

Sygn. akt: KIO 1144/18

WYROK
z dnia 27 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2018 r. przez wykonawcę

NGE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olsztyn**,

przy udziale wykonawcy **APIUS Technologies S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1144/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Gminie Olsztyn** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **APIUS Technologies S.A. z siedzibą w Krakowie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Gminę Olsztyn** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego -

wykonawcę **NGE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Olsztyn** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **NGE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** kwotę 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1144/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Olsztyn [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę Licencji NAC (kontrola dostępu do sieci)* (znak postępowania: ZP.271.1.25.2018.b).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 kwietnia 2018 r. pod numerem 544652-N-2018.

W dniu 8 czerwca 2018 r. wykonawca NGE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [dalej „Odwołujący” lub „NGE”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty firmy APIUS Technologies S.A., która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ - zgodnie z przedstawionym w odwołaniu uzasadnieniem;
2. w związku z zarzutem przedstawionym w pkt 1, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy APIUS Technologies S.A., której treść nie odpowiada treści SIWZ - zgodnie z przedstawionym w odwołaniu uzasadnieniem;
3. w związku z zarzutem przedstawionym w pkt 1, naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie wykonawcy APIUS Technologies S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, prowadzących do uzgadniania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą treści jego oferty - zgodnie z przedstawionym w odwołaniu uzasadnieniem;
4. w związku z zarzutem przedstawionym w pkt 1, naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie za pośrednictwem ww. przepisu ustawy Pzp, wykonawcy APIUS Technologies S.A. do złożenia dokumentów - zgodnie z przedstawionym w odwołaniu uzasadnieniem;
5. w związku z zarzutem przedstawionym w pkt 1, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności, tj.:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Zamawiającego w dniu 04.06.2018 r. polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę APIUS Technologies S.A.;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę NGE Polska Sp. z o.o.

Odwołujący w uzasadnieniu faktycznym odwołania wskazał, że Zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu, stosownie do postanowień art. 29 ust. 3 ustawy Pzp określił przedmiot zamówienia poprzez przywołanie znaku towarowego wskazującego na oprogramowanie Extreme Network Access Control w wersji 6.3.0.168, dopuszczając tym samym możliwość zaoferowania oprogramowania równoważnego, które będzie spełniało wymagania opisane w Rozdziale III pkt 3 ppkt 1-4 SIWZ. Dalej Odwołujący wskazał, że wykonawca APIUS Technologies S.A. składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jak wynika z treści formularza ofertowego, zaoferował oprogramowanie równoważne, tj. HP Aruba Clear Pass w wersji 6.7. W złożonej ofercie nie przedstawiono jednak żadnych dokumentów, oświadczeń i opisów, za pośrednictwem, których wykonawca APIUS Technologies S.A. wykazałby, że oferowane przez niego oprogramowanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego oraz dzięki, którym Zamawiający mógłby zweryfikować oświadczenia, do złożenia których wezwał wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślał, że wykonawca, który oferuje w swej ofercie rozwiązania równoważne zobowiązany jest do zachowania szczególnej staranności, tj. zobowiązany jest do przedstawiania rzetelnych oraz konkretnych opracowań i dokumentów, z których bezsprzecznie będzie wynikało, że zaoferowane rozwiązania spełniają wymagania Zamawiającego oraz zapewnią porównywalność złożonych ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w poszanowaniu zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Odwołujący wskazał, że powyższą zasadę potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i zacytował fragment wyroku Izby z dnia 11 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 637/16 oraz z dnia 18 czerwca 2012 r. sygn. akt: KIO 138/12.

Odwołujący zauważył, że z uwagi na okoliczność, że dokumenty za pośrednictwem, których wykonawca oferujący rozwiązania równoważne wykazuje, że oferta odpowiada wymaganiom zawartym w SIWZ, posiadają status dokumentów stanowiących treść oferty i nie podlegają złożeniu/uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 1, 2 lub art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zobligowany jest uznać, że oferta w przypadku tak istotnych braków, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie spełnienia wymogu Zamawiającego dotyczącego wykazania, że zaoferowane przez wykonawcę APIUS Technologies S.A. rozwiązania równoważne,

spełniają wymagania określone w Rozdziale III pkt 2 i 3 SIWZ. Odwołujący argumentował, iż dokumenty za pośrednictwem, których wykonawca oferujący rozwiązania równoważne wykazuje, że zaproponowane przez niego dostawy odpowiadają wymaganiom zawartym w SIWZ, stanowią niezwykle istotny element, który określa nie tylko zakres zobowiązania wykonawcy ale również opisuje sposób realizacji zamówienia oraz stanowi zasadnicze źródło informacji dla oceny zgodności oferty z SIWZ oraz rzetelnego i racjonalnego porównania złożonych ofert. Z tego też powodu, w praktyce udzielania zamówień publicznych, popartej także orzecznictwem KIO, należy przyjąć, że jest to istotna wada oferty, która skutkuje każdorazowo jej odrzuceniem. Na potwierdzenie ww. stanowiska Odwołujący przywołał wyroki KIO, tj. wyrok z dnia 18 sierpnia 2016 r. sygn. akt: KIO 1391/16, KIO 1416/16 oraz KIO 1418/16, a także wyrok z dnia 24 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 265/17.

