

Sygn. akt KIO 2570/17

**WYROK**  
**z dnia 15 grudnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2017 r. przez odwołującego - **ADT Group Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Unijnych Projektów Transportowych, Plac Europejski 2, 00-844 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Trecom Sp. z o.o. S.K, ul. Czyżewska 10, 02-908 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **ADT Group Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - ADT Group Sp. z o.o. z Warszawy (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz.1579), (ustawa Pzp), którego przedmiotem jest: „Dostawa przełączników sieciowych wraz z modułami oraz niezbędnym okablowaniem dla CUPT” nr referencyjny 16.2017.ZAM. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający - Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie naruszył:

1. Art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty ADT Group Sp. o.o., pomimo że odpowiada ona treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
2. Art. 87 ust 1 Pzp z uwagi na odstępianie od żądania wyjaśnień treści oferty w sytuacji, gdy u Zamawiającego zrodziły się wątpliwości co do jej treści w zakresie zaoferowanych produktów, i oparcie podstaw odrzucenia na nieokreślonych źródłach informacji.

Skutkiem powyższego Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty ADT Group Sp. z o.o., zaniechał wezwania do wyjaśnień treści oferty i jej nieuzasadnionym odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji dokonał wyboru oferty wykonawcy Trecom Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej w miejsce oferty ADT Group Sp. z o.o. Wskazując na powyższe wnoszę o uwzględnienie w całości niniejszego odwołania oraz: unieważnienie (1) czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty ADT Group Sp. z o.o.; (2) dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie ADT Group Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający przyjął bezzasadnie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z wymogami stawianymi przez Zamawiającego w SIWZ. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust 1 Pzp.

W uzasadnieniu podał, że zgodnie z treścią oferty, Odwołujący w formularzu ofertowym zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (oświadczenie pkt 2 Formularza Oferty) oraz oświadczył iż zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, określone w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ (oświadczenie pkt 4

Formularza Oferty). Tym samym Zamawiający posiadał jednoznaczną informację, iż oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z SIWZ, czyli zawiera wszystkie wymagane w SIWZ elementy składowe. Zamawiający odrzucając ofertę oparł swoje stanowisko wyłącznie na informacji handlowej odnośnie nazwy produktu, zawartej w zestawieniu cenowym oraz na nieokreślonym źródle informacji (prawdopodobnie wiedzy własnej oraz informacji marketingowych ze stron producenta), co do danych technicznych zaoferowanych produktów. Zamawiający nie uwzględnił, iż producent oraz dystrybutor może oferować gotowe zestawy (np. zestawy promocyjne, zestawy dedykowane dla konkretnego projektu lub klienta, które w ramach jednej nazwy lub numeru katalogowego zawierają wiele różnych produktów) indywidualnie przygotowywane i modyfikowane na potrzeby konkretnego odbiorcy, a nazwa handlowa produktu nie może być kwalifikowana jako specyfikacja techniczna produktu. Zgodzić się należy ze stanowiskiem KIO, iż „same dokumenty zamieszczone w Internecie przez producenta czy dystrybutora dotyczące jakiegoś przedmiotu nie mogą być uznane bez zastrzeżeń za dokumentację konkretnego produktu”(wyrok KIO 2011/15 i KIO 2012/15).

Zamawiający dostrzegając niejasności treści Formularza oferty nie miał prawa do arbitralnej oceny, czy oferowany przedmiot zamówienia, posiada wymagane funkcjonalności i elementy. Jedynym sposobem rozstrzygnięcia winno być wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał. Bowiem obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić on żadnych elementów oferty niewyjaśnionych. Tym samym Zamawiający u którego zrodziły się wątpliwości co do treści oferty jest zobowiązany do żądania wyjaśnień. Wskazać również należy na orzecznictwo KIO zgodnie z którym „odrzuć ofertę można gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ. W żadnym razie nie można tego dokonywać, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, uzupełniona albo wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ. Zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki”, jak również „zweryfikowanie wszystkich niejasności oferty jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego” (KIO 2581/13 oraz KIO 1738/12 i KIO 1744/12). Wyjaśnienia mają służyć rozwianiu wątpliwości dotyczących oświadczenia woli składanego przez wykonawcę w formie oferty. Podkreślił, że przesłanki odrzucenia oferty ADT Group Sp. z o.o. oparte na nieokreślonych źródłach informacji, są całkowicie niezgodne ze stanem faktycznym. Złożona w przedmiotowym postępowaniu oferta została przygotowana na podstawie indywidualnej i dedykowanej dla Zamawiającego oferty handlowej przygotowanej przez oficjalnego i autoryzowanego dystrybutora CISCO - firmy ABC Data S.A. Dystrybutor ma możliwość dowolnego przygotowywania i nazywania zestawów (tzw. bundlów) handlowych, które zawierać mogą promocyjne zestawy produktów, co jest powszechną praktyką stosowaną na

