

WYROK

z dnia 26 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **22 lutego 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **9 lutego 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wojskowe Zakłady Łączności Nr 2 S.A. z siedzibą w Czernicy, KenBIT Koenig i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Warszawie, PIT-RADWAR S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa Węzłów Teleinformatycznych w wersji kontenerowej i Węzłów Teleinformatycznych w wersji przenośnej (WTI)* [nr postępowania IU/66/V-18/ZO/NZO/DOS/Z/2015]

prowadzonym przez zamawiającego: **Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TELDAT sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Bydgoszczy oraz SILTEC sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Wojskowe Zakłady Łączności Nr 2 S.A. z siedzibą w Czernicy, KenBIT Koenig i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Warszawie, PIT-RADWAR S.A. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa Węzłów Teleinformatycznych w wersji kontenerowej i Węzłów Teleinformatycznych w wersji przenośnej (WTI)* [nr postępowania IU/66/V-18/ZO/NZO/DOS/Z/2015]

Ogłoszenie o tym zamówieniu 16 czerwca 2015 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2015/S_114 pod poz. 206709.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 stycznia 2018 r. Odwołujący – Wojskowe Zakłady Łączności Nr 2 S.A. z siedzibą w Czernicy, KenBIT Koenig i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Warszawie, PIT-RADWAR S.A. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia {dalej również: „Konsorcjum WZŁ nr 2”} – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia jego oferty wstępnej oraz zaniechania zaproszenia do negocjacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 – przez nieprawidłową ocenę oferty wstępnej Odwołującego i odrzucenie tej oferty wstępnej, pomimo że spełnia ona wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z”}.
2. Art. 58 ust. 1 – przez błędne przyjęcie, że oferta wstępna Odwołującego podlega odrzuceniu i niezaproszenie Odwołującego do negocjacji.
3. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie oceny ofert wstępnych z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez rozszerzenie wymagań SIWZ na etapie badania i oceny ofert.
4. Art. 57 ust. 2 – przez zaniechanie kompleksowej oceny oferty wstępnej Odwołującego oraz – z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów
5. Art 26 ust. 3 – przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający uznał, że dokumenty złożone na potwierdzenie spełniania przez oferowaną dostawę jego wymagań zawierają braki.
6. Art. 26 ust 4 – przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający uznał, że treść

dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania przez oferowaną dostawę jego wymagań budzi wątpliwości.

7. Art 87 ust. 1 – przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający uznał, że treść oferty wstępnej budzi jego wątpliwości,
8. Art. 7 ust 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień lub złożenia uzupełnień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Zaproszenia Odwołującego do negocjacji.

oraz – z ostrożności procesowej – wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia zarzutów z pkt 1-4 listy zarzutów

3. Wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 pzp do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowaną dostawę wymagań Zamawiającego, a gdyby zdaniem Zamawiającego było to niewystarczające, wezwania Odwołującego w trybie art 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia tych dokumentów.
4. Ewentualnie wezwania do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 pzp, w przypadku gdyby Zamawiający uznał, że treść oferty wstępnej Odwołującego budzi wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podniesienie następujących okoliczności prawnych i faktycznych w uzasadnieniu odwołania.

{ad pkt 1-4 listy zarzutów – rozważania prawne}

Zdaniem Odwołującego dla rozstrzygnięcia odwołania istotne znaczenie mają:

- 1) tryb, w którym prowadzonej jest postępowanie (negocjacje z ogłoszeniem);
- 2) etap postępowania, na którym zastosowano przesłankę art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp (przed negocjacjami, badanie oferty wstępnej);
- 3) treść SIWZ i dokumentów stanowiących załączniki do SIWZ;
- 4) charakter dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą wstępną;
- 5) sposób sporządzenia oferty wstępnej określony przez Zamawiającego w SIWZ;
- 6) niekonsekwentne i niezgodne z treścią SIWZ działanie Zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert.

ad 1)-3)

Z uwagi na specyfikę postępowania prowadzonego w tym trybie Zamawiający zawarł

w dokumentacji szereg postanowień wskazujących na zakres obligatoryjnych i niewiązanych, będących przedmiotem negocjacji wymagań (Odwołujący zastrzegł, że Zamawiający nie uczynił tego konsekwentnie).

W sekcji XVIII pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że podczas negocjacji omawiane będą: zakres przedmiotu zamówienia, sposób jego realizacji oraz Istotne postanowienia umowy. Dodatkowo powołał się na załącznik nr 7 do SIWZ wskazujący obszary podlegające negocjacom oraz zastrzegł sobie możliwość rozszerzenia zakresu negocjacji przed przekazaniem zaproszenia do negocjacji. Opis przedmiotu zamówienia został nazwany „Wstępnymi założeniami...”.

11 sierpnia 2017 r. Zamawiający zmodyfikował SIWZ m.in. przez nadanie pkt 1 sekcji XVIII SIWZ następującego brzmienia: *Zamawiający zaprosi do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5 i 8 ustawy Pzp. Niespełnienie wymagań obligatoryjnych określonych w załączniku nr 1 do oferty wstępnej pn. ...Tabela zgodności z wymaganiami WZTT Węzłów Teleinformatycznych w wersji kontenerowej i Węzłów Teleinformatycznych w wersji przenośnej (WTI) będzie skutkować odrzuceniem oferty wstępnej. Pozostałe wymagania będą podlegać negocjacom.*

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienie ma kluczowy charakter dla oceny prawidłowości złożenia oferty wstępnej, gdyż jedynie niezgodność w zakresie wymagań oznaczonych jako obligatoryjne w Tabeli zgodności może skutkować odrzuceniem oferty.

Tabela zgodności w brzmieniu zaktualizowanym w sierpniu 2017 r. zawiera 37 wymagania (z ponad 200) oznaczone jako obligatoryjne. Ta elastyczność Zamawiającego, jak się wydaje Odwołującemu, wynika z faktu, że Zamawiający nie miał w momencie tworzenia dokumentacji sprecyzowanych oczekiwań w zakresie dostawy lub zamiarem Zamawiającego było pozostawienie maksymalnie dużej swobody wykonawcom w zakresie zaproponowania rozwiązania sprzętowego i funkcjonalnego. Objęcie większości wymagań kategorią nieobligatoryjnych wynika zapewne również z tego, że z uwagi na liczbę wymagań pojawiają się wymagania sprzeczne tj. takie, które nie mogą być spełnione jednocześnie przez jeden istniejący sprzęt. Z uwagi na specyfikę dostawy Zamawiający dopuszcza również zastosowanie rozwiązań dedykowanych, przygotowanych specjalnie dla tego przedmiotu zamówienia.

W odpowiedziach na pytania do SIWZ Zamawiający zaznaczał, że również pewne elementy obligatoryjne będą przedmiotem negocjacji i mogą ulec zmianie na etapie negocjacji. Przykładowo:

Pytanie nr 16 i 17

Zgodnie z pkt 6.1.25. WTI w wersji przenośnej powinien być przystosowany do

przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli ZASTRZEŻONE włącznie. 2 kolei pkt 12.2. wskazuje, że WTI w wersji kontenerowej i przenośnej powinien być przystosowany do przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli TAJNE włącznie. Prosimy o jednoznaczne określenie klauzul dla obydwu wersji WTI.

Odpowiedź z 11 sierpnia 2017 r.: Treść wymagania pozostaje bez zmian. Przedmiotowa kwestia będzie przedmiotem negocjacji.

Pytanie nr 18

Dotyczy 6.1.25, 12.2,12.4. Proszę o sprecyzowanie czy wszystkie urządzenia z tabeli nr 3 wymienione w ppkt. 12.2 mają w spełniać wymagania technicznego poziomu zabezpieczenia urządzenia TPZU-2 bez względu na ich wersję (kontenerowa, przenośna, urządzenie szkolno- treningowe)?

Odpowiedź z 11 sierpnia 2017 r.: Treść wymagania pozostaje bez zmian. Przedmiotowa kwestia będzie przedmiotem negocjacji.

Dodatkowo 11 sierpnia 2017 r. Zamawiający zaznaczył, że przedmiotem negocjacji będą jeszcze dodatkowe kwestie realizacji zamówienia, które powinny być brane pod uwagę w trakcie przygotowania ofert, ale co do których na obecnym etapie Zamawiający nie wykreował konkretnych, ostatecznie wiążących wymagań (vide str. 70 pisma z 11 sierpnia 2017 r.). W tym samym piśmie Zamawiający zaznacza, że w związku ze złożonymi pytaniami wykonawców do opisu przedmiotu zamówienia oraz istotnych postanowień umowy, Zamawiający działając zgodnie z art. 38 ust. 2 w związku z art. 58 ust 2 ustawy Pzp informuje, że przedstawione w pytaniach kwestie będą przedmiotem negocjacji mających na celu doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia (...)"

ad 4)

Zamawiający w SIWZ wyraźnie również określił sposób sporządzenia oferty wstępnej:

- na wzorze zgodnym w zakresie treści z formularzem przygotowanym przez niego;
- wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zaoferowana dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego (określonych w sekcji VII SIWZ)..

W sekcji VII SIWZ Zamawiający zażądał następujących dokumentów:

- 1) zaświadczenia [lub dokumentu równoważnego] niezależnego podmiotu poświadczającego zgodność działań wykonawcy z publikacją AQAP 2110 [lub publikacją równoważną, przy czym udowodnienie tej równoważności leży po stronie wykonawcy);
- 2) opisu oferowanego WTI potwierdzający spełnienie wszystkich wymagań określonych w WZTT stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ, sporządzony zgodnie z treścią załącznika nr 1 do Formularza oferty wstępnej stanowiących załącznik nr 5 do SIWZ – tj. Tabelą zgodności;

- 3) wydruków z prezentacji oferowanego WTI w formie rysunków lub fotografii/wizualizacji w elektronicznej wersji w standardowych formatach graficznych pozwalających na ich odtworzenie na komputerach klasy PC z systemem operacyjnym MS Windows 7/8/10 bez konieczności użycia specjalistycznych narzędzi graficznych.

Odwołujący podniósł, że w ten sposób w SIWZ Zamawiający przesądził charakter powyższych dokumentów jako przedmiotowych w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, czyli z mocy prawa nie stanowią one treści oferty i mają charakter uzupełniający. Co Zamawiający potwierdził w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty, gdzie zastrzegł, że odstąpił od wezwania do uzupełnienia części tych dokumentów (tj. wydruków z prezentacji) oraz złożenia wyjaśnień w zakresie innych obligatoryjnych wymagań z uwagi na brzmienie art. 26 ust. 3 pzp.

ad 5)

Zamawiający w wierszu instrukcji wypełnienia tabeli określił, podając przykładowo, opisowe przedstawienie funkcjonalności lub wskazanie urządzeń wraz z ich typem, producentem, parametrami technicznymi itp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie doprecyzował zakresu wymaganych informacji, pozostawiając wykonawcom wybór co do sposobu opisanie spełnienia wymagania, prezentacji, a nawet zakresu podanych informacji.