Następnie Odwołujący wskazał, iż regulacje zawarte w aktualnie obowiązujących przepisach nie wykluczają możliwości przeprowadzenia procedury wyjaśnienia treści oferty w zakresie dokumentów za pośrednictwem, których wykonawca wykazuje, że zaoferowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania zawarte w SIWZ. Należy jednak przy tym zaznaczyć, że aby można było takie czynności wykonać ww. dokumenty muszą być uprzednio złożone wraz z ofertą. Ponadto, procedura wyjaśnienia ich treści może odnosić się do kwestii (treści) niejasnych, nieprecyzyjnych, niezrozumiałych dla zamawiającego. Tym samym należy podkreślić, że nie jest dopuszczalne, aby procedurę wyjaśnienia treści oferty można było wykorzystać do wezwania wykonawcy do złożenia określonych dokumentów, jeśli czynność taka prawnie jest niedopuszczalna. To nazbyt daleko idąca inicjatywa, która ostatecznie prowadzi do uzgadniania treści oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Wskazane zasady znajdują również odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, tj. w wyroku z dnia

5 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1324/09, wyroku z dnia 26 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1281/09, wyroku z dnia 3 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1519/09 oraz 1520/09, a także wyroku z dnia 25 marca 2011 r. sygn. akt: KIO 510/11.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że dokonana przez Zamawiającego w dniu 04.05.2018 r. i 14.05.2018 r. czynność wezwania wykonawcy APIUS Technologies S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp została dokonana w sposób nieprawidłowy, naruszający fundamentalne zasady badania i oceny ofert w trybie przywołanej regulacji Pzp. Odwołujący uzasadniał, iż na szczególną krytykę, a tym samym negatywną ocenę dokonanych czynności zasługuje fakt, że przeprowadzona procedura wyjaśnienia treści oferty została w rzeczywistości wykorzystana do wezwania wykonawcy APIUS Technologies S.A. do złożenia oświadczeń, za pośrednictwem których został on zobowiązany do wskazania modułów odpowiedzialnych za realizację poszczególnych funkcji

zaoferowanego oprogramowania oraz potwierdzenia poprzez użycie krótkiego sformułowania „TAK”/ „NIE”, że zaoferowane przez niego rozwiązania równoważne spełniają opisane w załączniku nr 1 do projektu umowy kryteria równoważności. O tym, że wezwania z dnia 04.05.2018 r. i 14.05.2018 r. tak naprawdę stanowią wezwanie do złożenia dokumentów potwierdza ich literalna treść, w których użyto zwrotów w brzmieniu „(...) poprzez złożenia oświadczenia, że system *Kontroli Dostępu HP Aruba ClearPass spełnia wszystkie wymagania wymienione poniżej (...)*”. Odwołujący zauważył, że Zamawiający załączył do każdego z wezwań zestawienie kryteriów równoważności, przedstawione w formie tabeli z odpowiednio przygotowanymi do wypełnienia przez wykonawcę kolumnami (pozycjami). Analizując zatem literalną treść wezwań, jak również ich rzeczywisty cel, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający z rażącym naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dążył do uzgodnienia z wykonawcą APIUS Technologies S.A. jaki produkt i o jakich parametrach funkcjonalnych i technicznych został ostatecznie zaoferowany. Odwołujący wskazał, iż norma wynikająca z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp w jednoznaczny sposób nakłada na wykonawcę APIUS Technologies S.A., który powołuje się w przedmiotowym postępowaniu na rozwiązania równoważne wykazanie, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł również, iż mając zatem na względzie formę oraz literalną treść oświadczeń wykonawcy APIUS Technologies S.A. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 04.05.2018 r. oraz 14.05.2018 r. powstaje istotna wątpliwość, czy złożone oświadczenia zadość czynią dyspozycji art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Ze złożonych przez wykonawcę APIUS Technologies S.A. oświadczeń wynika jedynie, że potwierdza on (poprzez złożenie krótkiego oświadczenia w formie zwrotu „TAK”), iż zaoferowane oprogramowanie

HP Aruba ClearPass w wersji 6.7 spełnia określone przez Zamawiającego w SIWZ kryteria równoważności. Wykonawca APIUS Technologies S.A. nie wykazał natomiast, jak zaoferowane oprogramowanie działa technicznie oraz funkcjonalnie w odniesieniu do każdego z przyjętych przez Zamawiającego kryteriów równoważności. Załącznik nr 1 do projektu umowy, który w pkt 2 przywołuje parametry techniczne, tj. kryteria równoważności dotyczące oprogramowania równoważnego wskazuje na szereg aspektów techniczno-funkcjonalnych, które powinno uwzględniać zaoferowane oprogramowanie. Wykonawca APIUS Technologies S.A. w składanych wyjaśnieniach, tj. w uzupełnionych na wezwanie oświadczeniach, ograniczył się jedynie do złożenia oświadczeń wg wzoru narzuconego przez Zamawiającego. W żadnym fragmencie uzupełnionych oświadczeń wykonawca nie scharakteryzował zaoferowanych parametrów technicznych i funkcjonalnych. Zamawiający nie posiada zatem w związku z ofertą firmy APIUS Technologies S.A. informacji nt. w jaki sposób zaoferowane