rynku. Dla celów przedmiotowego postępowania dystrybutor zaoferował zestaw handlowy, który w ramach nazwy handlowej produktu „Cisco Catalyst 3850 4x10GE NetWork Modul.C3850-NM-4-10G” zawiera wkładki optyczne 10GB SFP+ LC (indywidualnie dostępne również pod numerem części Cisco SFP-10G-LRM= 10GBASE-LRM SFP Module).

Reasumując, podkreślił, że Zamawiający powinien wyjaśnić wszelkie wątpliwości związane z ofertą Odwołującego, żądając stosowanych wyjaśnień. Co więcej, Zamawiający błędnie ocenił ofertę wykonawcy, albowiem oparł swoje stanowisko o informacje z nieokreślonego źródła (domyślnie na własnej wiedzy). Zamawiający pominął kwestię iż przedmiot oferty został przygotowany jako indywidualny i dedykowany zestaw, którego nazwa może różnić się od powszechnie używanych nazw technicznych. Fakt zaniechania wezwania do wyjaśnień spowodował, iż oferta Odwołującego została odrzucona.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności:

Przygotowując Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przewidział w zestawieniu cenowym umieszczonym w ust. 5 Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, konieczność wskazania przez wykonawców nazwy zaoferowanego produktu. Zgodnie z przypisem nr 1 (do tabeli wg punktu 5 Formularza) przedmiotowego zestawienia cenowego, Wykonawcy zobowiązani byli do wskazania nazwy zaoferowanego produktu w taki sposób, który umożliwi Zamawiającemu pozycji jednoznaczną identyfikację zaoferowanych pozycji Przedmiotu Zamówienia. Wykonawcy zobowiązani byli do podania np. nazwy producenta oraz modelu lub Part Number dla danej pozycji. Dodatkowo Zamawiający w przytaczanym przypisie zastrzegł, że w przypadku, nazwy produktu w sposób umożliwiający jego jednoznaczną odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

Odwołujący w Formularzu ofertowym dla pozycji 1 i 2 uzupełnił dane wymagane przez Zamawiającego, dotyczące nazwy zaoferowanego produktu. Dane te zostały wskazane w sposób umożliwiający Zamawiającemu jednoznaczną identyfikację produktu. I tak w pozycji nr 2 — Moduł do przełącznika sieciowego, która jest przedmiotem niniejszego odwołania, Wykonawca zaoferował: „Cisco Catalyst 3850 4x10GE Network Module,C3850-NM-4-10G”.

Zamawiający w wyniku weryfikacji zaoferowanego Przedmiotu zamówienia jednoznacznie, bez żadnych wątpliwości stwierdził, że zaoferowany moduł nie spełnia wymagania określonego w pkt 2 (Moduł do przełącznika sieciowego — 13 szt.) wiersz 1 Opisu Przedmiotu zamówienia. stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, tj.: „Moduł IOG SFP+ LC do

oferowanego w pkt 1 przełącznika sieciowego.” Zaoferowany moduł (Zdjęcie nr 3) umożliwia instalację w nim do 4 osobnych modułów IOG SFP+ LC (Zdjęcie nr 2) przy wykorzystaniu wolnych 4 portów, jakie posiada, natomiast sam w sobie nie jest modułem 10G SFP+ LC. Ponadto nie posiada interfejsu LC, a jedynie umożliwia instalację wymaganych przez Zamawiającego modułów (Zdjęcie nr 2), posiadających interfejs LC. Tym samym wykonawca zaoferował inny typ modułu, niż wymagany przez Zamawiającego.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że zaoferowany przez Odwołującego moduł powoduje również brak zgodności z wymaganiem opisanym w pkt 1 (Przełącznik sieciowy - 9 szt. - Zdjęcie nr 1) wiersz 3, gdzie Zamawiający:

- 1) w pierwszym zdaniu wymagał, aby oferowany przełącznik sieciowy był wyposażony w moduł posiadający min. 4 porty SFP+ 10 GE, a więc w taki moduł, który został zaoferowany przez Odwołującego w Formularzu ofertowym w pozycji nr 2 (Zdjęcie nr 3),
- 2) w drugim zdaniu Zamawiający wymagał, aby porty umożliwiały instalację modułów. o których mowa w pkt 2 (Moduł do przełącznika sieciowego — 13 szt.) OPZ. Spełnienie wymagania nie jest możliwe, gdyż nie jest możliwa instalacja zaoferowanego modułu, w module o którym mowa w przedmiotowym wymaganiu, ponieważ są to moduły tego samego typu.

W celu lepszego zobrazowania niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami Zamawiający dodatkowo posłużył się zdjęciami poglądowymi:

- ✓ na Zdjęciu nr 1 przedstawiono poglądowe zdjęcie przełącznika sieciowego, spełniającego wymagania Zamawiającego (pozycja nr 1 Formularza ofertowego), na Zdjęciu nr 2 przedstawiono poglądowe zdjęcie modułu, spełniającego wymagania Zamawiającego (pozycja nr 2 Formularza ofertowego),
- ✓ na Zdjęciu nr 3 przedstawiono poglądowe zdjęcie zaoferowanego przez Odwołującego modułu (pozycja nr 2 Formularza ofertowego),

Element wyróżniony na czerwono na Zdjęciu nr 1 przedstawia moduł, który zgodnie z zapisami pkt 1 (Przełącznik sieciowy 9 szt.) wiersz 3 OPZ wymagany był jako element wyposażenia przełącznika sieciowego. Tożsamy moduł, widoczny na Zdjęciu nr 3, został zaoferowany przez Odwołującego w pozycji nr 2 Formularza Ofertowego. Zarówno moduł wyróżniony na Zdjęciu nr 1, jak i moduł zobrazowany na Zdjęciu nr 3 posiada 4 porty. W tym miejscu wyraźnie widać, że nie jest możliwe spełnienie wymagania. określonego przez Zamawiającego w pkt 1 (Przełącznik sieciowy — 9 szt.) wiersz 3 OPZ, ponieważ nie jest możliwe zainstalowanie zaoferowanego przez Odwołującego w Formularzu Ofertowym w poz. 2 modułu, w portach modułu zainstalowanego w oferowanym przełączniku sieciowym, Są to tożsame moduły, przez co jest to fizycznie niemożliwe. Jedynym typem modułu, jaki jest możliwy do zainstalowania w tych portach, jest typ modułu, który został zaprezentowany na Zdjęciu nr 2. [Zdjęcie nr 1 i

Zdjęcie nr 2 - Zdjęcia poglądowe przełącznika sieciowego, spełniającego wymagania oraz Zdjęcie nr 3. Zdjęcie poglądowe zaoferowanego przez Odwołującego modułu].

Stwierdził także, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do zaoferowanego Przedmiotu zamówienia, nie wystąpiły zatem podstawy do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego wszelkie wyjaśnienia treści oferty w tym przypadku, prowadziłyby do zmiany lub uzupełnienia treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. ustawy Pzp. Wskazał na wyrok KIO 784/14. Dalej podniósł, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, zobowiązany byłby w tej sytuacji do odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ. Wskazał ponadto, że Odwołujący w dniu 30.11.2017 r. przesłał do Zamawiającego, informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, w której sformułował analogiczne zarzuty jak w przedmiotowym odwołaniu. Informacja ta zawierała również wyjaśnienia, co do okoliczności, które były podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego, Wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego potwierdziły niezgodności, o których Zamawiający poinformował w piśmie z dnia 29.11.2017 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego. W tym piśmie Odwołujący wskazał, że planuje dostarczyć zestaw modułów (tzw. bundle), składający się z modułów wskazanych w Formularzu ofertowym, uzupełnionych o dodatkowe elementy sprzętowe. Odwołujący powyższym potwierdził, że zaoferowany w ofercie produkt wymaga dodatkowego doposażenia, aby zaoferowany Przedmiot zamówienia spełniał wszystkie wymagania zawarte przez Zamawiającego w SIWZ, a tym samym jednoznacznie przyznał, że bez dodatkowego wyposażenia, które nie zostało wskazane w Formularzu ofertowym, w tym wypadku modułów spełniających wymagania Zamawiającego, zaoferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań SIWZ. Ponownie podkreślił, że Zamawiający wymagał, wskazania nazwy zaoferowanego produktu w taki sposób, który umożliwi Zamawiającemu jednoznaczną identyfikację zaoferowanych pozycji Przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że wymagany przez Zamawiającego Przedmiot zamówienia nie jest produktem specjalnie dedykowanym i komponowanym przez Wykonawców na potrzeby Zamawiającego. Ma on charakter powszechnie dostępnego sprzętu informatycznego. W przedmiotowej sytuacji Odwołujący dla prawidłowego potwierdzenia zgodności zaoferowanego Przedmiotu zamówienia z wymaganiami zawartymi w SIWZ, powinien zawrzeć w Formularzu ofertowym dodatkowe informacje, które znalazły się dopiero w informacji z dnia 30.11.2017 r. Uznanie złożonych przez odwołującego wyjaśnień doprowadziło by do zmiany treści złożonej oferty poprzez jej uzupełnienie, co jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjątek stanowią art. 87 ust. 2 pkt

