

**WYROK**  
**z dnia 2 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Innergo Systems Sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie, ul. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., ul. Babińskiego 62A, 30-393 Kraków**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie, ul. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Innergo Systems Sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, ul. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków** na rzecz wykonawcy **Innergo Systems Sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę przełączników sieciowych - 25 szt.” (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 września 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 170-414844) przez Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków (dalej „zamawiający”) wykonawca Innergo Systems sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa (dalej „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż jej treść jest zgodna z treścią SIWZ,
2. ewentualnie, w przypadku uznania oferty odwołującego za niezgodną z SIWZ: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „ZSK”) pomimo, iż jego oferta jest niezgodna z SIWZ w zakresie tego samego wymagania, ze względu na które zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty odwołującego i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. ewentualnie: dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty ZSK i odrzucenie oferty ZSK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający w pkt 3 SIWZ określił szereg wymagań, jakie mają zostać spełnione przez dostarczane przełączniki, podając jednocześnie referencyjne modele możliwych do zaoferowania urządzeń: Extreme Networks X440-G2-48t-10GE4 i Extreme Networks X440-G2-24t-10GE4 (dostawie w ramach postępowania podlegały dwa typy przełączników).

Podał także, że wobec tak sformułowanego opisu przedmiotu zamówienia, wniesione zostało odwołanie wskazujące, w odniesieniu do którego zamawiający nie uznał zarzutów

odwołania, twierdząc iż na rynku dostępne są inne urządzenia spełniające wszystkie wymagania Opisu przedmiotu zamówienia i podając ich nazwy, m.in. Alcatel- Lucent OmniSwitch 6450.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ z dnia 27 września 2019 r., zamawiający potwierdził wprost złożone w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie, iż model przełącznika OmniSwitch 6450-24X oraz OmniSwitch 6450-48X producenta Alcatel-Lucent spełniają wymagania SIWZ.

Odwołujący podniósł, że opublikowanie przedmiotowej informacji w ramach wyjaśnień treści SIWZ należy potraktować jako wiążące zarówno dla wykonawców, jak i zamawiającego wskazanie urzędów referencyjnych spełniających wymagania zamawiającego, a tym samym zgodnych z SIWZ wobec czego wykonawca był uprawniony, działając w zaufaniu do opracowanej przez zamawiającego odpowiedzi, stanowiącej uzupełnienie treści SIWZ, zaoferowania referencyjnego modelu urządzenia jako spełniającego wymagania zamawiającego i nie podlegającego odrzuceniu. Uzupełnił, że taka interpretacja jest zgodna z przepisami ustawy i zasadami logiki, a nadto znajduje potwierdzenie w orzecznictwie.

Powołał się na następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

1. z 09.10.2018 r. KIO 1906/18 zgodnie z którym *„Izba uznała, że wobec wyraźnego wskazania przez Zamawiającego przykładowych modeli laptopów spełniających opis przedmiotu zamówienia w samej specyfikacji nie można dojść do wniosku, że oferta, w której zaoferowano taki model notebooka lub jego wyższą wersję podlega odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.”*,
2. z 18.07.2019 r. KIO 1289/19 zgodnie z którym: *„W ocenie Izby, wykonawca (Przystępujący) nie może ponosić konsekwencji błędów Zamawiającego popełnionych w sposób niezamierzony przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Nie sposób też doszukiwać się odpowiedzialności po stronie wykonawcy za to, że nie zauważył tych błędów przygotowując ofertę, z uwagi na fakt, że dokumentacja projektowa jest wykonywana przez profesjonalistów (projektów), a zatem należy przyjąć, że uzasadnione jest zaufanie wykonawcy w powyższym zakresie. Za błędy w dokumentacji projektowej w niniejszym postępowaniu odpowiada Zamawiający. (...). Niezależnie od tego zatem, czy oferta proponuje rozwiązanie referencyjne czy równoważne to zawsze w tym przypadku powieli błąd zawarty w dokumentacji projektowej Zamawiającego. Błąd ten dotyczy w takim samym stopniu wszystkich złożonych ofert, zatem należy przyjąć, że nie miał istotnego na porównywalność złożonych ofert.”*,
3. z 10.09.2018 r. KIO 1546/18, zgodnie z którym: *„Tym samym odpowiedź nr 8*