Obok kolumny „Propozycja wykonawcy” w Tabeli zgodności znajduje się kolumna „Deklaracja spełnienia wymagania WZTT”. Zgodnie z instrukcją wypełnienia tabeli w kolumnie tej wykonawca miał złożyć deklarację odnośnie oferowanej przez niego dostawy wpisując: „spełnia/ nie spełnia”. Postanowienie sekcji XII pkt 2 SIWZ: *Zamawiający dokona badania i oceny złożonej oferty wstępnej mając na uwadze zgodność jej treści z treścią SIWZ. Oferty wstępne zostaną ocenione wg. zasady „spełnia”, „nie spełnia” i podlegają odrzuceniu zgodnie z zapisami art. 89 ust.1 pkt 1-3, 5 i 8 ustawy mającymi zastosowanie dla ofert wstępnych.*

Zdaniem Odwołującego weryfikacji na zasadzie „spełnia / nie spełnia” miała służyć właśnie zawarta w Tabeli zgodności kolumna „Deklaracja spełnienia wymagania WZTT”.

ad 6)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że na etapie badania i oceny ofert stawia dodatkowe w stosunku do opisanych w SIWZ wymagania odnośnie wypełnienia Tabeli zgodności, zarówno w sferze formalnej, czyli sposobu prezentacji informacji, jak i merytorycznej, czyli zakresu informacji. Odwołujący domyśla się, że za pożądany wzór Zamawiający przyjął ofertę wstępną złożoną przez jedyne dopuszczonego do etapu

negocjacji wykonawcy – konsorcjum TELDAT sp. z o.o. sp. k oraz SILTEC sp. z o.o. {dalej również: „Konsorcjum Teldat”}. Odwołujący podniósł, że niezaoferowanie rozwiązań analogicznych do przedstawionych przez konkurencyjną nie oznacza niezgodności oferty ze specyfikacją (uwzględniając powyżej zaprezentowane uwarunkowania).

{ad pkt 1-4 listy zarzutów – zarzuty dotyczące podstaw faktycznych odrzucenia}

{1) – wymaganie z pkt 6.1.4}

Zamawiający stwierdził niedokonanie opisowego przedstawienia funkcjonalności oferowanego zestawu urządzeń WTI w wersji kontenerowej oraz przenośnej lub wskazania zastosowanych urządzeń wraz z ich typem, producentem, parametrami technicznymi.

Wykaz urządzeń, o którym mowa (oraz ich specyfikacja), został umieszczony w ofercie wstępnej od pkt 6.1.4 (deklaracja wykonawcy o spełnieniu wymagania), przez zaprezentowanie funkcjonalności wraz z wyposażeniem (pkt 6.1.5-6.1.31), minimalnego ukompletowania (pkt 6.2.1), platformy nośnej (6.2.2.1-6.2.2.2), zasilania (pkt 6.2.2.3) aż do wyszczególnienia sprzętu informatycznego i oprogramowania (od pkt 6.2.2.4 do 6.2.2.30).. Dodatkowo uwzględniono opisowo wszystkie wymagania określone od pkt 6.2.2.31.

W propozycji wykonania (załącznik nr 2) w pkt 5.1 Węzeł teleinformatyczny jako punkty GPD (6.1.4) zostało wprost przedstawione opisowo, że: przez GPD należy rozumieć infrastrukturę opartą o serwery, przełączniki, routery sieci szkieletowej itp. Przedstawiono schemat organizacyjny takich usług, gdzie uwzględniono przełącznik, serwer, bramę radiową WiFi, serwer poczty, serwer plików, zaporę sieciową, serwer komunikacyjny, macierz. Sposób połączenia poszczególnych elementów określono w pkt 5.89 i 5.90 (str. 326 i 327).

{2) –wymaganie z pkt 6.1.10}

Zamawiający stwierdził brak wskazania w Tabeli zgodności w pkt 6.1.10 konkretnego typu zastosowanych urządzeń lub złącz.

Odwołujący zarzucił, że oczekiwanie Zamawiającego jest nieuprawnione w sytuacji, gdy alternatywnie dopuścił opis funkcjonalny, który został zawarty w ofercie wstępnej Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że wybór opisu funkcjonalnego podyktowany był w szczególności wielością istniejących rozwiązań i uznaniem, że decyzja o zastosowaniu konkretnego będzie podejmowana po doprecyzowaniu SIWZ w trakcie negocjacji, z uwagi na braki w SIWZ lub autorski charakter rozwiązania.

Odwołujący w Tabeli zgodności wskazał również konkretny typ, nazwę i model urządzenia w pkt od 6.2.2 A do 6.2.2.22 (lista urządzeń, począwszy od 6.2.2.4 – serwer, a kończąc na 6.2.2.22 – monitor LCD).

Dla Odwołującego niezrozumiałym jest również zarzut braku rysunku „tablicy przyłączeniowej dla obu wersji WTI”, gdyż konieczność zamieszczenia w ofercie tego rodzaju informacji pojawiła się na etapie oceny oferty.

Odwołujący stwierdził, że typy złącz, na których brak wskazuje Zamawiający, zostały wyspecyfikowane i opisane w punkcie 6.2.2.36 Tabeli zgodności (str. 106-107 oferty wstępnej) i są one właściwe dla obu wersji WTI.

Zdaniem Odwołującego Zamawiającego bezpodstawnie stwierdził niewykazanie wymaganego w wymaganiu 6.3.1.2 WZTT protokołu DHCP IPv6, gdyż w Tabeli zgodności dla wymagania 6.1.10 wskazano na protokół DHCP, którego specyfikacja obejmuje wersję IPv4 oraz IPv6, a nie tylko protokół IPv6. Ponadto specyfikacja protokołów wraz z normami została podana w opisach wymagań od 6.3.2.1 do 6.3.2.23.

{3} – wymaganie z pkt 6.1.11}

W pkt 6.1.11 WZTT Zamawiający postawił wymóg: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej oraz Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej powinny posiadać możliwość zasilania ze stacjonarnych lub połowych Unii elektroenergetycznych.*

W opisie spełnienia powyższego wymagania Odwołujący określił modele standardowych złącz elektroenergetycznych, w które zostaną wyposażone WTI w wersji kontenerowej i w wersji przenośnej, spełniających wymagania Sił Zbrojnych RP oraz pozwalających na podłączenie powszechnie stosowanymi przewodami do przyłączy elektrycznych wykonanych zgodnie z polskimi i europejskimi normami (str. 16 oferty wstępnej). W załączniku „Propozycja wykonania WTI” w pkt 8 Opis kontenera opisano moc i typ stosowanego zespołu prądowórczego oraz przedstawiono ogólny opis systemu zasilania. Dodatkowo w sposób szeroki opisano wymaganie 6.1.14, do którego wymóg 6.1.11 się odwołuje,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że formułuje dodatkowe wymagania, stwierdzając, że Tabela zgodności nie zawiera informacji o sposobie zasilania, typie zespołu prądowórczego i brak jest rysunku tablicy zasilania. Ponieważ powyższe wymaganie nie precyzuje ani zakresu oczekiwanych informacji, ani formy (opis/rysunek) ich prezentacji, braków wskazanych przez Zamawiającego nie można uznać za niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że ponieważ jest producentem zespołów

prądotwórczych i elementów składowych systemu zasilania, każdorazowo są one dopasowane do wymagań konkretnego zamówienia. Nie korzysta w tym zakresie z rozwiązań rynkowych, dla których mógłby podać konkretny model lub typ.

{4) – wymaganie z pkt 6.1.14}

Zamawiający w pkt 6.1.14 WZTT wymagał: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej powinien być przystosowany do przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli TAJNE włącznie oraz zapewnić budowę minimum dwóch sieci niejawnych o różnych klauzulach, do poziomu TAJNE włącznie, z zastrzeżeniem, że nie przewiduje się wymiany informacji niejawnych pomiędzy sieciami o różnych klauzulach.*

Odwołujący w Tabeli zgodności potwierdził spełnienie wymagania oraz opisowo przedstawił wymaganą funkcjonalność (str. 20-22 oferty wstępnej), co czyniło zadość wymaganiom Zamawiającego.

Zamawiający kwestionuje zgodność oferty wstępnej z postanowieniami SIWZ wskazując na:

- a) brak konkretnego rozwiązania popartego prezentacją wyposażenia, co stoi w sprzeczności z możliwością przedstawienia opisowego funkcjonalności bez wskazania konkretnych urządzeń,
- b) brak wizualizacji rozwiązań konstrukcyjnych kontenera pod kątem zabezpieczenia ochrony fizycznej – pomimo że w SIWZ nie było takiego wymagania, przedstawienia wizualizacji kontenera pod kątem ochrony fizycznej,
- c) niespełnianie przez urządzenie IP Crypto parametru wydajności 1000 Mbps – podczas gdy parametr ten został zawarty w wymaganiu 6.2.2.9, które według Tabeli zgodności nie ma charakteru obligatoryjnego, stąd nie może skutkować odrzuceniem oferty (vide: sekcja XVIII ust. 1 SIWZ).

Odwołujący wyjaśnił, że dobór urządzeń zależał od kompleksowej analizy wymagań SIWZ. W przypadku doboru urządzenia kryptograficznego należało bazować na produktach, które posiadają ważny certyfikat ochrony kryptograficznej do klauzuli narodowej TAJNE (bazując na dokumencie: Wykaz Certyfikatów Typu wydanych przez SKW. Wydanie z dnia 27 października 2017 r.). Na tej liście jest jedno urządzenie (prod. WİŁ) zapewniające ochronę danych do wymienionego poziomu, jednak nie umożliwia ono transmisji danych z teoretyczną przepustowością 1000 Mb/s. Jednym z takich urządzeń szyfrujących jest TCE 621/C (prod. Thales Norway), które zapewnia ochronę danych do klauzuli NATO Secret, zatem nie może być stosowane do ochrony danych narodowych o klauzuli TAJNE. Co prawda Zamawiający (Gestor) może na etapie akredytacji systemu dopuścić rozwiązanie

zabezpieczenia danych narodowych przy pomocy kryptografii sojuszniczej, jednak Odwołujący w chwili sporządzania oferty wstępnej nie miał i nadal nie ma takiej wiedzy. W związku z tym zaproponowano urządzenie zalecane przez SKW. Jednocześnie Odwołujący zapewnia pełną kompatybilność infrastruktury teleinformatycznej obiektu ze sprzętem klasy IP Crypto w technologii NINE, które będzie wykorzystywana w systemach sojusznicy jak i narodowych, co wynika z przyjętych zobowiązań RP w ramach NATO.

d) brak uwzględnienia wymagania PTZU- 2 – pomimo że wskazane urządzenia: telefon IP, przełącznik dostępowy-switch, router szkieletowy (zgodnie z wymaganiem 12.2) będą spełniały wymagania TPZU-2, co zostanie potwierdzone odpowiednimi badaniami.

e) brak rozmieszczenia zastosowanych urządzeń we wnętrzu w pełni wyposażonego i oferowanego WTI – podczas gdy wizualizacja kontenera i rozmieszczenia w nim sprzętu została zamieszczona w załączniku nr 7 do oferty wstępnej.