oprogramowanie rzeczywiście będzie funkcjonowało w aspekcie każdego z przyjętych kryteriów równoważności. Za przykład opisanej nieprawidłowości, w aspekcie informacji zawartych w SIWZ oraz ofercie wykonawcy APIUS Technologies S.A., można podać kryterium pn. „Aktywne zapobieganie przed dostępem do sieci nieautoryzowanych użytkowników, zagrożonych punktów końcowych i innych niechronionych systemów”. W niniejszym kryterium, Zamawiający informuje, że ocenie podlegać będzie sposób zapobiegania przez zaoferowane oprogramowanie określonym zagrożeniom. Oferta wykonawcy APIUS Technologies S.A., jak również złożone wyjaśnienia w ogóle nie charakteryzują proponowanych rozwiązań. Analogicznie należy odnieść się do pozostałych kryteriów określonych w pkt 2 ppkt 2.1-2.25 w załączniku nr 1 do projektu umowy, przy których Zamawiający również pyta o określone standardy, rozwiązania, mechanizmy i możliwości programu. Oferta wykonawcy APIUS Technologies S.A. nie charakteryzuje zatem, żadnego z kryteriów równoważności, ale również nie odnosi się w ogóle do wymagań Zamawiającego względem oprogramowania równoważnego opisanych w pkt 1 ppkt 1.2 załącznika nr 1 do projektu umowy, gdzie mowa jest o wymianie licencji, wdrożeniu oprogramowania w określonej konfiguracji, czy obowiązku przeprowadzenia szkoleń. Oferta nie zawiera również informacji nt. zwiększenia ewentualnej czasochłonności przygotowania stanowisk komputerowych, zapewnienia kompatybilności z używanymi przez Zamawiającego systemami i aplikacjami, co pozostaje niezbędne do sprawnego funkcjonowania stacji roboczych w infrastrukturze teleinformatycznej Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że z dokumentacji prowadzonego postępowania wynika, że Zamawiający podczas realizacji procesu badania i oceny oferty wykonawcy APIUS Technologies S.A. w zakresie zaoferowanego oprogramowania posiłkował się dodatkowo wyjaśnieniami przedstawiciela firmy HPE Aruba Hewlett-Packard Enterprise Polska tj. firmy nie będącej uczestnikiem przedmiotowego postępowania. Niniejsza okoliczność stanowi dodatkowy dowód w ocenie Odwołującego, że ocena przez Zamawiającego zaoferowanego rozwiązania równoważnego została przeprowadzona nie tylko w oderwaniu od regulacji i zasad zawartych w art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, ale i od podstawowych zasad i przepisów Pzp. Obowiązek wykazania, że zaoferowane rozwiązanie równoważne odpowiada kryteriom równoważności wymienionym i określonym w pkt 2 w załączniku nr 1 do projektu umowy stanowi wyłącznie obowiązek wykonawcy, a nie Zamawiającego lub innych podmiotów nie będących uczestnikami danego postępowania.

W końcu Odwołujący wskazał, iż przywołane w odwołaniu uzasadnienie dotyczące nieprawidłowo dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, w oczywisty sposób prowadzi do naruszenia fundamentalnej w polskim oraz europejskim

systemie zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyniku zastosowania błędnej wykładni art. 87 ust. 1 oraz art. 30 ust. 5 ustawy Pzp przez Zamawiającego Odwołujący pomimo, że złożył ofertę z produktem referencyjnym oraz ofertę odpowiadającą wszystkim wymaganiom formalno-prawnym Zamawiającego opisanym szczegółowo w SIWZ, pozbawiony zostaje realizacji przedmiotowego zamówienia na rzecz wykonawcy, który zaoferował produkt o parametrach technicznych i funkcjonalnych, które w ogóle nie zostały scharakteryzowane i wykazane jako spełniające kryteria równoważności opisane przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do projektu umowy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 czerwca 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż SIWZ nie wymagała od wykonawców dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego oświadczenie złożone na formularzu ofertowym w zakresie spełnienia przez oferowane produkty wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca w oparciu o jasny, precyzyjny opis produktu referencyjnego i produktu równoważnego mógł podjąć decyzję odnośnie udziału w postępowaniu uznając, że oferowany przez niego produkt spełni wymagania Zamawiającego. Z kolei w Rozdziale VI SIWZ zatytułowanym „informacje o oświadczeniach i dokumentach jakie muszą być dołączone do oferty”, Zamawiający nie wymagał by do oferty zostały dołączone jakiegokolwiek dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań równoważności, poza oświadczeniem złożonym w punkcie 3 formularza ofertowego, iż oferowane licencje NAC spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego zważywszy, że SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu, Zamawiający nie mógł wymagać od wykonawcy przedłożenia dodatkowych dokumentów wraz z ofertą, bowiem obowiązek taki nie wynikał ani z dokumentacji przetargowej ani z przepisów ustawy Pzp.

Dalej Zamawiający argumentował, że istotą oceny oferty Przystępującego było ustalenie czy oferta spełnia wymagania postawione w SIWZ przez Zamawiającego, dlatego Zamawiający korzystając ze swych uprawnień, czuwając nad prawidłowym przebiegiem postępowania oraz mając na względzie wcześniejsze pisma Odwołującego się, w których kwestionował prawidłowość konkurencyjnej oferty, wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie proponowanego oprogramowania HP Aruba ClearPass w wersji 6.7. W odpowiedzi wykonawca ten potwierdził, że oferowany przez

niego produkt spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ. Ponadto, mając na względzie rzetelną ocenę ofert, Zamawiający zwrócił się do przedstawiciela Hewlett-Packard Enterprise Polska o potwierdzenie, że oferowane produkty spełniają kryteria równoważności podane w opisie przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi z dnia 22 maja 2018 r. Hewlett-Packard Enterprise Polska potwierdził, iż rozwiązanie Aruba ClearPass spełnia kryteria równoważności podane w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazywał, że nie ulega wątpliwości, iż regulacja prawna w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiającego do takiego działania oraz korzystania z uprawnień jakie przypisuje mu ustawa Pzp, które doprowadzą do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ oraz ustawą Pzp. Powyższe twierdzenie znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku, w którym czytamy, że „oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji” (wyrok SO w Gdańsku z dnia 8 maja 2013 r. sygn. akt: XII Ga 186/13). Zamawiający podniósł, że w sposób jasny i precyzyjny opisał produkt, który będzie uważał za równoważny, a następnie dołożył należytej staranności przy ocenie ofert, co skutkowało uznaniem oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, ponieważ treść oferty w pełni odpowiadała wymaganiom postawionym w SIWZ przez Zamawiającego. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 13 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 896/15, wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16, wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 117/17.