spowodowała, że procesor podany jako referencyjny przestał spełniać wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a sama specyfikacja (wliczając wyjaśnienia) stała się niespójna w istotnym zakresie. Izba podzieliła jednak stanowisko Zamawiającego, że niedopuszczalne jest, aby postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogły być skonstruowane tak, by stanowić tego typu pułapkę dla wykonawców, a tak istotna zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak wykluczenie z zakresu możliwych do zaoferowania procesora wskazywanego kilkakrotnie jako referencyjny, wymagająca literalnej zmiany postanowień opisu przedmiotu zamówienia, nie może zostać wprowadzona "mimoходом" i ukryta wśród licznych odpowiedzi Zamawiającego, lecz powinna być dokonana z zachowaniem rygorów art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako odrębna i oficjalna zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że - wobec wyraźnego wskazania przez Zamawiającego procesora Intel Xeon Silver 4110 jako wręcz "reprezentatywnego przykładu procesora spełniającego wymagania" - i to zarówno w samej specyfikacji, jak i odpowiedzi nr 1 z 11 maja 2018 r. - nie można dojść do wniosku, że oferta, w której zaoferowano taki procesor podlega odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia."

4. z 21.09.2009 r. KIO/UZP 1200/09 zgodnie z którym: „W pkt 6.9 siwz zamawiający wymagał w przypadku zaoferowania urządzeń równoważnych, załączenia do oferty karty katalogowej proponowanych urządzeń w języku polskim oraz kopii wymaganych prawem certyfikatów, aprobat i dopuszczeń, które będą podstawą do oceny przez zamawiającego równoważności oferty, przyjmując, iż w przedmiotowym postępowaniu jako podstawowe urządzenie zamawiający uznał kolektor Vitosol 100 F typ SV1. W odpowiedziach na pytania wykonawców w dniu 3 lipca 2009 r. i 8 lipca 2009 r. zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania kolektora Yitosol 200-F, jako spełniającego wymagania określone w siwz co do przedmiotu zamówienia. Konsorcjum Envirotech zaoferowało kolektor Yitosol 200-F typ SV2, tj. urządzenie, które spełnia wymagania specyfikacji, stosownie do wyjaśnień treści siwz dokonanej w odpowiedzi na pytania wykonawców. Powyższe wyjaśnienia stanowią bowiem integralną część specyfikacji. Ich istota jest uznanie, że kolektor Yitosol 200-F nie stanowi urządzenia równoważnego, tj. którego równoważność w stosunku do wymagań zamawiającego wykonawca jest zobowiązany wykazać. Powyższe urządzenie zostało zatem uznane wprost za spełniające wymagania, wobec czego, w przypadku zaoferowania ww. urządzenia, nie ma zastosowania przywołane przez odwołującego postanowienie specyfikacji, dotyczące obowiązku złożenia wskazanych dokumentów, potwierdzających spełnienie wymagań. W tym stanie rzeczy Izba

*uznała, że treść oferty Konsorcjum Envirotech odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w omawianym zakresie.”*

Odwołujący oświadczył, że kierując się opublikowaną 27.09.2019 r. odpowiedzią zamawiającego, zaoferował oba wskazane przełączniki, tj. Alcatel-Lucent OmniSwitch 6450-48X-Eu oraz Alcatel-Lucent OmniSwitch 6450-24X-EU, wobe czego twierdzenia zamawiającego, iż przełączniki te nie spełniają wymagania określonego w pkt 78 SIWZ są nieuprawnione.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że ponieważ urządzenia, które zaoferował zostały uznane, na etapie przed składaniem ofert, jako spełniające wymagania SIWZ, to zamawiający nie może obecnie twierdzić, iż którekolwiek z parametrów tych urządzeń nie spełniają parametrów minimalnych wymienionych w Opisie przedmiotu zamówienia lub spełniają je w inny sposób niż oczekiwany przez zamawiającego.