{5} – wymaganie z pkt 6.1.25}

Wymaganie Zamawiającego z pkt 6.1.25: *Węzeł teleinformatyczny w wersji przenośnej powinien być przystosowany do przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli ZASTRZEŻONE włącznie oraz zapewnić budowę jednej sieci niejawnej do poziomu ZASTRZEŻONE włącznie.*

Odwołujący potwierdził spełnienie wymogu w Tabeli zgodności oraz opisowo przedstawił wymaganą funkcjonalność (str. 38 oferty wstępnej).

Zamawiający uznał, że zaoferowana przez Odwołującego dostawa nie jest zgodna z SIWZ ponieważ:

- a) zaproponowane przez Odwołującego urządzenie IP-Krypto nie spełnia wymagań na poziomie wydajności 1000 Mbps – podczas gdy nie było wymagane obligatoryjnie;
- b) zaproponowane rozwiązanie/urządzenie uniemożliwi dołączenie WTI do eksploatowanej w resorcie obrony Narodowej sieci MILNET-Z – podczas gdy WZTT nie formułują tego rodzaju wymagania, zostało ono wyartykułowane przez Zamawiającego dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego. Co istotne sieć MIILNET-Z jest siecią niejawną, więc bez opisanie w sposób szczegółowy wymagań tej sieci Odwołujący nie miał możliwości zaproponowania konkretnych rozwiązań uwzględniających takie wymaganie.

Odwołujący dodał, że Zamawiający nie tylko nie opisał wymagania z pkt 6.1.25 jednoznacznie, ale nawet uchylał się od odpowiedzi na pytania lub prośby wykonawców o jednoznaczne określenie wymogów WZTT m.in. w tym w zakresie, stwierdzając jedynie, że nie będzie doprecyzował postanowień SIWZ, gdyż *Przedmiotowa kwestia będzie*

przedmiotem negocjacji [vide cytowane powyżej pyt 16-18 z dnia 11.08.2017 r.].

Odwołujący podsumował, że ma niezgodności treści oferty z SIWZ, skoro specyfikacja w świetle wyjaśnień Zamawiającego była nieprecyzyjna, a wymóg nie miał wiążącego charakteru.

{6} – wymaganie z pkt 6.1.26}

W pkt 6.1.26 WZTT określono następujące wymaganie: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej powinien umożliwiać podłączenia minimum jednej sieci zewnętrznej o klauzuli zastrzeżone.*

Odwołujący na str. 39 oferty wstępnej potwierdził spełnienie wymagania oraz opisał funkcjonalność poprzez wyjaśnienie, że router BLACK będzie umożliwiał podłączenie, co najmniej jednej sieci niejawniej o klauzuli zastrzeżone. Dodatkowo Odwołujący powołał się na rysunek zawarty w wymaganiu 6.1.25.

Zamawiający uznał, że opis ten nie potwierdza spełnienia wymagań SIWZ, powielając argumentację dot. odrzucenia wskazaną w pkt 6.1.25.

Odwołujący wywiódł, że skoro Zamawiający nie kwestionuje samego sposobu podłączenia sieci zewnętrznej (szczegółowego rozwiązania opisanego w ofercie wstępnej), co stanowi wymóg pkt 6.1.26, nie ma niezgodności z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że wobec tego aktualna jest jego argumentacja podniesiona odnośnie wymagania z pkt 6.1.25.

{7} – wymaganie z pkt 12.2}

W pkt 12.2 Zamawiający postawił wymóg: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej powinien być przystosowany do przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli TAJNE włącznie poprzez spełnienie minimum następujących warunków:*

- *certyfiakat ochrony elektromagnetycznej na spełnienie wymagań normy N0-06-A201:2009 dla klasy B1.*
- *ochrona fizyczna zgodnie z punktem 6.10.2',*
- *ZOBT-500A dla poziomu TPZU - 2 (odpowiednik NATO SDIP-27 Level B) dla urządzeń wskazanych w tabeli nr 3 w pozycjach 2,9,11,12,14,18."*

Odwołujący przedstawił opisowo funkcjonalności dot. certyfikatu oraz ZOBT na str. 272 oferty (pkt.12.2 tabeli zgodności) oraz na str. 17 opis ochrony fizycznej (pkt. 6.10.2), w zakresie wymagań tego punktu opis jest wyczerpujący, w szczególności określono wymagane normami/zaleceniami odległości między urządzeniami RED i BLACK.

A zabezpieczenia fizyczne szczegółowo opisane w pkt 6.10.2.

Odwołujący podkreślił, że ponieważ wymagania z pkt 6.10 według Tabeli zgodności nie mają charakteru obligatoryjnego w świetle postanowień Tabeli zgodności, za bezzasadny należy uznać zarzut braku odniesienia do wymagania ochrony fizycznej. Ponadto w świetle odpowiedzi na pytanie nr 18 z 11 sierpnia 2018 r. trudno uznać, że wymóg zawarty w pkt 12.2 ma charakter wiążący

A ponieważ z Tabeli zgodności nie sprecyzowano obowiązku dokonania opisu lub wizualizacji zastosowanych rozwiązań pod kątem zabezpieczenia ochrony fizycznej, ich brak w ofercie nie może być podstawą odrzucenia. Zarzuty Zamawiającego dotyczą braku schematu blokowego, który nie jest przedmiotem wymagań powyższego punktu i został zamieszczony na stronie 274 ofert wstępnej, a wewnątrz kontenera przedstawione jest w załączniku 7 na stronie 335 oferty.

{8) – wymaganie wskazane w pkt 12.3}

W pkt 12.3 ZWTT postawiono wymaganie: *Budowa węzła Teleinformatycznego w wersji kontenerowej powinna zapewnić możliwość rozwinięcia i jednocześnie pracy co najmniej dwóch sieci o różnych klauzulach przetwarzania informacji do klauzuli TAJNE włącznie*

W pkt 12.3 Tabeli zgodności (str. 273 oferty wstępnej) Odwołujący potwierdził spełnienie wymagania. Na następnej stronie oferty Odwołujący zamieścił kompletny schemat połączeń węzłów w wersji kontenerowej i węzłów w wersji przenośnej (str. 274 oferty).

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wstępnej podnosi, że:

- a) na podstawie załączonych dokumentów nie mógł zweryfikować odległości pomiędzy tablicami stacyjnymi, która powinna wynosić min. 2 m –podczas gdy literalna deklaracja spełnienia tego wymogu znalazła się w pkt 12.3 tabeli;
- b) na podstawie załączonych dokumentów nie mógł zweryfikować prawidłowej separacji przestrzennej urządzeń Red i Black – podczas gdy o na rysunku zamieszczonym w załączniku nr 7 „Rozmieszczenie stanowisk wewnątrz kontenera” wskazano proponowane rozmieszczenie szaf serwerowych, w których są umieszczone urządzenia będące na wyposażeniu WTI w wersji kontenerowej. Przedstawione na rysunku rozmieszczenie łącznie ze znajomością wymiarów kontenera pozwala wiarygodnie ocenić odległości pomiędzy urządzeniami stref RED i BLACK, a jednocześnie zapewnienia jednoczesnej pracy dwóch sieci o klauzuli tajne.
- c) w ofercie Odwołujący nie wskazał miejsca przewidzianego na instalacje urządzenia kryptograficznego – podczas gdy urządzenie IP-Krypto zostało umieszczone

na schemacie w opisie wymagania 6.1.14 (strona 20 oferty wstępnej]. W SIWZ brak jest szczegółowych wymagań w jaki sposób, na jakim schemacie należy wskazać lokalizację urządzenia kryptograficznego.

{9) – wymaganie wskazane w pkt 12.7}

W pkt 12.7 WZTT zawarto następujące wymaganie: *uWęzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej powinien być przygotowany do montażu dwóch urządzeń kryptograficznych, przeznaczonych do zabezpieczenia informacji do klauzuli „TAJNE” włącznie o niżej wymienionych parametrach:*

- wykonane w standardzie 2U o wymiarach max: 448 mm x 88 mm x 400 mm (szer. x wys. x gł)
- zasilane napięciami stałymi w przedziale od 20V do 36 V, możliwość zasilania 230V poprzez zasilacz zewnętrzny,
- złącze kabla zasilającego: 2 RM DI 8KPE4G5W1
- pobór prądu: 0,85A (przy27V),
- złącza optyczne: ST-ST (4 szt.),
- Interfejs: Ethernet 100 Base-FX,
- masa: <12 kg.”

Odwołujący potwierdził spełnienie wymagań na str. 279 oferty wstępnej.

Zamawiający jako podstawę odrzucenia wskazuje na:

- a) brak miejsca przewidzianego na instalacje urządzenia kryptograficznego – podczas gdy zostało wskazane w opisie wymagania 6.1.14 (strona 20 załącznika nr 1 do oferty];
- b) nieuwzględnienie w bilansie energetycznym urządzenia kryptograficznego – podczas gdy pobór mocy urządzenia IP-KRYPTO został uwzględniony w pozycji Firewall arkusza bilansu mocy. (załącznik nr 10 str 339), gdzie została przewidziana odpowiednia rezerwa stanowiąca 5% mocy przewidzianej na urządzenie Firewall, co wyczerpuje zapas mocy niezbędny dla urządzenia IP KRYPTO (pobór mocy określony na 500 W];
- c) brak widoku wyposażenia wewnętrznego Węzła Teleinformatycznego w wersji kontenerowej – podczas gdy widok wyposażenia wewnętrznego węzła teleinformatycznego w wersji kontenerowej został przedstawiony na rysunku w załączniku nr 7 do oferty wstępnej (str. 335). Dodatkowo wykonawca umieścił zdjęcia poszczególnych urządzeń w załączniku numer 2 „Propozycja wykonania WTI” np. punkt 5.23 - serwer, 5.24 - macierz dyskowa, 5.25 - macierz dyskowa BACKUP.

{ad pkt 5-8 listy zarzutów}

Odwołujący przypomniał, że art. 57 ust. 2 ustawy pzp zawiera odesłanie do odpowiedniego zastosowania przepisów dotyczących oferty (art. 82-84), decyzji podejmowanych przez zamawiającego względem oferty (odrzućenie – art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5 i 8) oraz względem samego postępowania (unieważnienie - art. 93 ust 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2-4).