Konkludując ww. argumentację Zamawiający wskazał, iż jego postępowanie pozostawało w zgodzie z postanowieniami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp. Zamawiający po rzetelnym przeprowadzeniu badania i oceny ofert doszedł do uzasadnionego przekonania, że to oferta Przystępującego, zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający uzupełniając ww. argumentację przywołał wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 117/17 oraz z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16. Ponadto Zamawiający wskazał, iż szczegółowość wezwań do wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie proponowanego oprogramowania HP Aruba ClearPass w wersji 6.7. kierowana do Przystępującego podyktowana okolicznościami stanu faktycznego przedmiotowego postępowania, miała na celu wyłącznie należytą ocenę oferty. Należy wyraźnie podkreślić, iż wezwania służyły potwierdzeniu oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym, iż oferowane licencje NAC spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ. W żadnym razie

wykonawca APIUS Technologies S.A. nie zmieniał treści swojej oferty, nie zaproponował nowego produktu, ani innej wersji oferowanego rozwiązania. Wykonawca jedynie potwierdzał okoliczności, które wskazywał uprzednio w formularzu ofertowym, dlatego nie może być mowy o zmianie treści oferty, jak sugeruje Odwołujący na stronie 7 odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w konkretnych przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. Jak wskazuje P. Granecki: „należy zważyć, że normy zawarte w art. 7 ust. 1 PrZamPubl kierowane są przede wszystkim do zamawiającego i stanowią klauzule generalne adresowane do zachowań przewidzianych wyłącznie w przepisach Prawa zamówień publicznych. W związku z powyższym w orzecznictwie wyraża się zapatrywanie, że art. 7 ust. 1 PrZamPubl nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze powinien odnosić się do czynności lub zaniechania wynikającego z Prawa zamówień publicznych (tak: wyr. KIO z 15.1.2015 r., KIO 2777/14, KIO 2811/14)” (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016). Zamawiający na potwierdzenie ww. stanowiska przywołał również wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO 2777/14 oraz z dnia 6 grudnia 2016 r. sygn. akt: KIO 2180/16.

Tymczasem w ocenie Zamawiającego, Odwołujący dokonuje opisu zarzutu poprzez sformułowanie zaledwie dwóch zdań (na ostatniej stronie odwołania) ograniczających się w zasadzie do wyrażenia swojego niezadowolenia wobec dokonania przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy APIUS Technologies S.A. Tym samym, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani na poziomie faktów ani na poziomie argumentacji prawnej, że w toku postępowania po stronie Zamawiającego doszło do jakiegokolwiek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których

mowa

w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy w zakresie wąskiego rozumienia „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, o którym mowa w ww. przepisie. Zdaniem Zamawiającego interes w uzyskaniu zamówienia winien być powiązany z konkretnym postępowaniem i nie dotyczy hipotetycznego udziału wykonawcy w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia. Tym samym z uwagi na podnoszoną przez Zamawiającego konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania podyktowaną brakiem możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, która została podana do wiadomości wykonawców w rozdziale III pkt 9 SIWZ (218 823,40 zł brutto) oraz która była ściśle związana z ustanowionymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert (wykonawca, który oferował cenę wyższą niż 218 823,40 zł brutto otrzymywał zero punktów w kryterium cena), do ceny oferty zaoferowanej przez Odwołującego (323 924,19 zł brutto), wykonawca NGE nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia rozumianego jako dążenie wykonawcy do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i wszczęcia przez Zamawiającego kolejnego postępowania.

Izba nie podzieliła ww. poglądu Zamawiającego i wskazuje, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w przesłance posiadania „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skoro bowiem może potencjalnie prowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy w nowym postępowaniu. Wskazać należy, iż ww. pojęcie, o którym mowa w art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy (co najmniej, gdyż art. 182 ust. 4 ustawy Pzp dopuszcza wnoszenie środków ochrony prawnej także po zawarciu umowy), która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Tym samym jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez tego samego zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to, ubieganie się o to samo -

dane

zamówienie

publiczne

i póty wykonawca ma interes w jego uzyskaniu.

Zamawiający w dniu 11 czerwca 2018 r. powiadomił wykonawców o odwołaniu wniesionym przez wykonawcę NGE.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze Uczestnika, wykonawcę APIUS Technologies S.A. [dalej „APIUS”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 14 czerwca 2018 r. po stronie Zamawiającego. Przystępujący złożył pismo procesowe z dnia 25 czerwca 2018 r., w którym przedstawił uzasadnienie prawne i faktyczne swojego stanowiska.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę wykonawcy APIUS, wezwania Zamawiającego skierowane do wykonawcy APIUS z dnia 4 i 14 maja 2018 r. oraz odpowiedzi wykonawcy APIUS na rzeszone wezwania Zamawiającego. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska

i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 czerwca 2018 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia była rozbudowa niewyłącznej, nieograniczonej czasowo licencji na korzystanie z oprogramowania Extreme Network Access Control w wersji 6.3.0.168 lub równoważnego o możliwość obsługi dodatkowych 4000 użytkowników/stacji roboczych

(z zastrzeżeniem ust. 3.2 SIWZ) oraz dodatkowych 200 autentykatorów.