3 oraz art. 87 ust. 1a ustawy Pzp. Wyjaśnianie treści oferty nie może być wykorzystywane do uzupełniania braków w ofercie lub zmiany jej treści. Wyjaśnianie (zwane również tłumaczeniem) jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego. Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy, Skoro zamawiający ma wątpliwości, dotyczące treści złożonej oferty, musi te wątpliwości przed odrzuceniem oferty wyjaśnić. Wskazał na wyrok KIO 1060/17, podnosząc, że w przedmiotowej sprawie doszłoby do uzupełnienia części oferty. Dodatkowo na potwierdzenie stanowiska wskazał na tezę z wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (ESAPROJEKT): „...co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta: instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia; jednocześnie art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki; jednak instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty. Reasumując stwierdził, że odrzucenie oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp było zasadne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Trecom Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie wnosząc także o oddalenie odwołania.

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Przedmiotem odwołania jest bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zaniechanie – z naruszeniem art. 87 ust.1 ustawy Pzp – wezwania wykonawcy ADT do złożenia wyjaśnień. Stosownie do ustaleń Izby zarzuty te są niezasadne, albowiem ustalenia faktyczne i prawne poczynione przez Zamawiającego są prawidłowe.

Przede wszystkim wykonawca w Formularzu cenowym w jego punkcie 5 był zobowiązany wskazać nazwę produktu w sposób, który miał umożliwić Zamawiającemu

jednoznaczną identyfikację zaofertowanych pozycji Przedmiotu Zamówienia. Powyższe zostało zaznaczone w przypisie 1 do tego punktu 5 zgodnie z którym: „Każdą pozycję w kolumnie „Nazwa produktu” należy wypełnić w sposób umożliwiający ich jednoznaczną identyfikację podając np. nazwę producenta oraz model lub Part Number. W przypadku, gdy Wykonawca nie uzupełni pola dotyczącego nazwy produktu w sposób umożliwiający jego jednoznaczną identyfikację Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”. To zastrzeżenie, według Izby, miało przede wszystkim walor merytoryczny, a nie jedynie formalny, albowiem w tym postępowaniu nie było wymagane potwierdzanie wymagań, co do produktu oferowanego w formie dokumentów (katalogów, broszur czy innych podobnych). Tym samym wobec tego zastrzeżenia i przewidzianej sankcji, wykonawca był zobowiązany wypełnić Formularz w tym punkcie – wskazać nazwę produktu - z zachowaniem najwyższej staranności. Zawarte w tym Formularzu dane niewątpliwie – wbrew twierdzeniom Odwołującego – musiały odnosić się do produktu o cechach wymaganych w specyfikacji. Oświadczenia zawarte w pkt 2, 3 oraz 4 Formularza, na które wskazywał wykonawca mogą stanowić tylko niejako potwierdzenie znajomości w danym postępowaniu wymagań. Nie mogą być natomiast uznane za samodzielny i wystarczający dowód potwierdzający oferowanie produktu zgodnego z wymaganiami specyfikacji. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że te oświadczenia zamieszczone zostały przez Zamawiającego we wzorze Formularza oferty i stanowiły jeden z jego elementów, i bez żadnych zmian (czy uzupełnień) zostały zaakceptowane przez wykonawcę złożonym podpisem. Nie były one skutkiem inicjatywy wykonawcy, co do ich treści.

Odwołujący w Formularzu ofertowym wskazał w kolumnie drugiej dla pozycji 1, że oferuje produkt: „Cisco Catalyst 3850 48 Port data IP base”, a w pozycji 2: „Cisco Catalyst 3850 4x10GE Network Module, C3850-NM-4-10G”. Taki opis, bez dodatkowych komentarzy, zdaniem Izby, umożliwił Zamawiającemu identyfikację oferowanego produktu w zakresie „Modułu do przełącznika sieciowego”, którego dotyczy odwołanie. Z opisu niewątpliwie wynika, że oferowany moduł to produkt firmy Cisco o numerze katalogowym C3850-NM-4 -10G, w którego karcie – jak podał producent w piśmie z dnia 14 grudnia br - nie znajduje się żaden moduł typu SFP i tym samym moduł o oznaczeniu SFP-I OG-LRM- (SFP-IOG-LRM). Izba zwraca uwagę, że producent dodatkowo w tym piśmie podał, że nazwa karty o numerze produktowym C3850-NM-4-1 OG jest nazwą własną rozwiązania firmy Cisco.

Powyższe wskazuje, że dokonana przez Zamawiającego weryfikacja zaofertowanego modułu była prawidłowa, a ustalenia potwierdziły, że oferowany moduł nie spełnia wymagań określonych w pkt 2 (Moduł do przełącznika sieciowego -13 szt.) wiersz 1 Opisu Przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, tj.: „Moduł 10G SFP+ LC do oferowanego



w pkt 1 przełącznika sieciowego.” Ta okoliczność została przyznana przez wykonawcę, który zarówno w piśmie z dnia 30 listopada br, jak i w odwołaniu powołując się z kolei na własną nazwę handlową – analogiczną jak producenta Cisco – wskazywał na doposażenie produktu o wkładkę optyczną 10GB SFP+ LC. Ten dodatkowy element nie stanowi standardowego elementu modułu, a ponadto to doposażenie nie zostało ujawnione w opisie nazwy produktu. Ten dodatkowy element, rozstrzygający o spełnianiu wymagań dla modułu – według oświadczeń Odwołującego - był przedmiotem indywidualnej i dedykowanej dla tego Zamawiającego oferty handlowej przygotowanej przez oficjalnego i autoryzowanego dystrybutora Cisco - firmy ABC Data S.A. w ramach zestawu handlowego (tzw. bundlu promocyjnego). Tym samym wykonawca nie może powoływać się na standardowo dostępne w jego katalogu produkty, albowiem sam przyznał w odwołaniu, że dla celów przedmiotowego postępowania dystrybutor zaoferował zestaw handlowy, który w ramach nazwy handlowej produktu „Cisco Catalyst 3850 4x10GE NetWork Modul.C3850-NM-4-10G” zawiera wkładki optyczne 10GB SFP+ LC (indywidualnie dostępne również pod numerem części Cisco SFP-10G-LRM= 10GBASE-LRM SFP Module). Żadna taka informacja, także o katalogu handlowym Odwołującego, nie wynika z oferty, a wskazanie linku do strony na której można uzyskać dane o produkcie według oświadczeń Odwołującego już w toku postępowania odwoławczego nastąpiło dopiero po wniesieniu odwołania.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w opisie Modułu - produktu z poz. 2 - brak było jakichkolwiek informacji, które świadczyłyby, że oferowany produkt to inny niż produkt Cisco. Tym samym za słuszne należało uznać stanowisko Zamawiającego, że nie wystąpiły podstawy do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Te okoliczności na które wskazywał w piśmie z dnia 30/11/2017 jak i w odwołaniu, a także na rozprawie są nowymi okolicznościami, nie ujętymi w Formularzu oferty i których uwzględnienie prowadziłyby do niedopuszczalnej w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany lub uzupełnienia treści oferty. Izba podkreśla, że Odwołujący w pismach i w toku rozprawy potwierdził, że wskazany w ofercie produkt wymaga dodatkowego doposażenia, aby zaoferowany Przedmiot zamówienia spełniał wszystkie wymagania zawarte przez Zamawiającego w SIWZ, a tym samym jednoznacznie przyznał, że bez dodatkowego wyposażenia, które nie zostało wskazane w Formularzu ofertowym, w tym wypadku modułów spełniających wymagania Zamawiającego, zaoferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 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.).

.....