Odwołujący wywiódł, że tryb negocjacji z ogłoszeniem, tak jak pozostałe tryby, podlega wszystkim przepisom z części ogólnej ustawy pzp, w tym z części regulującej postępowanie (Dział I, Dział II Rozdział 1). Stąd pomimo braku odesłania w treści art. 57 ust. 2 pzp, także w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem znajduje zastosowanie wprost art. 7 ust. 1 pzp, a zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podobnie znajduje zastosowanie art. 25 i 26 pzp, a w konsekwencji obowiązek zamawiającego wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania przez oferowaną dostawę jego wymagań.

Odwołujący stwierdził, że ma świadomość istnienia orzecznictwa, które stoi na stanowisku o braku obowiązku stosowania art. 87 ust. 1 pzp, z uwagi na brak objęcia tego przepisu odesłaniem z art. 57 ust. 2 ustawy pzp. Pomimo niejasnego brzmienia tego przepisu na możliwość zastosowania instytucji wyjaśnień i uzupełnień wielokrotnie powoływała się Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładowo w wyrokach wydanych: 14 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2257/14), 19 listopada 2012 r. (sygn. akt 2401/12) i 29 marca 2011 r., (sygn. akt KIO 528/11), Izba uznawała, że zastosowanie tych przepisów przed decyzją o odrzuceniu oferty wstępnej.

Odwołujący wywiódł, że odrzucając ofertę w każdym trybie, także negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający powinien mieć absolutną pewność co do niezgodności oferty z treścią SIWZ. Zdaniem Odwołującego w tym przypadku Zamawiający takiej pewności nie ma, stąd winien zażądać od Odwołującego wyjaśnień, co pozwoliłoby to rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli nawet uznawać, że art. 87 ust. 1 pzp nie znajduje tu zastosowania, obowiązek ten można wywodzić z art. 7 ust. 1 pzp, który niewątpliwie znajduje zastosowanie także w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zamawiający miał nie tylko prawo do żądania wyjaśnień, ale i do przeprowadzenia wskutek tego żądania stosownych wyjaśnień, które doprowadzą ofertę do zgodności z treścią SIWZ.

W kwestii stosowania art. 87 ust. 1 i art. 26 ustawy pzp zdaniem Odwołującego ustawodawca wcale nie wyłączył możliwości stosowania tych przepisów pomimo ich nieujęcia w art. 57 ust. 2 ustawy pzp, gdyż w uzasadnieniu ustawy nowelizującej z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz.U. Nr 79, poz. 551) nie wskazano na wyłączenie stosowania art. 87 ust.

1 pzp, a tym bardziej zastosowania art. 26 ust. 1 pzp {druk 127}. Zwłaszcza, że przepisy dyrektywy klasycznej, która została wówczas transponowana do przepisów prawa krajowego, nie zawierały tego rodzaju ograniczenia. Przeciwnie, art. 30 dyrektywy 2004/18/WE stanowił o zapewnieniu równego traktowania i negocjowaniu oferty w celu ich dostosowania do treści ogłoszenia czy specyfikacji. W świetle przepisów dyrektywy zakaz zastosowania art. 87 ust. 1 pzp nie ma zastosowania, a istotą tego trybu jest właśnie prowadzenie negocjacji.

Według Odwołującego to nielogiczne, aby ofertę – która ma właśnie wstępny charakter – odrzucać za niezgodność z treścią SIWZ, zwłaszcza w zakresie postanowień SIWZ, które nie mają jeszcze definitywnego charakteru. Odwołujący postawił tezę, że odpowiednie zastosowanie, o którym mowa w art. 57 ust. 2 pzp, pozwala także na niestosowanie w ogóle art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp lub stosowanie z odpowiednim modyfikacjami, tj. w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia nie doprowadziły do dostosowania treści oferty do treści SIWZ lub jedynie do tych postanowień SIWZ, które mają ostateczny kształt.

W piśmie z 13 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 9 lutego 2018 r. przesłał faksem kopię odwołania wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

15 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez TELDAT sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Bydgoszczy oraz SILTEC sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Teldat”} przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania tego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a szczegółowo zaprezentował swoje stanowisko w piśmie z 21 lutego 2018 r.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania, a w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 21 lutego 2018 r. wniósł o jego oddalenie w całości, odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba nie uwzględniła zgłoszonego w odpowiedzi na odwołanie wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 7 ustawy pzp.

W odniesieniu do pierwszej z podstaw prawnych Izba stwierdziła, że na dzień wniesienia odwołania pełnomocnik, które je podpisał, był do tego umocowany w imieniu wszystkich spółek wchodzących w skład Konsorcjum WZŁ Nr 2.

Z kolej w zakresie drugiej ze wskazywanych podstaw prawnych Izba stwierdziła, że działając zgodnie z art. 180 ust. 5 pzp (którego stosowania nie można wyłączyć na mocy postanowień specyfikacji co do sposobu komunikacji zamawiającego z wykonawcami), przed upływem terminu do wniesienia odwołania Konsorcjum WZŁ Nr 2 przesłało jego treść drogą elektroniczną do Zamawiającego, a więc w taki sposób, że ten mógł się zapoznać z jego treścią.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron (w tym Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, który skarży odrzucenie swojej oferty, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozważyła zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w stosunku do ofert wstępnych składanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Z art. 57 ust. 2 pzp wynika, że przy ocenie ofert wstępnych złożonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stosuje się odpowiednio. Ta przesłanka odrzucenia oferty powszechnie interpretowana jest przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. W zakresie zastosowania tej przesłanki mieści się jednak szersze spektrum sytuacji, w których można jednoznacznie stwierdzić, że złożona oferta nie odpowiada treści s.i.w.z., gdyż jest sporządzona odmiennie niż wymagały tego postanowienia s.i.w.z. Oczywiście nie chodzi tu o postanowienia dotyczące kwestii czysto porządkowych, takich jak numeracja stron, układ graficzny, użycie formularzy przygotowanych przez zamawiającego itp. Od takich postanowień należy jednak odróżnić postanowienia s.i.w.z. o charakterze przede wszystkim formalnym, które jednak mają również decydujące znaczenie dla ukształtowania materialnej treści oferty. Zamawiający ma bowiem prawo zażądać przygotowania żądanego zakresu informacji w takim układzie i zakresie, który umożliwi mu zweryfikowanie merytorycznej zgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Jest to szczególnie uzasadnione przy skomplikowanym przedmiocie zamówienia. Tryb negocjacji z ogłoszeniem znajduje zastosowanie między innymi, gdy nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu nieograniczonego. Z tego względu w trybie tym występuje s.i.w.z. określana mianem wstępnej, gdyż z założenia jej postanowienia, w szczególności dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, mogą ulec zmianie i doprecyzowaniu po przeprowadzonych w tym celu negocjacjach z wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne. Dopiero po tych negocjacjach zamawiający ustala finalną treść s.i.w.z., a wykonawcy składają oferty zawierające cenę za wykonanie ostatecznie opisanego przedmiotu zamówienia. Pomimo tego, że opis przedmiotu zamówienia może ulec zmianie w wyniku negocjacji, zamawiający bada nie tylko zgodność wycenionych ofert z ostateczną treścią s.i.w.z. Z mocy art. 57 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp na wcześniejszym etapie zamawiający ma bowiem obowiązek odrzucić oferty wstępne nieodpowiadające postanowieniom s.i.w.z., która została przesłana wraz z zaproszeniem do ich składania. Specyfika odpowiedniego stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w takiej sytuacji zwiększa możliwość wystąpienia i znaczenie przypadków niezgodności treści ofert wstępnych z postanowieniami s.i.w.z. określającymi wymagany przez zamawiającego zakres i układ informacji merytorycznych. Zamawiający ma prawo oczekiwać przygotowania ofert wstępnych w taki sposób, aby był w stanie zweryfikować ich merytoryczną treść i ustalić zagadnienia, które powinny stać się przedmiotem dalszych negocjacji. Tym samym Izba uznaje za w pełni aktualne i adekwatne również dla tej sprawy powyższe stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 8 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 812/12, KIO 822/12).

W przedmiotowym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia został określony mianem „Wstępnych Założeń Taktyczno-Technicznych dla Węzła Teleinformatycznego – wersja kontenerowa i Węzła Teleinformatycznego – wersja przenośna (WTi)” {dalej zwanych również: „WZTT”}, stanowiących załącznik nr 1 do s.i.w.z. (podstawą złożenia oferty była wersja 1.8 z 17 maja 2017 r.). Dokument ten określa w szczególności parametry taktyczno-techniczne oraz ogólne wymagania konstrukcyjne dla WTi w obu wersjach jako „wymagania” opisane i usystematyzowane w kolejnych pkt. Przy czym w załączniku nr 3 do s.i.w.z. – Tabeli zgodności z wymaganiami WZTT Węzłów Teleinformatycznych w wersji kontenerowej i Węzłów Teleinformatycznych w wersji przenośnej (WTi)” {dalej zwanej również: „Tabelą Zgodności”, „Tabelą” lub „TZ”; załącznik nr 1 do formularza oferty} niektóre wymagania oznaczono jako obligatoryjne, z czym skorelowano postanowienie zamieszczone w sekcji {zwanej również wymiennie „częścią”} XVIII ust. 1 s.i.w.z., że niespełnienie tych wymagań obligatoryjnych będzie skutkowało odrzuceniem oferty, natomiast pozostałe wymagania będą podlegać negocjacom (wersja ostateczna s.i.w.z. z 11 sierpnia 2017 r.).

W części X s.i.w.z. Zamawiający określił sposób przygotowania ofert wstępnych. W pierwszej kolejności odesłał do treści formularza stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, w którym wprost wskazano, że wraz z ofertą wstępną należy złożyć m.in. „Tabelę zgodności z wymaganiami WZTT Węzłów Teleinformatycznych w wersji kontenerowej i Węzłów Teleinformatycznych w wersji przenośnej (WTi)” (pkt 4) oraz propozycję wykonania WTi w wersji kontenerowej i przenośnej oraz zestawów urządzeń szkolno-treningowych Węzła Teleinformatycznego zgodnie z powyższą tabelą {dalej zwanej również: „Propozycją”} (pkt 5). Z kolei z opisu kolumn Tabeli wynika jednoznacznie, że oprócz deklaracji spełnienia WZTT na zasadzie „spełnia – nie spełnia”, każdy wykonawca zobowiązany był do przedstawienia swojej propozycji sposobu spełnienia danego wymagania np. opisowo przedstawiając funkcjonalność lub wskazując zastosowanie urządzenia wraz z ich opisem typem, producentem, parametrami technicznymi itp. Ponadto każdy wykonawca został zobowiązany do złożenia wraz z opisem oferowanego wyrobu wydruków z jego prezentacji w formie rysunków lub fotografii lub wizualizacji w wersji elektronicznej w standardowych formatach graficznych – zgodnie z opisem zawartym w części VII ust. 1 pkt 2 i 3 s.i.w.z. (pkt 6 części X s.i.w.z.).