Szczegółowy zakres określony został w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiącym załącznik nr 1 do wzoru umowy.

Zgodnie z rozdziałem III ust. 3 SIWZ, w wypadku oferowania przez wykonawcę oprogramowania równoważnego wykonawca w celu spełnienia potrzeb Zamawiającego, w ramach ceny wskazanej w ofercie musiał zapewnić:

1. spełnienie przez zaoferowane oprogramowanie kryteriów równoważności wymienionych w pkt 2. Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiącego załącznik nr 1 do wzoru umowy;
2. wymianę wszystkich licencji na oprogramowanie NAC aktualnie posiadane przez Zamawiającego (Zamawiający posiada aktualnie licencje na oprogramowanie Extreme Network Access Control w wersji 6.3.0.168 umożliwiającą korzystanie z oprogramowania do uwierzytelnienia 1000 użytkowników lub stacji roboczych oraz możliwość podłączenia do 50

autentykatorów) na stosowną ilość licencji Oprogramowania równoważnego, celem zapewnienia Zamawiającemu zakresu uprawnień analogicznego do aktualnie posiadanego oraz spełniające wymagania opisane w pkt 2. Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiącego załącznik nr 1 do wzoru umowy;

3. wdrożenie oprogramowania w konfiguracji analogicznej do aktualnie posiadanego;
4. przeprowadzenie w uzgodnionym terminie szkolenia z funkcjonalności oferowanego oprogramowania w wymiarze 3 dni po 8 godzin dla 5 pracowników wybranych przez Zamawiającego.

Ciężar udowodnienia równoważności zaoferowanego przedmiotu spoczywa na wykonawcy (art. 30 ust. 5 ustawy Pzp). W przypadku wątpliwości dotyczących równoważności oferowanych produktów Zamawiający wezwie wykonawcę do złożenia we wskazanym terminie wyjaśnień dotyczących treści oferty.

W punkcie 2 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do umowy) Zamawiający określił parametry techniczne - kryteria równoważności w przypadku zaoferowania oprogramowania równoważnego.

Zgodnie z ww. punktem System Kontroli Dostępu musiał spełniać wszystkie wymagania wymienione poniżej:

1. aktywne zapobieganie przed dostępem do sieci nieautoryzowanych użytkowników, zagrożonych punktów końcowych i innych niechronionych systemów;
2. rozwiązanie musi wykorzystywać oparte na standardach mechanizmy uwierzytelniania dla potrzeb procesów wykrywania, oceniania, kwarantanny, korygowania i autoryzacji podłączanych systemów końcowych;
3. musi współpracować z Microsoft Active Directory oraz LDAP;
4. funkcja IP-to-ID Mapping, która łączy razem nazwę użytkownika, adres IP, adres MAC oraz port fizyczny każdego punktu końcowego;
5. funkcja portalu rejestracyjnego dla kontroli dostępu, by zapewnić bezpieczne korzystanie z sieci przez gości, bez udziału pracowników działu IT;
6. możliwość przydzielania dostępu przez portal służący do zatwierdzania rejestracji gości;
7. musi umożliwiać monitorowanie zdarzeń systemów końcowych i przedstawianie wyników o stanie zabezpieczeń systemu w oparciu o najbardziej aktualne skanowania przeprowadzane podczas oceniania;
8. musi obsługiwać metody uwierzytelniania typu: EAP-PEAP, EAP-TLS, EAP-MD5, MsCHAP, PAP i współpracuje z urządzeniami: Juniper EX3300, Cisco Wireless Controller Model 2504, Extreme IdentiFi Wireless Appliance wersja 2110 zainstalowane w sieci Urzędu Miasta;
9. musi posiadać wbudowany serwer RADIUS oraz serwer AAA;

