uwaga!** Wyposażenie – tj. model elementu dodawanego wraz z ilością, z czego wywodzi obowiązek spisania tych danych przez wykonawcę w formularzu. Stwierdził, że niemożliwe jest dokonanie poprawienia oferty według oczekiwań odwołującego, tj. z treści charakterystyki urządzeń przeniesienie informacji do formularza cenowego stwierdzając, że występują różne modele urządzeń różnych producentów o różnych cenach, występuje także ryzyko utraty gwarancji niezależnie od standaryzacji w tym obszarze. Opis w charakterystyce jest niewystarczający do prawidłowego uwzględnienia w formularzu. Stwierdził, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie sprecyzował wymaganych informacji, lecz podał charakterystyki takie jak w ofercie.

Przystępujący Ventus poparł stanowisko Zamawiającego oraz swoją argumentację przedstawioną w sprawie KIO 2121/14 jako odnoszącą się do analogicznego stanu faktycznego. Stwierdził, że charakterystyka urządzenia nie umożliwia identyfikacji konkretnego modelu, brak jest zatem możliwości i podstaw zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3.

Przystępujący Asseco stwierdził, że w części zawierającej charakterystykę brak jest wystarczających danych do określenia modelu elementu. Stwierdził, że wykonawca powtórzył tu jedynie wymogi SIWZ.

Przystępujący Infradata wskazując na treść charakterystyki stwierdził, iż fakt współpracy urządzenia z określonymi urządzeniami HP oznacza zaoferowanie wyposażenia w porty światłowodowe. Stwierdził, że w rozpatrywanym stanie faktycznym ma zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i Zamawiający powinien dokonać poprawienia oferty i doprowadzenia do jej zgodności z SIWZ. Zakwestionował twierdzenia o powielaniu treści SIWZ w ofercie i stwierdził, że wykonawca w charakterystyce opisał parametry oferowanego przełącznika.

Odwołujący podtrzymał stanowisko. Wskazał na treść wezwania Zamawiającego i złożonych wyjaśnień. Zauważył, że zaoferował kompletne zestawy zgodnie z wymaganiami za konkretną cenę, gwarantując wymaganą funkcjonalność urządzeń. Zauważył, że podanie nazwy modelu nie miało znaczenia, a ewentualnie w razie potrzeby Zamawiającego możliwe było uzupełnienie tej informacji w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3.

Przystępujący Ventus i Asseco przychyliłi się do stanowiska Zamawiającego.

### **Odwołanie o sygn. KIO 2139/14**

Odwołujący zauważył, że Zamawiający i Przystępujący po jego stronie w pismach przedstawili stanowisko odnoszące się wyłącznie do zarzutu zaniechania odtajnienia ofert. Zauważył, że zastrzeżenia tajemnicy dotyczyły tylko wyjaśnień wykonawców i zostały dokonane po terminie i z naruszeniem art. 8. Wykonawca Arcus w swoim odwołaniu cytował treść wyjaśnień uprzednio zastrzeżonych. Podkreślił brak przesłanek utajnienia zastrzeżonych treści, których znajomość mogłaby wpłynąć na prawidłową ocenę ofert konkurencyjnych i w efekcie doprowadzić do odmiennego wyniku postępowania. Stwierdził, że Zamawiający zadeklarował udostępnienie zastrzeżonych treści, a następnie odmówił ich ujawnienia. W dacie składania odwołania, tj. 13 października 2014 r. Odwołujący był przekonany, że dokumenty zostaną mu udostępnione.

Odnosnie oferty Ventus wskazał, iż w odpowiedzi na odwołanie wykonawca, jako argument za zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazał wybór elementów mających wpływ na wysokość ceny i konfigurację oferowanego sprzętu, natomiast, jak wynika z OPZ (str. 3), konfiguracja nastąpi w ramach realizacji zamówienia, a zatem nie ma znaczenia przy dostawie sprzętu w ramach oferty. W odniesieniu do oferty Ventus wnioskuje, iż wykonawca nie zaoferował portów światłowodowych, co wywodzi z ceny za typ przełącznika typ 4. Wskazuje na porównanie cen na str. 12 odwołania i stwierdza, że cena 10 532 zł jest nierealna. Przedstawił pisma dystrybutorów na poparcie tej tezy. Wskazał także na treść ostatniego zdania na str. 7 opinii złożonej przez wykonawcę Ventus, gdzie stwierdza się o możliwości przyłączenia światłowodów.

Odnosnie oferty Infradata wskazał, że dla przełącznika typ 3 w pkt 4 wskazano odmienne od wymaganych parametry, a także odmienne wymagane wsparcie dla protokołu... dotyczy to przełącznika 1 (w 2 miejscach).

W zakresie oferty Arcus wskazuje na kolejne niewymienione przez Zamawiającego niezgodności, tj. na str. 5 przełącznik nr 2 wymaganie wejście-wyjście zaoferowane niezgodnie z wymogiem.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wraz z uzasadnieniem jak w odpowiedzi na odwołanie zawierającej potwierdzenie zasadności zastrzeżenia informacji w ofercie Aventus. Stwierdził, że zastrzeżone informacje przez wykonawców Infradata i Arcus zostały odtajnione. W odniesieniu do przedstawionych przez Odwołującego dodatkowych przesłanek odrzucenia ofert firm Arcus i Infradata stwierdził, że nie mają one wpływu na wynik postępowania, w tym również wynik postępowania odwoławczego.

Przystępujący Ventus zauważył, że odwołanie dotyczy zastrzeżenia treści wyjaśnień jako tajemnicy, a nie treści oferty. Wykonawca może wnieść odwołanie dotyczące utajnionych informacji z terminem biegnącym od 20 października, tj. dnia omowy Zamawiającego udostępnienia. Podtrzymał stanowisko o zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał na stosowanie procedury, złożył do akt przykładowe oświadczenie pracownika i stosowane procedury dotyczące ochrony informacji (3 dokumenty). Wskazał na str. 21 oferty, gdzie ujął wymagane urządzenie, a także str. 6 pkt 5 tiret 3. Stwierdził, że złożona przez niego opinia potwierdza zgodność treści oferty z wymogami SIWZ.

Wobec wątpliwości zgłoszonych przez Odwołującego co do stanowiska Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów podniesionych względem ofert odrzuconych Zamawiający podtrzymał stanowisko co do oddalenia odwołania w całości.

Przystępujący Infradata podtrzymał twierdzenia o zgodności swojej oferty z SIWZ, także w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego Asseco, w tym co do wymogu wsparcia dla protokołu PVST (str. 5 oferty). Złożył pismo producenta o równoważności protokołu PVST (według wymagań Zamawiającego) z zaoferowanym protokołem VSTP. Oświadczył, że posiada wieloletnie doświadczenie w zakresie współdziałania i równoważności tych instrumentów protokołów.

Przystępujący Arcus podtrzymał stwierdzenie o zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarzuty dotyczące jego oferty ocenia jako niezasadne. Stwierdził, że w charakterystyce przełącznika nr 3 zadeklarował wszelkie wymagane parametry. Wskazał na brak dowodów na zasadność i przyczyny zastrzeżenia tajemnicy przez Ventus zauważając, że informacje zastrzeżone nie są techniczne, technologiczne lub organizacyjne. Wskazał, że dla różnych typów przełącznika wykonawca wskazuje wprost protokół PVST wskazywany jako równoważny.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść ofert odwołujących i uczestników, po przeanalizowaniu stanowisk przedstawionych na piśmie i do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

#### **Sygn. akt KIO 2121/14**

Skład orzekający uznaje za prawidłowe stanowisko zamawiającego zawarte w decyzji o wyniku postępowania. Odnośnie przełącznika typu 3 stwierdzonego braku w ofercie odwołującego nie można skorygować w trybie art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp jako oczywista

omyłka pisarska. W rzeczywistości taka korekta byłaby zmianą prowadzącą do istotnej zmiany treści oferty, co jest oczywiście niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1. Pomimo braku zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp należy stwierdzić brak przesłanek do zastosowania tego przepisu właśnie z powodu uznania, tak, jak w zdaniu poprzednim, iż nastąpiłaby istotna zmiana treści oferty.

W przypadku modułu Photonics SF SF-MM85055D-GPa wymagane było dostarczenie 4 sztuk wyspecyfikowanego modułu, a w formularzu cenowym na stronie 12 oferty wskazano 1 sztukę. Brak jest podstaw do przyjęcia, że nastąpiła omyłka pisarska w sytuacji jednoznacznego braku trzech sztuk.

Dwa kabla twinax 5 m były wyspecyfikowane w punkcie 1.5 tiret 1 i zostały zaoferowane przez odwołującego. Jednocześnie odwołujący nie zaoferował formularzu cenowym rozwiązania wymaganego w punkcie 1.5 tiret 4. Nie można tego uznać za omyłkę pisarską, ponieważ w pkt 1.5 tiret 4 zamawiający oczekiwał przedstawienia rozwiązania – kabel twinax lub kabel światłowodowy z dwoma modułami SFP+, a takie rozwiązanie nie zostało przedstawione przez odwołującego.

Podzielając stanowisko odwołującego, że treścią oferty jest zarówno opis i charakterystyka wymaganych elementów w formularzu ofertowym, jak i określenie modeli, ilości i cen w formularzu cenowym, należy stwierdzić, że w formularzu ofertowym określono wymaganą charakterystykę urządzeń, która dotyczyła pojedynczego przełącznika, a z opisu dokonywanego przez wykonawcę miało jednoznacznie wynikać, co wykonawca oferuje. Oferta odwołującego z uwagi na braki nie mogła zostać oceniona pod kątem jej technicznej przydatności, gdyż brak było informacji co do modeli oferowanych urządzeń. Zasadnie braki zostały uznane za niemożliwe do poprawy wobec braku możliwości wskazania w ofercie danych pozwalających na przyporządkowanie, a w konsekwencji wpisanie (zgodnie z wymaganiami zamawiającego), modelu-danych urządzeń, jakie zaoferował wykonawca.

Odnosnie przełącznika typu 4 uzasadnione jest ustalenie, iż zaoferowany przez wykonawcę element EX-UM-4X4SFP 1 szt. nie jest wyposażony w 2 szt. portów światłowodowych 10 Gb/s. Zaoferowany element umożliwia jedynie włożenie do niego modułów do obsługi portów światłowodowych.

Należy przy tym wskazać na wymóg, aby formularz ofertowy zawierał model oferowanego urządzenia wraz z wyposażeniem. Odwołujący przedstawił jako wyposażenie dla przełącznika typ 4 jedynie element EX-UM-4X4SFP, który wg oficjalnych stron producenta daje możliwość zastosowania elementów wyposażenia, między innymi portów światłowodowych wymaganych przez zamawiającego, Odwołujący tych portów nie zaoferował.



## **Sygn. akt KIO 2129/14**

Izba uznaje ustalenia zamawiającego za prawidłowe.

Odnosnie przełącznika typu 3 oferowany przełącznik (s. 12 oferty) nie zawiera elementów wymaganych zgodnie z opisem wymagań dla tego przełącznika w tabeli wiersz 1, ppkt 5 tiret 1, 2, 3 i 4. Brak jest w ofercie wymaganych modułów i kabli, a brak ten nie może być skorygowany i uzupełniony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Odnosnie przełącznika typu 4 stwierdzić należy, że, zaoferowany przez wykonawcę na str. 12 oferty element „AC Power supply 2 10 Gig SFP+ interface card 150 W AC Power Module” nie jest wyposażony w 2 szt. portów światłowodowych 10 GB. Zaoferowany element umożliwia jedynie włożenie do niego portów światłowodowych, a zamawiający zgodnie z zapisami załącznika nr 1 do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do siwz dla przełącznika typ 4 wymagał minimum 2 portów światłowodowych 10 GigabitEthernet. Portów takich wykonawca nie zaoferował i brak ten nie może być poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a niemożliwe jest domniemywanie konkretnego modelu urządzenia.

Zamawiający skonstruował formularz cenowy w taki sposób, że oprócz modelu i typu oferowanego przełącznika, wykonawcy zobowiązani byli również do wyspecyfikowania elementów jego wyposażenia. Pod tabelą w formularzu cenowym Zamawiający zawarł następujące wyjaśnienie: Uwaga! Wyposażenie - tj. model elementu dodawanego wraz z ilością. Wobec braku podania modeli urządzeń i ich ilości brak jest podstaw do wykonania żądania poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

W świetle powyższych ustaleń skład orzekający uznaje, że zamawiający odrzucając oferty odwołujących w sprawach sygn. akt KIO 2121/14 i KIO 2129/14 nie naruszył wskazanych w odwołaniach przepisów ustawy pzp, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

## **Sygn. akt 2139/14**

Skład orzekający dzieląc szeroką argumentację odwołania dotyczącą zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwierdza, że zastrzeżone w konkurencyjnych ofertach informacje uznane za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, w zakresie nie udostępnionym przez zamawiającego zostały zastrzeżone zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy pzp. Należy zauważyć, że dopuszczalne jest zastrzeżenie wyjaśnień do oferty w zakresie, w jakim odnoszą się one do treści zastrzeżonych w ofercie w terminie składania ofert.

Odnosnie zarzutów podniesionych wobec ofert złożonych przez Infradata i Arcus Izba stwierdza, że ich ewentualne uwzględnienie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania

dla tych podmiotów wobec rozstrzygnięcia w sprawach KIO 2121/14 i KIO 2129/14 o zasadności odrzucenia ofert tych wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....