W tej sekcji s.i.w.z. (pn. „Wykaz dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowaną dostawę wymagań zamawiającego”) ponownie wskazano na konieczność zawarcia w ofercie opisu oferowanego WTi potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań określonych w WZTT, sporządzonego zgodnie z treścią załącznika nr 1 do formularza oferty (pkt 2), a także wydruków z prezentacji oferowanego WTi (pkt 3). Przy czym uszczegółowiono tu, że prezentacja taka musi co najmniej: po pierwsze – zawierać

rysunki lub fotografie lub wizualizacje prezentujące widok zewnętrzny i wewnętrzny WTI z każdej strony (przód, tył, lewy bok, prawy bok, widok z góry) wraz z objaśnieniami prezentowanych elementów (lit. a); po drugie – przedstawiać na rysunkach lub fotografiach następujące wymiary zewnętrzne ukończenia zasadniczego WTI: długość, wysokość, szerokość (oraz minimalne wymiary, jakie należy zapewnić w przypadku instalacji wyrobu np. w stojakach, kieszeniach, szafach itp.), o którym mowa z pkt 6.2.1 WZTT (lit. b); po trzecie – zawierać opis oraz przedstawiać na rysunkach lub fotografiach ukończenie WTI (w tym ukończenie zasadnicze, o którym mowa w pkt 6.2.1 WZTT) wchodzące w skład wyrobu (lit. c).

Powyżej przywołane postanowienia określają wymagany przez Zamawiającego w tym postępowaniu zakres treści oferty, która nie ogranicza się do deklaratoryjnego potwierdzenia spełnienia wymaganych parametrów, ale kompleksowego (opisowego i wizualnego) zaprezentowania, w jaki sposób oferowane przez danego wykonawcę wyroby (WTI w wersji kontenerowej i przenośnej) spełniają wymagania Zamawiającego. Taki charakter oczekiwanych od wykonawców informacji przesądza, że składają się one na merytoryczną treść oferty wstępnej, czyli oświadczenie woli wykonawcy, jakie konkretnie wyroby oferuje, ze sprecyzowaniem sposobu spełnienia obligatoryjnych i pozostałych wymagań technicznych. Oznacza to, że odrzucenie oferty wstępnej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp należy uznać za uzasadnione nie tylko w razie, gdy *explicite* z jej treści wynika niespełnienie wymagania obligatoryjnego, ale również wtedy, gdy nie sprecyzowano w niej sposobu spełnienia któregoś z pozostałych wymagań, z ewentualnym zaznaczeniem proponowanego odstępstwa od parametru pożądanego przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że obligatoryjny charakter miało zaledwie 37 spośród ponad 200 wymagań. Nie do zaakceptowania jest bowiem stanowisko, że treść oferty wstępnej mogła się sprowadzać wyłącznie do sprecyzowania sposobu spełnienia wymagań obligatoryjnych, zwłaszcza że wszystkie wymagania opisują kompleksowe rozwiązanie w postaci węzła teleinformatycznego. Kompleksowy charakter musi mieć zatem również konkretne rozwiązanie oferowane przez wykonawcę, choćby po to, aby można było ustalić, jaki jest punkt wyjścia w negocjacjach odnośnie parametrów poświadczonych przez Zamawiającego, których wykonawca nie spełnia i proponuje ich zmianę.

Reasumując, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że ewentualne braki w opisie lub wizualizacji oferowanego przez niego rozwiązania podlegałyby uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż dotyczą dokumentów, które według nazwy części VII s.i.w.z. Zamawiający zażądał li tylko na potwierdzenie spełnienia przez oferowaną dostawę jego wymagań, czyli mają wyłącznie charakter dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Umknęło jednak uwadze Odwołującego, że jak to przybliżono powyżej, zakres treści

dokumentów wyszczególnionych w pkt 2 i 3 części VII s.i.w.z. został jednoznacznie w części X s.i.w.z. zaliczony do wymaganego sposobu sporządzenia oferty.

Abstrahując od tego decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Stąd na treść oferty składa się zdefiniowanie i dookreślenie zaciągniętego przez wykonawcę zobowiązania. Natomiast tzw. dokumenty przedmiotowe mają generalnie za zadanie potwierdzać, że sprecyzowane uprzednio w ofercie rozwiązanie spełnia wymagania zamawiającego sformułowane w SIWZ. Celem tych dokumentów nie jest więc zdefiniowanie bezpośrednio proponowanego sposobu wykonania zamówienia {por. wyrok Izby z 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1207/13)}.

Tym samym za oczywiście niezasadne Izba uznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 pzp (a w konsekwencji art. 7 ust. 1 pzp), gdyż tryby przewidziane w tych przepisach w ogóle nie znajdują zastosowania do stwierdzonych przez Zamawiającego braków w dokumentach oferty wstępnej Odwołującego.

W tej sprawie nie wymaga rozstrzygnięcia kwestia, czy do wyjaśnienia treści oferty wstępnej składanej w trybie negocjacji z ogłoszeniem znajduje zastosowanie art. 87 ust. 1 pzp. Odwołujący błędnie przyjmuje, że w tym trybie możliwe jest usuwanie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż temu celowi służy art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, którego naruszenie nie jest zarzucane. Odwołujący bezskutecznie usiłuje nadać instytucji wyjaśnień treści oferty taką samą moc sprawczą jak instytucji uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp czy instytucji poprawienia w ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp

Ponadto zawsze w sytuacji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ewentualne zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości co do treści oferty ma znacznie drugorzędne, gdyż decydujące znaczenie ma, czy zamawiający, choćby na chybił-trafił, adekwatnie stwierdził wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp (a także art. 7 ust. 1 pzp) jest w tej sprawie również bezzasadny.

Rozstrzygając o zasadności poszczególnych podstaw faktycznych odrzucenia wskazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu z 30 stycznia 2018 r., Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności konieczne stało się zaznaczenie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W przypadku spraw dotyczących odwołań od czynności odrzucenia oznacza to, że zakres kognicji Izby nie może wykraczać poza uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego przekazane wykonawcy. Oczywiście jest, że odwołujący się wykonawca może skutecznie zakwestionować

tylko znane mu powody odrzucenia jego oferty. W konsekwencji jeżeli w toku postępowania odwoławczego zamawiający przedstawi dodatkowe podstawy faktyczne odrzucenia oferty wykonawcy, nie podlegają one rozpoznaniu i nie mogą mieć wpływu na wynik sprawy.

Stąd w tej sprawie Izba nie wzięła pod uwagę odpowiedzi na odwołanie w zakresie, w którym ewidentnie wykracza poza ramy uzasadnienia przekazanego uprzednio Konsorcjum WZŁ Nr 2.

{ad 1) – wymaganie z pkt 6.1.4}

Treść wymagania obligatoryjnego z pkt 6.1.4 WZTT: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej oraz Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej będą zapewniały budowę minimum jednego głównego punktu dystrybucyjnego (GDP), {powinno być bez przecinka} jako punktu świadczenia usług wyposażony {powinno być „wyposażonego”} w serwery, firewall, routery, urządzenia szkieletowe sieci oraz odpowiednie oprogramowanie systemowe.*

Zamawiający stwierdził, że zarówno w pkt 6.1.4 TZ, jak i w pkt 5.1 „Propozycji” (str. 289 oferty), powtórzono powyższą treść wymagania zamiast opisowego przedstawienia funkcjonalności lub wskazania zastosowanych urządzeń wraz z ich typem, producentem i parametrami technicznymi. Z kolei dodatkowo zamieszczony w tym drugim dokumencie, jako przykładowa struktura GPD, rysunek sprowadza się do ośmiu symboli z nieczytelnymi opisami, nie przedstawiając żadnych połączeń funkcjonalnych pomiędzy tymi elementami, stąd nie prezentuje konkretnego rozwiązania.

Co prawda powyższe ustalenia są adekwatne, jednak w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie zaprzeczył, że tak jak to wskazano w odwołaniu, sposób połączenia poszczególnych elementów określono na schematach w pkt 5.89 (WTI kontenerowy) i 5.90 (WTI przenośny) „Propozycji” (odpowiednio str. 326 i 327 oferty).

W tych okolicznościach Izba uznała zarzut odwołania za zasadny.

Skoro Zamawiający w ramach uzasadnienia przekazanego Odwołującemu zaniechał odniesienia się do tych schematów, w tym skonfrontowania ich z rysunkami z pkt 5.1 „Propozycji” oraz z załącznika nr 7 do niej (str. 335 oferty), nie mogła być wzięta przez Izbę pod uwagę argumentacja z odpowiedzi na odwołanie, która stanowi w istocie rozszerzenie podstawy faktycznej odrzucenia.

Podstawą stwierdzenia niezgodności z powyższym wymaganiem nie może zaś być

zaniechanie przez Zamawiającego kompleksowego zbadania treści oferty wstępnej Konsorcjum WZŁ nr 2.

Na marginesie Izba zauważa, że nawet z odpowiedzi na odwołanie nie wynika, aby niewzięte uprzednio pod uwagę przez Zamawiającego schematy były nieprawidłowe {nowo sformułowany zarzut dotyczy w istocie innego wymagania}.

{ad 2) – wymaganie z pkt 6.1.10}

Treść wymagania obligatoryjnego z pkt 6.1.10 WZTT: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej oraz Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej powinny zapewnić możliwość dołączania platform mobilnych wykorzystujących złącza i protokoły opisane w polskich normach obronnych lub dokumentach NATO (STANAG, AJP) oraz rozwiązania cywilne powszechnie przyjęte w telekomunikacji (np. IEEE, ETSI, RFC) i znajdujące zastosowanie w wojskowych systemach teleinformatycznych {przypis nr 9 – zgodnie z punktem 6.3.1.2}.*

Treść wymagania obligatoryjnego z pkt 6.3.1.2 WZTT: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej oraz Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej powinny zapewnić pełną interoperacyjność z innymi aparatowniami, zestawami teleinformatycznymi oraz elementami teleinformatycznej infrastruktury stacjonarnej, {powinno być bez przecinka} wykorzystywanej przez SZ RP, a także wojska członków państw {powinno być „państw członków”} NATO, w zakresie stosowania protokołów komunikacyjnych i protokołów routingu: OSPF v2, OSPF v3, BGP v4, EIGRP, PIM, BGP-4 (MEXT-BGP4 – m.in. IPv6), RIPv1, RIPv2, EGP, HELLO, IGMP v2, IGMP v3 IPv6 MLD v1, MLDv2, SNMPv1, SNMPv2, SNMPv3, IPv4, IPv6, DHCP IPv6, oraz stosowania militarnych (STANAG 4640, 4642, 4644 {}), a także niemilitarnych styków transmisji z innymi systemami (Interfejsy G.703, G.704, V.35, V.24, V.36, 1000 Base-SX, 100 Base-FX).*

Zamawiający stwierdził, że:

- 1) poprzestanie na wymienieniu w pkt 6.1.10 TZ wspieranych protokołów oraz posiadanych przez obie wersje WTI interfejsów, bez wskazania konkretnych typów zastosowanych urządzeń, a także nieprzedstawienie typu złącz oraz rysunku tablicy przyłączeniowej dla obu wersji WTI, uniemożliwia weryfikację spełnienia przedmiotowego wymagania;
- 2) nie wykazano wymaganego protokołu DHCP IPv6, o którym mowa w wymaganiu 6.3.1.2.