10. musi zapewniać rozwiązanie NAC typu inline oraz out-of-band, które może być zarządzane przez jedną centralną aplikację;
11. musi obsługiwać uwierzytelnianie RADIUS oraz LDAP;
12. musi obsługiwać lokalną autoryzację MAC;
13. musi mieć zdolność ciągłego przypisywania profili bezpieczeństwa określonemu użytkownikowi, adresowi MAC lub OUI (OrganizationallyUniqueIdentifier) adresu MAC, tak aby użytkownik, urządzenie lub grupa urządzeń miały przydzielony ten sam zestaw zasobów sieci, niezależnie od swojej lokalizacji lub konfiguracji serwera RADIUS;
14. musi zapewniać automatyczne wykrywanie punktów końcowych i śledzenie ich położenia poprzez identyfikowanie nowych adresów MAC i IP, nowych sesji uwierzytelniających (802.1X, wykorzystujące przeglądarkę internetową, Kerberos) żądania RADIUS pochodzących z przełączników dostępowych oraz zapytań DHCP;
15. musi zapewniać możliwość powiadamiania poprzez Syslog, pocztę elektroniczną lub usługi webowe o zmianach stanu systemów końcowych, rejestracji gości oraz wynikach skanowania stanu zabezpieczeń systemów końcowych;
16. musi obsługiwać mechanizmy w oparciu o role umożliwiające przepuszczanie lub odrzucanie ruchu sieciowego, nadawanie mu priorytetów, ograniczanie jego szybkości, łagowanie, przekierowywanie i kontrolowanie go w oparciu o tożsamość użytkownika, czas i położenie, typ urządzenia i inne zmienne środowiskowe;
17. musi posiadać panel administracyjny, przedstawiający szczegółowy obraz stanu zabezpieczeń podłączonych lub próbujących się podłączyć systemów końcowych;
18. musi posiadać portal do automatycznej rejestracji urządzeń mobilnych oraz komputerów spoza domeny Active Directory (BYOD - BringYourOwn Device), obsługujący nie mniej niż następujące systemy operacyjne — Apple iOS oraz MAC OSX, Android, Windows 7/8/10;
19. musi posiadać mechanizm zarządzania uprawnieniami użytkowników, którzy będą mogli rejestrować swoje urządzenia;
20. zarządzanie funkcjami systemu musi odbywać się przez przeglądarkę lub dedykowaną aplikację z kryptograficznym zabezpieczeniem transmisji (SSL/HTTPS);
21. musi zapewniać tworzenie uprzywilejowanych użytkowników z uprawnieniami do zarządzania kontami gości (tworzenie kont, masowe tworzenie kont, modyfikacja, kasowanie);
22. musi obsługiwać nie mniej niż 5000 jednoczesnych sesji RADIUS, w tym minimum 100 BYOD oraz 500 gości;
23. Zamawiający obecnie posiada rozwiązanie wirtualne. Zamawiający dopuszcza rozwiązanie na dedykowanym serwerze fizycznym typu RACK;

24. jeżeli zaoferowane oprogramowanie równoważne będzie wymagało konieczności poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych nakładów (w szczególności zmianę konfiguracji usług sieciowych, szkolenie pracowników, zwiększenie dotychczasowej czasochłonności przygotowania stanowisk komputerowych, dokonanie kompatybilności z używanymi przez Zamawiającego systemami i aplikacjami), niezbędnych do sprawnego funkcjonowania stacji roboczych w infrastrukturze teleinformatycznej Zamawiającego, to wszelkie koszty z tym związane ponosi wykonawca;

25. w przypadku, gdy zaoferowane przez wykonawcę równoważne oprogramowanie nie będzie właściwie współdziałać ze sprzętem i oprogramowaniem funkcjonującym u Zamawiającego lub spowoduje zakłócenia w funkcjonowaniu pracy środowiska sprzętowo-programowego u Zamawiającego, wykonawca pokryje wszystkie koszty związane z przywróceniem i sprawnym działaniem infrastruktury sprzętowo-programowej Zamawiającego oraz na własny koszt dokona niezbędnych modyfikacji przywracających właściwe działanie środowiska sprzętowo-programowego Zamawiającego również po odinstalowaniu oprogramowania równoważnego.

Wykonawca APIUS w punkcie 1a formularza ofertowego oświadczył, że zapewnia Zamawiającemu prawo do korzystania z oprogramowania HP Aruba ClearPass w wersji 6.7, w celu obsługi 5000 użytkowników lub stacji roboczych oraz nielimitowaną ilość autentykatorów. Ponadto w punkcie 3 lit. c formularza ofertowego oświadczył, że oferowane licencje NAC, spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Wykonawca nie załączył do oferty żadnych dokumentów potwierdzających, iż oferowane oprogramowanie spełnia kryteria równoważności opisane przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do umowy.

Pismem z dnia 4 maja 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę APIUS w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie proponowanego oprogramowania HP Aruba ClearPass w wersji 6.7, które powinno spełniać minimalne wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do wzoru umowy. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy oferowane oprogramowanie spełnia wymagania określone w SIWZ poprzez złożenie oświadczenia, że System Kontroli Dostępu HP Aruba ClearPass spełnia wymagania, o których mowa w punkcie 2 ppkt 1-22 załącznika nr 1 do wzoru umowy. Zamawiający do ww. pisma załączył wzór oświadczenia w postaci tabeli zawierającej opis ww. 22 parametrów, w której oczekiwał od wykonawcy postawienia „X” w kolumnie „TAK”/”NIE” w odniesieniu do każdego parametru.

Wykonawca APIUS w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego oświadczył, że System Kontroli Dostępu HP Aruba ClearPass spełnia wszystkie wymagania

zawarte

w tabeli, stawiając „X” w kolumnie „TAK” przy każdym parametrze.

W dniu 14 maja 2018 r. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę APIUS na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie proponowanego oprogramowania HP Aruba ClearPass w wersji 6.7, poprzez wyjaśnienie czy oferowane oprogramowanie spełnia wymagania określone w SIWZ i wskazanie, które moduły funkcjonalne w produkcie oferowanym przez oferenta spełniają wymagania określone w punkcie 2 pkt 1 – 22 załącznika nr 1 do wzoru umowy. Do ww. pisma Zamawiający załączył wzór oświadczenia w postaci tabeli zawierającej opis ww. 22 parametrów, w której oczekiwał od wykonawcy podania nazwy modułu realizującego każdy parametr.

Wykonawca APIUS w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego złożył ww. oświadczenie podając nazwę modułu realizującego każdy z 22 parametrów.

Nadto w dniu 17 maja 2018 r. Zamawiający wystąpił do Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z prośbą o wyjaśnienia, czy oferowane przez wykonawcę uczestniczącego w przedmiotowym postępowaniu oprogramowanie HP Aruba ClearPass w wersji 6.7 spełnia kryteria równoważności podane w opisie przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnienie, czy wskazane przez wykonawcę moduły funkcjonalne spełniają kryteria równoważności.