Odwołujący uzupełnił, że jakiegokolwiek niejasności czy niespójności pomiędzy listą parametrów minimalnych a właściwościami wskazanych w odpowiedzi z 27.09.2019 r. urządzeń, należy traktować jak wewnętrzne niespójności treści SIWZ opracowywanej przez zamawiającego, tj. nie mogą one być interpretowane na niekorzyść wykonawców i pociągać za sobą negatywnych skutków dla złożonej przez niego oferty, w szczególności stanowić podstawy jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył, że uznając iż wskazanie urządzenia referencyjnego należy odczytywać w taki sposób, iż parametry i funkcjonalności wskazanych modeli przełączników są zgodne z oczekiwaniami zamawiającego, zaoferował te właśnie urządzenia, a jednocześnie dobrał elementy towarzyszące i oprogramowanie w sposób zgodny z wymaganiami minimalnymi SIWZ, w tym zgodnie z wymaganiem określonym w pkt 78 (dla każdego z dwóch wymaganych typów przełącznika).

Wskazał, że zgodnie z potwierdzeniem producenta przełączników, zaoferowane przez niego rozwiązanie umożliwia uruchomienie oprogramowania wspierającego wymaganą w pkt 78 funkcjonalność w sposób opisany w OPZ, tj. obsługę Link Aggregation IEEE 802.3ad wraz z LACP - 128 grup po 8 portów, natomiast działanie tej funkcjonalności uzależnione jest od fizycznej ilości portów na urządzeniu lub w stosie urządzeń. Wyjaśnił, że model wskazany przez zamawiającego jako referencyjny w żadnej z jego wersji spełniającej pozostałe wymagania SIWZ nie posiada liczby portów równej 1024, która umożliwiałaby stworzenie 128 grup 8-portowych. Dodatkowo podał, że rodzina przełączników Alcatel-Lucent OmniSwitch 6450 posiada maksymalnie 52 porty per urządzenie lub 416 w stosie urządzeń.

Stwierdził, że w związku z powyższym uznał, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie

jest zgodne z wymaganiami SIWZ – od strony oprogramowania umożliwia ono wprost spełnienie wymagań zamawiającego, wspierając wymaganą funkcjonalność, zaś od strony hardware, wykonawca zaoferował wskazany przez zamawiającego referencyjny model przełącznika.

Uznał, że zaoferowane przez niego rozwiązanie jest zgodne z SIWZ, wskazując że nie przeczy temu treść złożonych wraz z ofertą dokumentów (karta katalogowa oferowanych urządzeń oraz Opis techniczny oferowanego sprzętu).

Stwierdził, że potwierdził spełnianie parametrów w taki sposób w jaki umożliwiało to zaoferowanie urządzenia wskazanego przez zamawiającego jako referencyjne, tzn. rozwiązanie posiada tę funkcjonalność, w praktyce ograniczoną fizyczną liczbą portów, jaką posiada wybrany przełącznik. Wyjaśnił, że ponieważ przełącznik referencyjny posiada sumarycznie 52 porty (48 portów 10/100/1000BASE-T oraz 4 porty SFP+) dla urządzenia OmniSwitch 6450-48X-Eu oraz 28 portów (24 portów 10/100/1000BASE-T oraz 4 porty SFP+) dla urządzenia OmniSwitch 6450-24X-Eu, możliwe jest skonfigurowanie 6 grup po 8 portów dla przełącznika OmniSwitch 6450-48X-Eu oraz 3 grup po 8 portów dla przełącznika OmniSwitch 6450-24X-Eu, co przy założeniu, że przełączniki pracują w stosie (pkt 7 SIWZ) oznacza możliwość utworzenia 50 grup po 8 portów dla przełączników OmniSwitch 6450-48X-EU oraz 26 grup po 8 portów dla przełączników OmniSwitch 6450-24X-EU.

Podniósł nadto, że taka interpretacja jest zgodna z oceną oferty ZSK, jakiej dokonał zamawiający – oferta została uznana za zgodną z SIWZ pomimo, iż zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenia również nie posiadają ilości portów wystarczającej w praktyce dla utworzenia 128 grup po 8 portów.

Odwołujący podał, że wykonawca ZSK zaoferował przełączniki Extreme Networks X440-G2-48t-10GE4 oraz Extreme Networks X440-G2-24t-10GE4 oraz, że z kart katalogowych tych urządzeń wynika, że mają one odpowiednio 52 i 28 portów, co daje możliwość utworzenia 6 grup po 8 portów dla przełącznika X440-G2-48t-10GE4 oraz 3 grup po 8 portów dla przełącznika X440-G2-24t-10GE4, co – uwzględniając przełączniki pracujące w stosie urządzenia Extreme – umożliwia utworzenie 52 grup po 8 portów dla przełącznika X440-G2-48t-10GE4 oraz 28 grup po 8 portów dla przełącznika X440-G2-24t-10GE4.

Stwierdził, iż okoliczności podniesione jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego, dotyczą w równym stopniu oferty złożonej przez ZSK, wobec czego wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zasada równego traktowania powinna w takiej sytuacji zobowiązywać zamawiającego do jednakowej oceny obu ofert jako złożonych prawidłowo lub też ewentualnie, do odrzucenia również oferty złożonej przez ZSK.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) – dokumentów wskazanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 25 listopada 2019 r., 2 oświadczeń Alcatel-Lucent z dnia 28 listopada 2019 r. i opisu konfiguracji przełączników OmniSwitch zaczerpniętego ze strony internetowej producenta Alcatel-Lucent, złożonych przez odwołującego, przewodnika po konfiguracji sieci Alcatel-Lucent złożonego przez przystępującego, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Potwierdzenie się zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego oznaczałoby, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego pomimo, iż jej treść jest zgodna z treścią SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 3 „Opis przedmiotu zamówienia” SIWZ ppkt 3.1. przedmiotem zamówienia jest dostawa 25 szt. przełączników sieciowych: 20 szt. przełączników nr 1 oraz 5 szt. przełączników nr 2 (odpowiednio str. 4 i 7 SIWZ).

Zgodnie z ww. ppkt 3.1. SIWZ pozycja 78 zamawiający, w odniesieniu do przełącznika nr 1 i nr 2 (odpowiednio str. 4 i 7 SIWZ), oczekiwał: „*Obsługa Link Aggregation IEEE 802.3ad wraz z LACP – 128 grup po 8 portów. Możliwość konfiguracji połączenia Link Aggregation z różnych przełączników w stosie.*”

Odpowiednio na str. 5 i 8 SIWZ zamawiający wskazał, jako przykładowe, następujące przełączniki: Extreme Networks X440-G2-48t-10GE4 (przełącznik nr 1) oraz Extreme Networks X440-G2-24t-10GE4.

Pismem z dnia 27 września 2019 r. zamawiający udzielił na pytanie: „Czy w związku z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, potwierdzają Państwo, że model przełącznika OmniSwitch 6450-24X oraz OmniSwitch 6450-48X producenta Alcatel-Lucent spełnia wymogi postawione w siwz ?” następującej odpowiedzi: „Tak, wskazany przez Zamawiającego model spełnia wymogi postawione w SIWZ.”

Zgodnie z „Informacją z otwarcia ofert” z dnia 7 października 2019 r. oraz pkt. 12 „Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego” (Druk ZP-PN) w postępowaniu wpłynęły 2 oferty – przystępującego (z ceną 319 627,80 zł) oraz odwołującego (z ceną 318 428,55 zł).

Przystępujący zaoferował przełącznik Extreme Networks x440-G2-48t-10GE4 (przełącznik nr 1) oraz Extreme Networks x440-G2-24t-10GE4 (przełącznik nr 2) – kolumna 3 („Producent, model”) tabeli na str. 1 Formularza oferty.

Odwołujący zaoferował przełącznik Alcatel-Lucent OmniSwitch 6450-48X (przełącznik nr 1) oraz Alcatel-Lucent OmniSwitch 6450-24X (przełącznik nr 2) – kolumna 3 („Producent, model”) tabeli na str. 1 Formularza oferty.

W złożonym wraz z Formularzem oferty „Opisie technicznym oferowanego sprzętu” w pozycji 4 „Funkcjonalność warstwy 2” tiret 9 odwołujący – w odniesieniu do przełącznika sieciowego nr 1 i nr 2 – podał: „802.3ad – Link Aggregation Control Protokół (LACP) – możliwość konfiguracji min. 32 grupy po 8 linków w grupie” (odpowiednio str. 1-2 oraz str. 6-7).

Pismem z dnia 8 listopada 2019 r. (pismo „Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”) zamawiający poinformował wykonawców o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniał odrzucenie oferty odwołującego w następujący sposób: „Zamawiający żądał w SIWZ w pkt. 78 w obu przypadkach aby wersja przełączników obsługiwała Link Agregation IEEE 802.3ad wraz z LACP – 128 grup po 8 portów. Wykonawca w ofercie zaproponował możliwość konfiguracji min. 32 grup po 8 linków w grupie.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W ocenie składu orzekającego Izby wskazaniu przez zamawiającego (pismo z dnia 27 września 2019 r.) przełącznika OmniSwitch 6450-24X oraz OmniSwitch 6450-48X producenta Alcatel-Lucent należy przypisać takie samo znaczenie jak wskazaniu przez

zamawiającego w SIWZ (odpowiednio str. 5 i 8 SIWZ) przełącznika Extreme Networks X440-G2-48t-10GE4 oraz Extreme Networks X440-G2-24t-10GE4, tj. wszystkie wskazane modele stanowią produkty przykładowe (produkty referencyjne) odpowiadające wymaganiom zamawiającego, czego konsekwencją musi być ocena, że zaoferowanie przez wykonawców tych modeli przełączników jest zgodne z SIWZ (w sytuacji, gdy wykonawca złożył wymagane przez zamawiającego dokumenty, w tym Opis techniczny oferowanego sprzętu).

Taka „kwalifikacja” przełączników OmniSwitch 6450-24X oraz OmniSwitch 6450-48X producenta Alcatel-Lucent, tj. jako spełniających wymagania SIWZ nie została zakwestionowana przez żadnego wykonawcę w drodze środków ochrony prawnej.

Podnieść w dalszej kolejności należy, że w treści odpowiedzi zamawiającego z dnia 27 września 2019 r. nie znalazły się jakiegokolwiek zastrzeżenia, które uzasadniałyby twierdzenie, że uznanie zaoferowania przełączników OmniSwitch 6450-24X oraz OmniSwitch 6450-48X producenta Alcatel-Lucent jako spełniających wymagania SIWZ nastąpi jedynie wówczas, gdy zostaną spełnione inne jeszcze wymagania w szczególności, że będą to przełączniki o budowie modularnej. Wskazania co do konkretnej budowy przełączników nie zawierała także treść zapytania.

Uzupełniająco dostrzec należy, że jakichkolwiek dodatkowych zastrzeżeń zamawiający nie poczynił, wskazując w SIWZ – po wyspecyfikowaniu wszystkich swoich oczekiwań co do obu rodzajów przełączników – przykładowe (referencyjne) modele przełączników producenta Extreme Networks.

Udzielona przez zamawiającego odpowiedź, co trafnie podnosił odwołujący (pkt 3 odwołania, str. 3) stała się wiążąco tak dla zamawiającego, jak i wykonawców, którzy, co także podnosił odwołujący (pkt 4 odwołania, str. 3) uprawnieni byli do działania w zaufaniu do czynności zamawiającego – uprawnieni do zaoferowania jako spełniających wymagania SIWZ wskazanych przez zamawiającego tak wprost w SIWZ, jak i „w ramach wyjaśnień” modeli przełączników.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego z rozprawy [*„(...) wykonawcy, którzy nie uzyskali takiego potwierdzenia co do urządzeń jakie chcą zaferować na etapie wyjaśniania treści specyfikacji byłiby w gorszej sytuacji”* – str. 7 Protokołu posiedzenia i rozprawy] skład orzekający Izby zauważa, że zamawiający nie został zapytany o inne modele przełączników niż producenta Alcatel-Lucent (tym samym nie odmówił „ich oceny” co do zgodności z wymaganiami SIWZ) stąd nie można zasadnie twierdzić, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Nie sposób także pominąć okoliczności, że brak jest sprzeczności w treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie pozycji 78 (co stanowiło uzasadnienie odrzucenie oferty odwołującego), ponieważ sformułowanie „*min. 32 grupy po 8 linków w grupie*” nie pozostaje w sprzeczności z „128 grup po 8 portów” skoro pierwsze oznaczać może zarówno 32 grupy po 8 linków w grupie, jak i 128 grup i więcej po 8 portów.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący w zgodzie z udzieloną przez zamawiającego odpowiedzią z 27 września 2019 r., a jednocześnie w sposób nie pozostający w sprzeczności z wymogiem z pozycji 78 SIWZ opisał oferowane przez siebie przełączniki.

To zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiedzialny jest za to, aby udzielane wyjaśnienia, odpowiedzi były spójne z postanowieniami SIWZ. W sytuacjach, gdy spójności takiej brak wykonawcy nie mogą być obarczani negatywnymi tego konsekwencjami (w szczególności w postaci odrzucenia ich ofert), ponieważ to na zamawiającym ciąży obowiązek opracowania treści SIWZ i udzielania wyjaśnień treści SIWZ (w ramach odpowiedzi na zapytania wykonawców).

Skład orzekający Izby uznał nadto, że zamawiający i przystępujący nie udowodnili, że *„istnieje możliwość zaoferowania przełączników OmniSwitch 6450 w konfiguracji wymaganej w SIWZ”* (str. 3 Odpowiedzi na odwołanie).

Skład orzekający Izby za wiarygodne uznał złożone przez odwołującego na rozprawie oświadczenia producenta Alcatel-Lucent z dnia 28 listopada 2019 r. (zaoferowane przez odwołującego modele nie występują w jakiegokolwiek wersji lub konfiguracji, która umożliwiłaby uzyskanie LACP w liczbie 128 grup po 8 portów, odmienne wnioski wynikające z informacji przedstawionych w podręczniku Alcatel – Lucent są nieprawidłowe, zaoferowane przez odwołującego przełączniki nie występują w wersji modularnej).

Zamawiający nie wskazał, na czym opiera swoje wątpliwości co do uprawnienia podpisania oświadczeń przez Pana K.S. Nie odniósł się do podnoszonej przez odwołującego kwestii, iż złożone na firmowym druku producenta oświadczenie osoby, której stanowisko wskazano to oświadczenie wiedzy, nie zaś oświadczenie woli wymagające wykazania uprawnienia do reprezentacji podmiotu zgodnie z dokumentami rejestrowymi. Nie kwestionował także wcześniejszego oświadczenia z dnia 11 sierpnia 2019 r. podpisanego przez tą samą osobę, które odwołujący się wykonawca załączył do pisma z dnia 13 listopada 2019 r. złożonego zamawiającemu po uzyskaniu informacji o odrzuceniu jego oferty (a przed złożeniem odwołania). Co więcej, do oświadczenia z dnia 11 sierpnia 2019 r. nawiązywał (nie kwestionując podpisu) sam zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie, prezentując swoje stanowisko (str. 4).

Nie można także pominąć, że zamawiający, który czerpał swoją wiedzę na temat oferowanych przez odwołującego przełączników z podręcznika producenta z kwietnia 2019 roku (abstrahując nawet od tego, czy prawidłowo odczytywał informacje tam zawarte) takiego sposobu weryfikacji oferty wykonawcy nie przewidział w SIWZ. Uzasadnia to twierdzenie, aby tak pozyskane informacje „skonfrontować” z informacjami wykonawcy w ramach wyjaśnienia treści oferty (na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), czy wprost u producenta, czego zamawiający nie uczynił.

Uwzględniając złożenie przez odwołującego oczekiwanego przez zamawiającego Opisu technicznego oferowanych przełączników, który nie pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ w szczególności w zakresie zakwestionowanej przez zamawiającego pozycji 78 oraz wskazanie przez zamawiającego jako modeli referencyjnych modeli przełączników zaoferowanych przez odwołującego (przy braku zastrzeżeń w szczególności co do ich budowy), skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, który zaoferował wskazane przez zamawiającego modele referencyjne.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego pomimo, iż jego oferta jest niezgodna z SIWZ w zakresie tego samego wymagania, ze względu na które zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut został postawiony jako ewentualny, tj. odwołujący oczekiwał jego rozpoznania w przypadku uznania oferty odwołującego za niezgodną z SIWZ.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że treść oferty odwołującego nie jest sprzeczna z treścią SIWZ, zarzut nie został rozpoznany.

Skład orzekający Izby pominął w konsekwencji dowody złożone przez odwołującego i przystępującego odnoszące się do tego zarzutu.

Biorąc pod uwagę potwierdzenie się zarzutu odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....