Powyższe ustalenia Zamawiającego są w istotnym zakresie adekwatne.

Uzupełniając dołączyć należy, że ponieważ zamieszczony trzykrotnie (w pkt 6.1.10 i 6.3.1.2 TZ oraz w pkt 5.7 „Propozycji”) identyczny opis sprowadza się do powielenia treści wymagania (z wyjątkiem pominięcia jednego z protokołów), obiektywnie nie jest funkcjonalnym przedstawieniem proponowanego sposobu jego spełnienia. Ponadto skoro istota wymagania sprowadza się do interoperacyjności w zakresie stosowanych protokołów komunikacyjnych oraz interfejsów, oczywiste jest, że dla wykazania jego spełnienia przez oferowane rozwiązanie należało zaprezentować występujące w nim typy złączy i zamieścić rysunek tablicy przyłączeniowej dla obu wersji WT.

Jednocześnie trzykrotne pominięcie przy przepisywaniu treści wymagania akurat informacji o DHCP IPv6, racjonalnie nie mogło być zinterpretowane przez adresata oświadczenia woli inaczej niż jako brak wsparcia dla tego protokołu.

Jednakże z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający mógł na podstawie opisu tablic przyłączeniowych zamieszczonego w pkt 6.2.2.36 TZ zweryfikować typy złączy dla kontenerowego WTI.

Ponadto Zamawiający nie podważył adekwatności odesłania odnośnie obsługiwanych przez WTI protokołów do opisu z pkt 6.3.2 TZ, gdzie konkretnie w pkt 6.3.2.18 wyszczególniono wprost DHCP dla IPv6. Tym samym nie ma znaczenie błędne mniemanie Odwołującego, że sama specyfikacja protokołu DHCP obejmuje wersje zarówno IPv4, jak i IPv6.

Reasumując, ustalenie Zamawiającego było prawidłowe odnośnie braku przedstawienia typów złączy i tablicy przyłączeniowej dla oferowanego WT przenośnego.

W tych okolicznościach Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny.

Co prawda w pewnym zakresie ponownie okazało się, że Zamawiający zaniechał kompleksowego zbadania treści oferty, jednakże w pozostałym zakresie stwierdzona niezgodność z treścią s.i.w.z. rzeczywiście istnieje, gdyż nie wykazano spełnienia przez oferowany przenośny WTI wymagania interoperacyjności odnośnie interfejsów. Izba podziela przy tym ocenę Zamawiającego, że w niezamierzony sposób potwierdził to sam Odwołujący, który w odwołaniu odesłał do pkt 6.2.2.36 TZ, jakby odnosił się on do obu wersji WTI, podczas gdy treść zamieszczonego tam opisu odnosi się wyłącznie do WTI w wersji kontenerowej. Tym samym odwołanie wyraża w istocie intencję zmiany treści oferty złożonej Zamawiającemu, co nie jest możliwe.

{ad 3) – wymaganie z pkt 6.1.11}

Treść wymagania obligatoryjnego z pkt 6.1.11 WZTT: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej oraz Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej powinny posiadać możliwość zasilania ze stacjonarnych lub polowych linii elektroenergetycznych {przypis nr 10 – zgodnie z punktem 6.14.1}.*

Treść wymagania z pkt 6.14.1 WZTT *Wymagania dotyczące zasilania w energię elektryczną:*

6.14.1.1. *W wydzielonym przedziale technicznym, w celu obniżenia poziomu hałasu w przedziale operatorskim, powinien być zamontowany zespół prądotwórczy zasilający urządzenia i systemy węzła teleinformatycznego oraz urządzenia rozdziału zasilania energetycznego kontenera.*

6.14.1.2. *Praca zespołu prądotwórczego powinna się odbywać w trybie automatycznym i powinna być regulowana przez układ sterujący, a uruchomienia i zatrzymania zespołu dokonuje samoczynnie sterownik na poniższych zasadach:*

- *w przypadku zaniku napięcia sieci powinien uruchomić się zespół prądotwórczy w regulowanym czasie (do 3 minut) z przyjęciem obciążenia,*
- *w przypadku przywrócenia napięcia sieci powinien wyłączyć się zespół prądotwórczy, w regulowanym czasie (przeznaczonym na wychłodzenie silnika) zgodnie z zaleceniami producenta,*
- *obciążenia powinny zostać przełączone automatycznie na zasilanie z sieci przemysłowej, {powinno być bez przecinka} w regulowanym czasie (do 3 minut).*

6.14.1.3. *W zakresie zasilania zasadniczego Węzły Teleinformatyczne w wersji kontenerowej, {powinno być bez przecinka} powinny być przystosowane do zasilania o napięciu przemiennym trójfazowym 3x400/230V i częstotliwości 50Hz (+/- 2Hz) z sieci elektroenergetycznej przemysłowej lub polowej, w tym z autonomicznego zespołu prądotwórczego.*

6.14.1.4. *W zakresie zasilania zasadniczego Węzły Teleinformatyczne w wersji przenośnej powinny być przystosowane do zasilania z sieci elektroenergetycznej przemysłowej lub polowej, w tym o napięciu przemiennym jednofazowym 230V AC i częstotliwości 50Hz (+/- 2Hz).*

6.14.1.5. *Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej i przenośnej powinien posiadać zasilanie awaryjne zapewniające pracę elementów systemu teleinformatycznego przez okres min. 7 minut {przypis nr 52 – bez wyłączenia trybu PoE na złączach Ethernetowych}.*

6.14.1.6. *Powinno być zapewniona możliwość załączania i wyłączania poszczególnych urządzeń zasilania, regulacji ich podstawowych parametrów pracy oraz kontroli i sygnalizacji stanów pracy.*

Zamawiający stwierdził, że opis zamieszczony na potwierdzenie spełniania tego wymagania {*Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej wyposażony będzie w tablicę zasilania na burcie kontenera zawierającą kątowe złącza biorcze sieci 3-fazowej 32A BALS 27 03 (VG 96919 BP 005) zabezpieczone przed opadami atmosferycznymi. Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej w postaci podzielonej na specjalistyczne skrzynie transportowe, każda wyposażona w tablicę zasilania ze złączem biorczym i dawczym sieci elektroenergetycznej 230 VAC do szeregowego podłączenia zasilania poszczególnych elementów WTI i stanowisk roboczych. Każdy zestaw składający się na WTI w wersji przenośnej wyposażony jest w co najmniej 1 przewód do podłączenia zestawu do typowej sieci elektroenergetycznej 230VAC zakończony złączem BALKS735 (VGH 96926CP001)}*} oraz „Propozycja”:

- 1) dla wersji kontenerowej wymienia tylko złącza biorcze, natomiast dla wersji przenośnej wymienia złącza biorcze i dawcze;
- 2) brak informacji o sposobie zasilania WTI z połowych linii energetycznych oraz o typie i rodzaju zastosowanego zespołu prądotwórczego;
- 3) brak opisu funkcjonalnego lub rysunku tablicy zasilania energetycznego, zarówno ze stacjonarnych, jak i połowych linii energetycznych zastosowanych w konkretnym oferowanym rozwiązaniu WTI.

Powyższe ustalenia Zamawiającego są w istotnym zakresie adekwatne.

Uzupełniająco dodać należy, że ponieważ opis zamieszczony w pkt 6.14.1 TZ sprowadza się do powielenia treści poszczególnych wymagań z pkt 6.14.1-6.14.4 i nie wnosi nic nowego do powyżej zacytowanych informacji z pkt 6.1.11 TZ oferty.

Również w pkt 8 „Propozycji” nie zamieszczono opisu funkcjonalnego lub rysunku tablicy zasilania energetycznego konkretyzujących sposób zapewnienia zasilania WTI zarówno ze stacjonarnych, jak i połowych linii energetycznych. Zamieszczony w tym pkt rysunku kontenera nie odzwierciedla nawet deklarowanych dla tej wersji WTI typów złącz. Podobnie zdjęcie z pkt 6 „Propozycji” nie pokazuje WTI przenośnego od strony złącz.

Natomiast umknęły uwadze Zamawiającego podane w pkt 8 „Propozycji” informacje odnośnie zespołu prądotwórczego w przedziale technicznym kontenera {*trójfazowy zespół prądotwórczy o mocy 25 kVA wyposażony w system załączania rezerwy z kontrolą parametrów napięcia, częstotliwości i natężenia prądu, zapewniający pracę wszystkich urządzeń z wyposażenia kontenera, moc zespołu prądotwórczego uwzględnia 30 % zapasu w stosunku do skalkulowanego bilansu mocy*}, względem którego odpowiedź na odwołanie

zawiera nieistotne z punktu widzenia merytorycznej oceny oferty zastrzeżenia natury formalnej (braku odesłania w pkt 6.1.11 do miejsca zamieszczenia tych informacji.).

W tych okolicznościach Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny.

Co prawda w powyżej ustalonym zakresie Zamawiający ponownie zaniechał kompleksowego zbadania treści oferty, jednakże w pozostałym zakresie stwierdzona niezgodność z treścią s.i.w.z. rzeczywiście istnieje, gdyż nie skonkretyzowano sposobu zasilania obu wersji WTI ze stacjonarnych lub polowych linii elektroenergetycznych, poprzestając na wybiórczych lub wyłącznie powtarzających treść wymagania informacjach.

{ad 4) – wymaganie z pkt 6.1.14}

Treść wymagania obligatoryjnego z pkt 6.1.14 WZTT: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej powinien być przystosowany do przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli TAJNE włącznie oraz zapewnić budowę minimum dwóch sieci niejawnych o różnych klauzulach, do poziomu TAJNE włącznie {przypis nr 11 – zgodnie z punktem 12}, z zastrzeżeniem, że nie przewiduje się wymiany informacji niejawnych pomiędzy sieciami o różnych klauzulach.*

Treść wymagania z pkt 12 WZTT *Wymagania dotyczące ochrony informacji niejawnych:*

12.1. Poszczególne bloki funkcjonalne Węzła Teleinformatycznego w wersji kontenerowej i przenośnej z wyłączeniem urządzeń kryptograficznych powinny być wyrobami JAWNYMI.