Pismem z dnia 25 maja 2018 r. Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. oświadczył, jako oficjalny przedstawiciel producenta, iż rozwiązanie Aruba ClearPass spełnia kryteria równoważności podane w opisie przedmiotu zamówienia oraz potwierdził właściwe przypisanie konkretnych modułów do wymagań technicznych.

W dniu 4 czerwca 2018 r. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą w postępowaniu ofertę wykonawcy APIUS. Z kolei oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy APIUS, której treść nie odpowiadała treści SIWZ, w ocenie Izby, zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Z kolei stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą

negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Izby, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu zamawianemu w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16).

Izba wskazuje, że z treści oferty wykonawcy w sposób jednoznaczny winien wynikać zakres zobowiązania wykonawcy tak co do oferowanego przedmiotu świadczenia, jak i sposobu jego wykonania oraz innych istotnych warunków określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym dotyczących obowiązku wykonawcy wykazania równoważności oferowanego rozwiązania. Nie jest bowiem dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp doprecyzowywanie przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferowanego rozwiązania czy też produktu. Przyjęcie odmiennego poglądu, w ocenie Izby, stanowiłoby naruszenie fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak również stwarzałoby wykonawcy szansę na manipulację treścią oferty, wprowadzając jednocześnie po stronie zamawiającego stan niepewności co do przedmiotu oferowanego świadczenia, jak również brak możliwości ustalenia zgodności oferowanego przedmiotu z wymogami wynikającymi z SIWZ. Z uwagi na powyższe, wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą służyć jedynie rozwianiu pewnych wątpliwości zamawiającego co do wskazanego w ofercie przedmiotu świadczenia w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy jest niejasna, wewnętrznie sprzeczna, czy nieprecyzyjna. Skorzystanie jednak przez Zamawiającego z regulacji określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może służyć konwalidowaniu błędów wykonawców popełnionych na etapie składania ofert, w tym dotyczących braku wykazania zamawiającemu jaki produkt i o jakich parametrach funkcjonalnych i technicznych został ostatecznie zaoferowany, w sytuacji gdy obowiązek taki wynikał z dokumentów postępowania.

Następnie zauważyć należy, iż w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że

oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 30 ust. 5 ustawy Pzp). Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, jakoby ww. przepis znajdował zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia zostanie opisany za pomocą norm, a nie dotyczy on opisanego przedmiotu zamówienia w sposób, o którym mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, mimo jego umiejscowienia, ma charakter generalny i odnosi się do przypadków, gdy wykonawca oferuje rozwiązania równoważne.

Podsumowując powyższe w ocenie Izby treść oferty przedstawiająca, jakie konkretne rozwiązania czy produkty oferuje wykonawca musi być ustalona nie później niż w terminie składania ofert i nie może być uzupełniana, czy też uszczegółowiana po tym terminie. Z kolei wykonawca, które oferuje rozwiązania równoważne opisywanym ma obowiązek wykazać Zamawiającemu za pomocą dowolnych środków dowodowych, iż zaoferowane w ofercie produkty spełniają kryteria równoważności opisane przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy Izba wskazuje, że z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział III pkt 3) jednoznacznie wynikało, iż Zamawiający oczekiwał od wykonawców oferujących rozwiązania równoważne opisywanym udowodnienia spełnienia kryteriów równoważności, które zostały przez Zamawiającego enumeratywnie wyspecyfikowane w treści załącznika nr 1 do wzoru umowy. Nie można nie zauważyć, jak starał się przekonywać Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą oraz w odpowiedzi na odwołanie, iż w ww. postanowieniu SIWZ Zamawiający wskazał w nawiasie – „art. 30 ust. 5 ustawy”.

Następnie Izba wskazuje, iż brak określenia przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia katalogu dokumentów, które winien złożyć wykonawca w celu wykazania kryteriów równoważności postawionych przez Zamawiającego, należało rozumieć w ten sposób, iż wykonawcy mieli dowolność w powyższym zakresie. Innymi słowy wykonawcy mogli za pomocą wszelkich środków dowodowych wykazywać Zamawiającemu, iż oferowane oprogramowanie odpowiada parametrom żądanym w SIWZ, czyniąc tym samym zadość obowiązkowi wynikającemu zarówno z treści specyfikacji, jak i z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy należy przyjąć, że Przystępujący nie sprecyzował w treści oferty oferowanego przez siebie rozwiązania równoważnego w kontekście oczekiwanych przez Zamawiającego kryteriów równoważności, po to aby dać wiedzę Zamawiającemu co do oferowanego produktu równoważnego i ustalenia, czy oferowany przez wykonawcę produkt spełnia wymogi określone w SIWZ dla produktów równoważnych. Wykonawca APIUS ograniczył się jedynie do wskazania nazwy oprogramowania oraz złożenia ogólnego oświadczenia o spełnieniu wymogów określonych w specyfikacji, nie powołując się przy tym na jakiegokolwiek środki dowodowe mające

potwierdzać zgodność równoważnego produktu z wymogami Zamawiającego. Powyższe w ocenie Izby świadczy o tym, iż Przystępujący nie podjął nawet próby sprostania obowiązkowi wykazania kryteriów równoważności wynikającemu jednoznacznie z rozdziału III pkt 3 SIWZ, jak i art. 30 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby oświadczeń wykonawcy APIUS zawartych w formularzu ofertowym „*iz oferowane licencje NAC, spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ*” oraz że wykonawca „*oferuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ*” nie można uznać za wystarczające dla uznania, iż wykonawca wykazał, że oferowane przez niego równoważne oprogramowanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. W ocenie Izby „wykazanie”, o którym mowa w art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oznacza więcej aniżeli ogólną deklarację wykonawcy, iż oferowany przedmiot odpowiada wymogom Zamawiającego.