12.2. Węzeł teleinformatyczny w wersji kontenerowej powinien być przystosowany do przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli TAJNE włącznie poprzez spełnienie minimum następujących warunków:

- *certyfiakat ochrony elektromagnetycznej na spełnienie wymagań normy NO-06-A201:2009 dla klasy B1,*
- *ochrona fizyczna zgodnie z punktem 6.10.2,*
- *ZOBT-500A dla poziomu TPZU-2 (odpowiednik NATO SDIP-27 Level B) dla urządzeń wskazanych w tabeli nr 3 w pozycjach 2, 9, 11, 12, 14, 18.*

12.3. Budowa Węzła Teleinformatycznego w wersji kontenerowej powinna zapewnić możliwość rozwinięcia i jednoczesnej pracy co najmniej dwóch sieci o różnych klauzulach przetwarzania informacji do klauzuli TAJNE włącznie.

12.4. Budowa Węzła Teleinformatycznego w wersji przenośnej powinna zapewnić możliwość rozwinięcia i pracy w do przetwarzania informacji co najmniej o klauzuli ZASTRZEŻONE włącznie.

12.5. Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej oraz Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej powinny posiadać techniczne możliwości pracy bez urządzeń kryptograficznych.

12.6. W skład Węzła Teleinformatycznego powinno wchodzić urządzenie Firewall (o którym mowa w pkt 6.2.2.9), posiadające dopuszczenie lub certyfikat ochrony kryptograficznej wydawany przez SKW lub ABW, zapewniające ochronę informacji, do klauzuli „ZASTRZEŻONE” włącznie {przypis nr 64 – dopuszcza się urządzenie Firewall, posiadające aktualny, wydany przez NISIT (National Institute of Standards and Technology) certyfikat bezpieczeństwa modułu kryptograficznego przy spełnieniu szczegółowych ustawień bezpieczeństwa zawartych w FIPS 140-2)

12.7. Węzeł Teleinformatyczny w wersji kontenerowej powinien być przygotowany do montażu dwóch urządzeń kryptograficznych przeznaczonych do zabezpieczenia informacji do klauzuli „TAJNE” włącznie o niżej wymienionych parametrach:

- wykonanie w standardzie 2U o wymiarach max: 448 mm x 88 mm x 400 mm (szer. x wys. x gł.),
- zasilanie napięciami stałymi w przedziale od 20V do 36 V, możliwość zasilania 230V poprzez zasilacz zewnętrzny,
- złącze kabla zasilającego: 2RMD18KPE4G5W1,
- pobór prądu: 0,85A (przy 27V),
- złącza optyczne: ST-ST (4 szt.),
- interfejs: Ethernet 100 Base-FX,
- masa: ≤ 12 kg.

Treść wymagania z pkt 6.10.2 WZTT: System ochrony fizycznej przedziału operatorskiego Węzła Teleinformatycznego w wersji kontenerowej powinien spełniać następujące wymagania:

a) Wykonany z płyt warstwowych, składających się z dwóch warstw balach (stopów aluminiowych lub stali) o grubości co najmniej 1 mm każda, konstrukcyjnie ze sobą połączonych, oddzielonych od siebie co najmniej 50 mm warstwą twardego i niepalnego materiału izolacyjnego. Materiał ten musi charakteryzować się również niską higroskopijnością oraz dźwiękochłonnością (zgodnie z przepisami BHP).

b) Płyty warstwowe na narożach powinny być zespawane i wyposażone w zaczepy transportowe umożliwiające mocowanie w czasie przewożenia różnymi środkami transportu.

c) Drzwi wejściowe powinny być:

- *blokowane na czterech krawędziach, zawiasy powinny być umieszczone po wewnętrznej stronie drzwi i zabezpieczone przed wyważeniem. W przypadku zawiasów umieszczonych na zewnątrz, ich sworznie powinny być zabezpieczone lub zaspawane – w celu uniemożliwienia prób nieuprawnionego zdjęcia drzwi;*
- *wyposażone w dwa zamki (mechaniczne lub mechaniczny i szyfrowy);*
- *ryglowane od wewnątrz o konstrukcji uniemożliwiającej ich zablokowanie od zewnątrz (z wyłączeniem zamków);*
- *wyposażone w mechanizm samodomykający;*
- *wyposażone w urządzenie uniemożliwiające wgląd na zewnątrz.*

d) Posiadać właz ewakuacyjny otwierany od wewnątrz.

e) Otwory okienne oraz otwory urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych powinny być zabezpieczone siatką stalową.

f) Wyposażony w system sygnalizacji alarmowej sygnalizującej próby otwarcia drzwi, włazów oraz wykrywające ruch wewnątrz, spełniający wymagania systemów klasy4. {przypis nr 46 – Zgodnie z PN-EN50131}

g) Wyposażony w urządzenie sygnalizujące nie zamknięcie {powinno być: „niezamknięcie”} drzwi i włazów w czasie pracy obsługi wewnątrz (zintegrowane z systemem alarmowym lub niezależne).

h) Wyposażony w system sygnalizacji przeciwpożarowej wewnętrznej i zewnętrznej”

Treść wymagania z pkt 6.2.2.9 WZTT: Firewall powinien posiadać następujące cechy:

- *zapewnić wydajność filtrowania na poziomie 1000 Mbps dla filtracji ruchu i modułu IPS {parametr wypunktowany w wyliczeniu jako 12.}*

Zamawiający stwierdził, że:

- 1) dla wymagania 6.1.14 przedstawiono ideę i koncepcję, a nie konkretne rozwiązanie poparte prezentacją wyposażenia wnętrza WTI w wersji kontenerowej;
- 2) bez opisu urządzeń oraz wizualizacji zastosowanych rozwiązań przy jednoczesnym braku opisu lub wizualizacji zastosowanych rozwiązań konstrukcyjnych i technicznych kontenera pod kątem zabezpieczenia ochrony fizycznej nie jest możliwe zweryfikowanie deklarowanego spełnienia wymagania z pkt 12.2;
- 3) zaproponowane jako firewall urządzenie IP-Krypto nie spełnia wymaganego parametru wydajności na poziomie 1000 Mbps;
- 4) proponowane urządzenia: telefon IP, przełącznik dostępowy – switch, router szkieletowy nie uwzględniają spełnienia wymagań TPZU-2;
- 5) nie ma możliwości zweryfikowania (z uwzględnieniem „Propozycji”, która nie odnosi się do wymagania z pkt 6.1.14) rozwinięcia i pracy dwóch sieci niejawnych

przetwarzających informację do klauzuli TAJNE włącznie, przy zastrzeżeniu koniecznej odległości pomiędzy tablicami stacijnymi min. 2 m (w pkt 5.89 „Propozycji”) i jednoczesnym braku przedstawienia sposobu rozmieszczenia zastosowanych urządzeń we wnętrzu w pełni wyposażonego i oferowanego WTI;

- 6) przedstawiona w postaci rysunku ogólna idea zabudowy kontenera WTI nie potwierdza spełnienia wymagania co do budowy minimum dwóch sieci przetwarzających informacje niejawne do poziomu TAJNE włącznie, a jedynie jednej sieci do przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli TAJNE włącznie i jednej tylko do przetwarzania informacji do klauzuli ZASTRZEŻONE.

Powyższe ustalenia Zamawiającego są w istotnym zakresie adekwatne.

Podkreślić należy, że zamieszczony w pkt 6.14.1 TZ opis i rysunek (podpisany „Ogólna idea zabudowy kontenera WTI”) prezentują koncepcję, według której w oferowanym kontenerowym WTI tylko jedna z dwóch sieci jest przeznaczona do przetwarzania tajnych informacji, czyli nie odzwierciedla wymagania, aby każda z co najmniej dwóch sieci miała możliwość przetwarzania takich informacji. Odwołujący bezpodstawnie z części wymagania wskazującej na możliwość równoległej pracy sieci o różnych klauzulach wywiódł wnioski, że wystarczające jest, aby tylko jedna z sieci miała możliwość przetwarzania tajnych informacji.

Uzupełniająco ustalono, że zamieszczony pod tabelą opis dodatkowy skupia się natomiast na przedstawieniu dwóch alternatywnych koncepcji wykonania kontenera, w którym przetwarzane są informacje niejawne i wskazaniu, że proponuje się wariant 1 (opracowanie kontenera o konstrukcji spełniającej wymagania normy NO-06-A201, dzięki czemu nie wszystkie urządzenia przetwarzające informacje niejawne muszą spełniać wymagania TPZU-2).

Skoro odpowiednie zabezpieczenia fizyczne są jednym z warunków *sine qua non* przetwarzania tajnych informacji, co jest przedmiotem obligatoryjnego wymagania z pkt 12.2 WZTT, nie ma znaczenia, że ten ostatni odsyła w zakresie wymagań ochrony fizycznej do pkt 6.10.2 WZTT, który nie został zaliczony do wymagań obligatoryjnych. Należało w ofercie skonkretyzować rozwiązania konstrukcyjne kontenera w aspekcie ochrony fizycznej, co trudno sobie wyobrazić bez ich wizualizacji. Tymczasem rysunki kontenera, zarówno od zewnątrz (prezentuje wymiary zewnętrzne) i wewnątrz („Rozmieszczenie stanowisk wewnątrz kontenera”, gdzie podpisano takie elementy jak słuchawki, telefon IP, monitor, laptop i klawiaturę, szafę serwerową oraz tablice ścienne) nie dotyczą w ogóle tego aspektu. Z kolei sam opis zamieszczony w pkt 6.10.2 stanowi powielenie treści wymagania,

a zatem nie obiektywnie nie jest funkcjonalnym przedstawieniem proponowanego sposobu jego spełnienia.

Skoro Odwołujący twierdzi, że wskazane przez niego w pkt 6.2.2.11 TZ (jako router szkieletowy), 6.2.2.13 (jako przełącznik dostępowy – switch) i 6.2.2.19 TZ (jako telefon IP) urządzenia będą spełniały wymagania TPZU-2, tym samym nie zaprzeczył, że aktualnie nie spełniają tych wymagań.

Odmienne sytuacja się przedstawia w odniesieniu do obligatoryjnego wymagania 12.6, które sprowadza się do obowiązku zastosowania jako firewall urządzenia posiadającego dopuszczenie lub certyfikat stosownej instytucji. W tym przypadku co do parametrów firewalla odesłano m.in. do pkt 6.2.2.9, który jednak nie ma charakteru obligatoryjnego. Skoro wskazana tam – *de facto* jako pożądana – wydajność filtrowania ruchu sieciowego na poziomie 1000 Mbps nie jest warunkiem koniecznym dla uzyskania takiego dopuszczenia lub certyfikatu, nie ma podstaw, aby uznać, że zaoferowanie urządzenia dopuszczonego lub certyfikowanego o niższej wydajności mogło być podstawą odrzucenia oferty.

W tych okolicznościach Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny.

Z wyjątkiem powyżej poczynionego zastrzeżenia, wszystkie pozostałe szczegółowe podstawy faktyczne odrzucenia rzeczywiście dotyczą niezgodności z merytorycznymi wymaganiami s.i.w.z. oferty wstępnej, w której zaprezentowano rozwiązania wprost niespełniające pewnych wymagań obligatoryjnych lub nie zaprezentowano sposobu spełnienia innych wymagań obligatoryjnych, poprzestając na deklaratoryjnym potwierdzeniu spełnienia wymagania.

{ad 5) i 6) – wymagania z pkt 6.1.25 oraz 6.1.26}

Treść wymagania obligatoryjnego z pkt 6.1.25 WZTT: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej powinien być przystosowany do przetwarzania informacji niejawnych do klauzuli ZASTRZEŻONE włącznie oraz zapewnić budowę jednej sieci niejawnej do poziomu ZASTRZEŻONE włącznie* {przypis nr 17 – zgodnie z punktem 12}.

Treść wymagania obligatoryjnego z pkt 6.1.26 WZTT: *Węzeł Teleinformatyczny w wersji przenośnej powinien umożliwiać podłączenie minimum jednej sieci zewnętrznej o klauzuli ZASTRZEŻONE.*

Zamawiający stwierdził, że wskazane zarówno w opisie dla pkt 6.1.25 i 6.1.26, jak i w pkt 5.28 „Propozycji” dla pkt 6.2.2.9 WZTT jako firewall urządzenie IP Krypto:

- 1) nie spełnia wymagania wydajności na poziomie 1000 Mbps;
- 2) szyfrowanie z jego użyciem spowoduje niespełnienie wymagania odnośnie budowy sieci do klauzuli ZASTRZEŻONE o zdefiniowanej przepływności 1000 Mbps;
- 3) uniemożliwi dołączenie WTI do eksploatowanej w MON sieci MILNET, gdyż to urządzenie szyfrujące jest typu punkt-punkt i wymaga zastosowania takiego samego urządzenia po drugiej stronie sieci.

Jak już ustalono to powyżej, pkt 6.2.2.9 określający cechy firewalla nie został zaliczony do wymagań obligatoryjnych, tym samym wydajność filtrowania ruchu sieciowego na poziomie 1000 Mbps jest parametrem pożądanym, a nie wymaganym.

Żaden z powyżej przytoczonych pkt (jak również pkt 12), nie definiują przepływności sieci przeznaczonej do przetwarzania zastrzeżonych informacji ani nie formułują wymagania kompatybilności z eksploatowaną w MON siecią MILNET.

Natomiast bez znaczenia dla sprawy są podnoszone w odwołaniu wyjaśnienia treści s.i.w.z. z 11 sierpnia 2017 r. udzielone w odpowiedzi na pyt. nr 16 i 17, gdyż wbrew temu, co zasugerowano w pytaniu nie było rozbieżności pomiędzy pkt 6.1.25 WZTT a pkt 12 WZTT, gdyż ten drugi dotyczy WTI w wersji kontenerowej, dla której wymagano zdolności do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „tajne”. Stąd odpowiedź Zamawiającego, że treść wymagania pozostaje bez zmian nie wprowadziła żadnej niejasności.

W tych okolicznościach Izba uznała zarzut odwołania za zasadny.

Zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. analizowanymi uprzednio niespełnienie wymagania, które nie miało charakteru obligatoryjnego, nie mogło być podstawą odrzucenia oferty.

Podobnie nie może być podstawą odrzucenia oferty niespełnienie wymagania, które nie zostało *explicite* wyartykułowane w opisie przedmiotu zamówienia. Potwierdza to odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wskazał, że formułując wymaganie z pkt 6.1.26 miał na myśli sieć MILNET-Z, co jest oczywiste w przypadku SZ RP. W tym przypadku aktualne jest wypracowane w orzecznictwie i doktrynie stanowisko, że brak doprecyzowania specyfikacji nie może powodować niekorzystnych skutków dla wykonawców.

Z kolei dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że zastosowanie urządzenia IP Krypto powoduje, że oferowany przenośny WTI nie spełni wymagania obligatoryjnego z pkt 6.1.8 WZTT, co stanowi niedopuszczalne na tym etapie doprecyzowanie podstawy faktycznej odrzucenia, która, jak się okazuje, została w tym zakresie określona w sposób niepełny.

{ad 7)-9) – wymagania z pkt 12.2, 12.3 i 12.7}

Treść wymagań z pkt 12.2, 12.3 i 12.7 WZTT przytoczono już powyżej.

Zamawiający stwierdził, że w opisie dla tych pkt:

- 1) nie odniesiono się do spełnienia wymagania ochrony fizycznej zgodnie z pkt 6.10.2
- 2) brak schematu blokowego lub rysunku (zdjęcia, prezentacji) wnętrza kontenera z rozmieszczonymi wewnątrz urządzeniami uniemożliwia ocenę spełnienia wymagania w zakresie separacji przestrzennej urządzeń Red i Black nie jest możliwe zweryfikowanie deklarowanego spełnienia wymagania z pkt 12.2;
- 3) brak schematu blokowego lub rysunku (zdjęcia, prezentacji) wnętrza kontenera z rozmieszczonymi wewnątrz urządzeniami oraz tablicami stacijnymi uniemożliwia ocenę spełnienia wymagania co do minimalnej odległości pomiędzy tablicami (2 m), separacji przestrzennej urządzeń Red i Black, a także możliwości rozwinięcia i jednoczesnej pracy co najmniej dwóch sieci o klauzuli TAJNE włącznie (po uwzględnieniu, że w „Propozycji” przedstawiono jedynie rozmieszczenie miejsc pracy wewnątrz kontenera);
- 4) na schemacie z pkt 5.89 „Propozycji” dla pkt 12.3 WZTT nie wskazano miejsca przewidzianego na instalację urządzenia kryptograficznego;
- 5) nie uwzględniono urządzenia kryptograficznego w bilansie energetycznym z załącznika nr 10 do oferty.

Powyższe ustalenia Zamawiającego są adekwatne.

Powtórzyć należy, że skoro odpowiednie zabezpieczenia fizyczne są jednym z warunków *sine qua non* przetwarzania tajnych informacji, co jest przedmiotem obligatoryjnego wymagania z pkt 12.2 WZTT, nie ma znaczenia, że ten ostatni odsyła w zakresie wymagań ochrony fizycznej do pkt 6.10.2 WZTT, który nie został zaliczony do wymagań obligatoryjnych. Należało w ofercie skonkretyzować rozwiązania konstrukcyjne kontenera w aspekcie ochrony fizycznej, co trudno sobie wyobrazić bez ich wizualizacji. Tymczasem rysunki kontenera, zarówno od zewnątrz (prezentuje wymiary zewnętrzne) i wewnątrz („Rozmieszczenie stanowisk wewnątrz kontenera”, gdzie podpisano takie elementy jak słuchawki, telefon IP, monitor, laptop i klawiaturę, szafę serwerową oraz tablice ścienne) nie dotyczą w ogóle tego aspektu, w tym kwestii szczegółowych dotyczących minimalnej odległości pomiędzy tablicami, separacji przestrzennej urządzeń Red i Black. Z kolei sam opis zamieszczony w pkt 6.10.2 stanowi powielenie treści wymagania, a zatem nie

obiektywnie nie jest funkcjonalnym przedstawieniem proponowanego sposobu jego spełnienia.

Bez znaczenia dla sprawy są podnoszone w odwołaniu wyjaśnienia treści s.i.w.z. z 11 sierpnia 2017 r. udzielone w odpowiedzi na pyt. nr 18 *{czy wszystkie urządzenia z tabeli nr 3 wymienione w pkt 12.2 mają spełniać wymagania technicznego poziomu zabezpieczenia urządzenia TPZU-2 bez względu na ich wersję (kontenerowa, przenośna, urządzenie szkolno-treningowe)?}*, gdyż szczegółowa kwestia TPZU-2 nie była podstawą odrzucenia. Ponadto Zamawiający odpowiedział, że treść wymagania – zgodnie z którym ten poziom zabezpieczenia dotyczy niektórych urządzeń kontenerowego WTI – pozostaje bez zmian.

Jak to już powyżej ustalono, w ofercie wstępnej w ogóle nie przewidziano możliwości pracy dwóch sieci przetwarzających informacje tajne.

Z zestawienia schematów z pkt 5.89 „Propozycji” i z pkt 6.1.14 TZ można wynika jedynie wniosek, że jako firewall znajdujący się pomiędzy routerami dostępowym i szkieletowym zastosowano urządzenie o nazwie „IP-Crypto”. Natomiast istotą wymagania z pkt 12.7 jest przewidzenie w oferowanym kontenerowym WTI miejsca na instalację w przyszłości urządzenia kryptograficznego o wskazanych tam wymiarach, poborze prądu, interfejsie sieciowym itp. z racji niedysponowania aktualnie przez SZ RP gotowym urządzeniem o pożądanym parametrach.

W odwołaniu potwierdzono, że urządzenie IP-Krypto zostało uwzględnione w bilansie energetycznym jako firewall, a nie urządzenie szyfrujące.

W tych okolicznościach Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny.

Wszystkie szczegółowe podstawy faktyczne odrzucenia rzeczywiście dotyczą niezgodności z merytorycznymi wymaganiami s.i.w.z. oferty wstępnej, w której zaprezentowano rozwiązania wprost niespełniające pewnych wymagań obligatoryjnych lub nie zaprezentowano sposobu spełnienia innych wymagań obligatoryjnych, poprzestając na deklaratoryjnym potwierdzeniu spełnienia wymagania.

Zgłoszone przez Strony dowody dotyczące aktualnych (Zamawiający) i przyszłych (Odwołujący) parametrów urządzenia IP-Krypto okazały się zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy w granicach zarzutów odwołania. Wynika to z tego, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał na nieprawidłowość zastosowania jako firewall urządzenia IP-Krypto, które jako urządzenie szyfrujące w ogóle nie jest do tego przeznaczone, a także sprecyzował inne szczegółowe zastrzeżenia co do jego parametrów.

Ponieważ naruszenie przez Zamawiającego art. 57 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie miało wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania (spośród 9 podstaw faktycznych odrzucenia 7 okazało się zasadnych), Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący:

.....

.....