W świetle powyższego, w tym mając na uwadze w szczególności, iż w rozdziale III pkt 3 SIWZ Zamawiający wprost nałożył na wykonawców obowiązek udowodnienia spełniania kryteriów równoważności, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy wskazywali, iż brak określenia przez Zamawiającego w SIWZ katalogu dokumentów w celu wykazania kryteriów równoważności zwalniał wykonawcę powołującego się na takie rozwiązania od ich złożenia wraz z ofertą oraz że wystarczającym dla spełnienia ww. wymogu było oświadczenie własne wykonawcy.

Konkludując, zdaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę, Przystępujący nie spełnił wynikającego z rozdziału III pkt 3 SIWZ obowiązku polegającego na udowodnieniu Zamawiającemu, że zaoferowane rozwiązanie równoważne spełniało kryteria określone przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do umowy. Wykonawca APIUS nie charakteryzując poszczególnych parametrów równoważnego oprogramowania ani nie załączając do oferty jakichkolwiek dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania kryteriów równoważności pozbawił Zamawiającego możliwości weryfikacji zgodności oferowanego przedmiotu z wymogami SIWZ, przez co w konsekwencji nie wykazał parametrów równoważności.

Izba podzieliła również argumentację Odwołującego w zakresie braku dopuszczalności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jakkolwiek samo wezwanie wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do oferowanych rozwiązań równoważnych jest dopuszczalne, w sytuacji gdy po stronie zamawiającego powstaną wątpliwości dotyczące treści oferty, to nie może ono jednak prowadzić do naprawy błędów popełnionych przez wykonawców na etapie składania ofert, w tym do uzupełniania czy też uzgadniania między zamawiającym a wykonawcą treści

oferty. Żądanie przez Zamawiającego wyjaśnień nie może rekompensować braku wykazania przez wykonawcę w ofercie, iż oferowany produkt spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego w SIWZ.

W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby Zamawiający wzywając, pismem z dnia 4 maja 2018 r. oraz 14 maja 2018 r., wykonawcę APIUS, który oferując oprogramowanie równoważne nie przedstawił ani jego charakterystyki pod kątem wymogów określonych przez Zamawiającego ani nie załączył wraz z ofertą jakichkolwiek dokumentów potwierdzających równoważność oferowanego rozwiązania, w istocie stworzył ww. wykonawcy nieznajdującą uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp szansę na uzupełnienie treści oferty, po upływie terminu składania ofert, co do oferowanego przedmiotu. Jak już wskazano powyżej, treść oferty wykonawcy, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym, winna jednoznacznie określać zakres zobowiązania wykonawcy, po to by Zamawiający mógł należycie zbadać ofertę wykonawcy w zakresie postawionych w SIWZ wymagań.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Odwołującego, jakoby wezwania wystosowane do Przystępującego pismem z dnia 4 i 14 maja 2018 r. stanowiły wezwania do złożenia dokumentów. Treść ww. wezwań skierowanych do wykonawcy APIUS wskazuje, iż celem Zamawiającego było złożenie przez Przystępującego oświadczenia potwierdzającego spełnianie przez System Kontroli Dostępu HP Aruba ClearPass wymagań określonych przez Zamawiającego, o których mowa w punkcie 2 ppkt 1 – 22 załącznika nr 1 do wzoru umowy oraz podania przez wykonawcę modułów odpowiadających za spełnienie ww. kryteriów równoważności. Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie żądał od wykonawcy jakichkolwiek dokumentów mających potwierdzać, że oferowane przez wykonawcę APIUS rozwiązanie jest równoważne, poprzestając jedynie na oświadczeniach własnych wykonawcy.

W końcu odnosząc się do kwestii wystąpienia przez Zamawiającego do HP Enterprise Polska Sp. z o.o. z prośbą o potwierdzenie spełniania kryteriów równoważności przez oferowane przez wykonawcę APIUS oprogramowanie równoważne Izba wskazuje, że powyższe działanie Zamawiającego nie uchybia przepisom ustawy Pzp, a w wielu przypadkach stanowi dowód szczególnej staranności zamawiających w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dbających o wybór oferty wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Podkreślić jednak należy, iż oświadczenie podmiotu trzeciego, którego produkty oferowane są przez wykonawcę ubiegającego się o dane zamówienie, tj. w wypadku niniejszej sprawy - oświadczenie HP Enterprise Polska Sp. z o.o. nie może zastępować działania wykonawcy, na którym to spoczywa obowiązek złożenia oferty zgodnej z SIWZ oraz wykazania Zamawiającemu na moment złożenia oferty, że oferowany przedmiot spełnia kryteria równoważności. Poza powyższym Izba wskazuje, że w oświadczeniu

producenta oprogramowania brak jest informacji dotyczącej wersji oprogramowania Aruba ClearPass, które w ocenie ww. podmiotu, spełnia postawione przez Zamawiającego kryteria równoważności.

W konsekwencji powyższego potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz związany z nim zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a to z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający wbrew postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przepisom ustawy Pzp dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy APIUS, która winna podlegać odrzuceniu, uchybiając tym samym zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 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 (Dz. U. z 2018 r. Nr 972 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 9 000 zł.

Przewodniczący: