

**Sygn. akt: KIO 179/19
KIO 184/19
Kio 187/19**

WYROK

z dnia 18 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

**Członkowie: Robert Skrzyszewski
Bartosz Stankiewicz**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lutego 2019 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2019 r. przez wykonawców:

- A. Integrated Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 179/19),**
- B. Trecom Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 184/19),**
- C. Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt: KIO 187/19),**

w postępowaniu prowadzonym przez

Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu,

przy udziale:

- (i) wykonawcy **Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 179/19 po stronie odwołującego oraz KIO 184/19 po stronie zamawiającego,
- (ii) wykonawcy **Maxto Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Modlniczce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 179/19, KIO 184/19 oraz KIO 187/19 po stronie zamawiającego,
- (iii) wykonawcy **Trecom Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 179/19 oraz KIO 187/19 po stronie zamawiającego,
- (iv) wykonawcy **Integrated Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 184/19 oraz KIO 187/19 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołania.**
2. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 179/19** obciąża wykonawcę **Integrated Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Integrated Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Integrated Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Województwa Wielkopolskiego z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu** kwotę **3 037,00 zł** (słownie: trzy tysiące trzydzieści siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

3. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 184/19** obciąża wykonawcę **Trecom Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Trecom Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Trecom Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Województwa Wielkopolskiego z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu** kwotę **3 037,00 zł** (słownie: trzy tysiące trzydzieści siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

4. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 187/19** obciąża **wykonawcę Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od wykonawcy **Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego **Województwa Wielkopolskiego z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu** kwotę **3 037,00 zł** (słownie: trzy tysiące trzydzieści siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 179/18

W dniu 1 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwolujący I**”) w postępowanie pn. „Dostarczenie, skonfigurowanie i uruchomienie infrastruktury technicznej lokalnej i regionalnej - wsparcie przetwarzania chmurowego (klastry obliczeniowe, przestrzeń dyskowa, przełączniki sieciowe, systemy operacyjne i specjalistyczne, licencje dostępowe do systemów serwerowych, system zasilania gwarantowanego) prowadzonym przez zamawiającego Województwo Wielkopolskie reprezentowane przez Szpitale Wielkopolskie sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu (dalej „**Zamawiający**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Maxto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Modlniczce (32-085 Modlniczka) przy ul. Willowej 87 (zwanej dalej „**Maxto**”), ponieważ jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TRECOM Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-908 Warszawa) przy ul. Czyżewskiej 10 (zwanej dalej „**TRECOM**”), ponieważ jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Maxto z udziału w postępowaniu w związku wprowadzeniem Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Maxto z udziału w postępowaniu w związku przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezprawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Maxto.

Odwolujący I wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym: wykluczenia Maxto z udziału w postępowaniu, odrzucenia oferty złożonej przez Maxto, odrzucenia oferty złożonej przez TRECOM, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W zakresie zarzut nr 1 Odwołujący I wskazał, co następuje:

Macierz 20T

Zamawiający w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączniku nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia (dalej także „OPZ”) określił wymagania dotyczące zamawianych macierzy 20T. W pkt. 1.1.2. podał wymóg, by obudowa miała możliwość zamontowania w macierzy co najmniej 24 dysków. Dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia znajdująca się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W dniu 2 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Maxto do wyjaśnienia treści oferty również w powyższym zakresie. W punkcie 5 niniejszego wezwania zapisał, że: „ [...] w dniach 21.12.2018 – 02.01.2019 Zamawiający wielokrotnie sprawdzał karty katalogowe na stronie producenta oferowanych urządzeń (Dell SCv3000, numer katalogowy 210-ALVH), czy oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego. Zgodnie z oficjalnymi dokumentami dostępnymi na stronie internetowej producenta dostępnymi dla Zamawiającego, oferowana macierz umożliwia zamontowanie tylko 16 dysków. Zamawiający w punkcie 1.1.2 załącznika numer 1 do OPZ - Macierz 20T wymagał, żeby macierz umożliwiała zamontowanie co najmniej 24 dysków. Z uwagi na powyższe, Zamawiający wzywa Oferenta do wyjaśnienia i przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowana macierz spełnia wymaganie dotyczące możliwości zamontowania w macierzy co najmniej 24 dysków”. W odpowiedzi Maxto oświadczył, że „zaoferowane przez nas urządzenia spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Postępowaniu, w tym wymagania wskazane w przedmiotowym wezwaniu do złożenia wyjaśnień”, a jako dokument potwierdzający powyższe przedstawił oświadczenie producenta (Dell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), iż ten „jako producent oświadcza, iż oferowana w w/w postępowaniu macierz dyskowa Dell SCv3000 posiada możliwość zamontowania co najmniej 24 dysków”. Dowód: wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z dnia 2 stycznia 2019 r. wraz z udzielonymi w dniu 8 stycznia 2019 r. wyjaśnieniami Maxto znajdujące się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

W opinii Odwołującego I powyższe należy traktować jako niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający bowiem w Załączniku nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt 10 zawarł postanowienie, że „Jeżeli oferowane produkty bazują na produkcie standardowym, jednak ich charakterystyka jest różna od standardowej, tj. jest dostosowana do wymagań Zamawiającego, to Zamawiający wymaga podania w załączniku nr 2 do SIWZ - Formularz Ofertowy w tabeli „Specyfikacja techniczna zaoferowanych urządzeń przez Wykonawcę” nazwy producenta, typu, modelu oraz numeru katalogowego producenta jak dla produktu standardowego, natomiast w kolumnie „Inne

informacje identyfikacyjne” Oferent musi jednoznacznie zadeklarować, że produkt oferowany jest w konfiguracji dedykowanej, różniącej się od standardowej charakterystyki produktu.” Wykonawca Maxto w Formularzu ofertowym w tabeli „Specyfikacja techniczna zaoferowanych urządzeń przez Wykonawcę” podał nazwę producenta, typ, model oraz numer katalogowy producenta produktu standardowego, lecz w kolumnie „Inne informacje identyfikacyjne” wpisał słowo „Brak”. Dowód: oferta Maxto znajdująca się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Co prawda, w kolumnie „Model” wpisał sformułowanie „konfiguracja dedykowana”, jednak nadal pozostaje wątpliwość co do faktycznego spełniania wymagania dotyczącego możliwości zamontowania co najmniej 24 dysków - nie jest bowiem wiadomym, w jakim zakresie owa „konfiguracja” miałaby być „konfigurowana”. Zaoferowany przez Maxto model macierzy 20T tj. SCv3000 o numerze katalogowym 210-ALVH ma możliwość włożenia jedynie 16 dysków, co potwierdzają następujące dowody: 1. zrzut ekranu z konfiguratora (<https://www.dell EMC.com/partner/pl-pl/auth/sales/solution-configurator.htm>) 2. specyfikacja techniczna macierzy serii SCv3000. Zgodnie z nią seria ta dysponuje tylko dwoma modelami: 1) SCv3000 posiadający 16 x 3.5” drive bays, 2) SCv3020 posiadający 30 x 2.5” drive bays, z których każdy może być rozbudowany poprzez dodanie obudowy rozszerzeń, czyli tzw. półkę. Ta sama specyfikacja techniczna podaje 3 modele obudowy rozszerzeń mogące być użyte z tymi modelami macierzy: 1) SCv300: 16 x 3.5” drive bays, 2) SCv320: 30 x 2.5” drive bays, 3) SCv360: 60 x 3.5” drive bays. Z powyższego wynika, że zaoferowany przez Maxto model macierzy SCv3000 o numerze katalogowym 210-ALVH posiada możliwość zamontowania tylko 16 dysków o rozmiarze 3.5” i odwrotnie - produkt o tym numerze katalogowym nie ma możliwości zainstalowania 24, ani tym bardziej większej ilości dysków. Zwiększenie ilości dysków możliwe jest wyłącznie poprzez dodanie dodatkowej obudowy rozszerzającej, czyli dodatkowej półki dyskowej. Jednakże w tym przypadku, tj. macierzy 20T, Maxto nie zaoferował żadnej półki, jak to miało miejsce w pozostały oferowanych przez tego wykonawcę typach macierzy. Dowód: specyfikacja techniczna DELL EMC SCv3000 SERIES ARRAY.

W ocenie Odwołującego I zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenia producenta czy też karty katalogowe są „dokumentami przedmiotowymi, składanymi na potwierdzenie zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego, które to produkty muszą być precyzyjnie określone w treści oferty i nie mogą być konkretyzowane po upływie składania ofert” (wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2018 r., Sygn. akt: KIO 976/18). Zamawiający badając zgodność oferty z treścią SIWZ, nie jest uprawniony do uwzględniania takich cech produktu, które nie występują w produkcie standardowym, a charakteryzują produkt dedykowany. Przedmiot świadczenia w ramach zamówień publicznych nie może być przedmiotem żadnych domysłów. Odwołujący I wskazał, że, jeżeli celem Maxto było zaoferowanie macierzy, które różnią się od dostępnych pod tym samym symbolem w oficjalnej

sprzedaży producenta, to powinno to wprost wynikać z treści oferty, a Zamawiający nie ma ani prawa, ani obowiązku domyślać się, co jest de facto oferowane. Tym bardziej nie może zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i potraktować powyższej niezgodności jako „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. Podkreślić należy, że to z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. „Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował jakie produkty oferuje, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C- 599/10 SAG ELV Slovenskoz a.s.).

W podsumowaniu Odwołujący I wskazał, że treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu.” (wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2018 r., Sygn. akt: KIO 976/18). Mając powyższe na względzie należy uznać zarzut niezgodności treści oferty z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie możliwości zamontowania w macierzy 20T co najmniej 24 dysków za zasadny. Dodatkowo Odwołujący I wskazał, że przedłożone przez Maxto w ramach składanych wyjaśnień oświadczenie producenta DELL dotyczące spełniania przez macierz wymagań określonych w SIWZ zostało podpisane w sposób niezgodny z zasadami reprezentacji, określonymi w dokumentach rejestrowych. Zostało ono bowiem podpisane przez prokurenta, jednakże zgodnie z odpisem KRS uprawniony jest on do prokury

łącznej, co oznacza, że do skuteczności złożenia oświadczenia woli w imieniu reprezentowanego wymagane jest współdziałanie co najmniej dwóch prokurentów łącznych.

II. Oprogramowanie Chmura prywatna

Odwołujący I wskazał, że zgodnie z zapisami pkt. 4 Załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) „wszystkie licencje na oprogramowania w postaci systemów operacyjnych, licencji dostępowych, licencji terminalowych, systemów zarządzania, wirtualizacji, chmury prywatnej i kopi zapasowych zarówno dostarczane osobno jak i stanowiące komplet z urządzeniem muszą uprawniać do użytkowania najnowszej dostępnej w dniu składania oferty wersji programu operacyjnego danego producenta”. Maxto zaoferowała w pozycji 28 Specyfikacji technicznej zaoferowanych urządzeń przez wykonawcę w Formularzu ofertowym oprogramowanie chmury prywatnej VMware Integrated OpenStack - Data Center Edition w wersji VR-OSTACK4-C. Jednakże w dniu składania ofert istniała nowsza wersja oprogramowania chmury prywatnej VMware Integrated OpenStack - Data Center Edition była wersja VR-OST5-DC-C. Na potwierdzenie przedstawiamy dowód - zrzut z cennika producenta z grudnia 2018 r.

W ocenie Odwołującego I powyższe powoduje, że treść oferty złożonej przez Maxto nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania najnowszej wersji oprogramowania, co jest okolicznością determinującą konieczność odrzucenia oferty. Ponadto zaoferowana wersja oprogramowania chmury prywatnej nie jest zgodna z najnowszą obowiązującą wersją oprogramowania do Wirtualizacji zasobów sprzętowych - część regionalna VS6-OEPL-C. Dowód - zrzut ekranu z VMware Product Interoperability Matrices dla oprogramowania VMware Integrated OpenStack zgodność z VMware vSphere Hypervisor (ESXi). Mając powyższe na względzie, w ocenie Odwołującego I, należy uznać, że w zakresie zarzutu 1 oferta złożona przez Maxto podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania określonego w pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ - OPZ. Dodatkowo Odwołujący I wskazał, iż identyczna przesłanka odrzucenia została zastosowana wobec oferty innego wykonawcy - Konwerga Sp. z o.o. W tym przypadku jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający napisał, że „w dniu składania ofert dostępne były wersje nowsze niż zaoferowane przez Wykonawcę wersje licencji terminalowych, licencji dostępowych, serwerowych systemów operacyjnych”. Skoro oferta Konwerga została odrzucona, to zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, również oferta złożona przez Maxto powinna zostać odrzucona, o co niniejszym wnosimy.

W zakresie zarzut 2 Odwołujący wskazał co następuje:

Odwołujący I wskazał, że przesłanka odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegająca na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie licencji na oprogramowanie Chmury prywatnej w związku z wymaganiem określonym w pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ - OPZ - ma również zastosowanie w odniesieniu do oferty złożonej przez TRECUM, który w poz. 28 tabeli „Specyfikacja techniczna zaoferowanych urządzeń przez Wykonawcę” nie zaoferował najnowszej wersji licencji oprogramowania chmury prywatnej. W tabeli wpisał VMware Integrated OpenStack - Data Center Edition w wersji VR- OSTACK4-C, gdy w dniu składania ofert była już dostępna nowsza wersja, a mianowicie VMware Integrated OpenStack - Data Center Edition była wersja VR-OST5-DC-C. Dowód: oferta TRECUM znajdująca się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący I wniósł o odrzucenie oferty złożonej przez TRECUM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzut 3 i 4 Odwołujący I wskazał, że Zamawiający w pkt 3.1.1. SIWZ wymagał, aby w ramach warunków udziału w postępowaniu Wykonawca wykazał, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonywał należycie, dostawy sprzętu informatycznego na wartość łączną: - co najmniej 10.000.000,00 zł/brutto”. Natomiast w pkt 4.1. SIWZ wymagał - w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu - przedstawienia przez niego: a) jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej „JEDZ”) składanego wraz z ofertą; b) wykazu dostaw wraz z dowodami określającymi czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, składanego na wezwanie Zamawiającego przez Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Jako dopuszczalne dowody należytego wykonania dostaw Zamawiający, zgodnie z przepisami § 2 ust. 4 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 r., poz. 1126 z późn. zm.) wskazał: 1) referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, 2) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa powyżej.

Odwołujący I wskazał, że wykonawca Maxto w części IV sekcja D pkt 1b) JEDZ podał, że w październiku 2016 r. zrealizował zadanie „dostawy komputerów na rzecz sądów

powszechnych”, w tym dostawy sprzętu informatycznego o wartości co najmniej 11 904 919,38 zł brutto. Jako odbiorcę dostaw wskazał firmę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie. Na potwierdzenie powyższego Maxto jako wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, został wezwany przez Zamawiającego do złożenia Wykazu dostaw wraz z dowodami ich należytego wykonania. W dniu 15.01.2019 r. Maxto przedłożyła ww. dokumenty. Wykaz dostaw zawiera identyczne treści co wcześniej przedstawiony JEDZ. Natomiast jako dowód należytego wykonania omawianego zamówienia zostało przedłożone poświadczenie należytego wykonania dostaw wystawione przez SUNTAR Sp. z o.o. Wątpliwość Odwołującego I wzbudziła kwestia czy SUNTAR Sp. z o.o. był faktycznym odbiorcą rzeczonych dostaw. Analizując zasoby internetowe w zakresie realizowanych dostaw sprzętu komputerowego na rzecz sądów powszechnych w zakresie ich ilości, wartości i przedmiocie, Odwołujący I doszedł do wniosku, że takie zamówienie było udzielone przez Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w wyniku postępowania pn. „Dostawa komputerów na rzecz sądów powszechnych” (nr sprawy ZP-09/2016, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 lipca 2016 r. pod numerem 2016/S 128-230270). Zgodnie z treścią Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 2016/S 195- 352211 z dnia 08.10.2016 r. zamówienie zostało udzielone w dniu 30.10.2016 r. konsorcjum firm: Maxto Sp. o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna (Lider konsorcjum) z siedzibą w Krakowie, NTT Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie oraz SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na treść „Śródrocznego Skróconego Skonsolidowanego Sprawozdania Finansowego Grupy Kapitałowej NTT System S.A. za okres od 1 stycznia do 30 września 2016 r. sporządzonego według MSR/MSSF (http://relacje.ntt.pl/user_storage/17/docs/2016/raporty/sprawozdanie_mssf_30_09_2016.pdf, do której to grupy należy również NTT Technology. W jego treści znalazła się informacja o zawarciu znaczącej umowy przez konsorcjum z udziałem spółki zależnej: "Zarząd NTT System S.A. z siedzibą w Zakręcie (dalej: „Emitent”, „Spółka”) poinformował w raporcie bieżącym nr 18/2016, iż w dniu 04 października 2016 r. otrzymał od spółki zależnej, NTT Technology Sp. z o.o., informację o wpływie, w dniu 04 października 2016 r., umowy podpisanej przez Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) z konsorcjum (dalej: „Konsorcjum”), którego członkami są: MAXTO Sp. o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna („Lider konsorcjum”) z siedzibą w Krakowie oraz NTT Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie i SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Członkowie konsorcjum”). Przedmiotem umowy jest dostawa sprzętu w postaci 3 988 sztuk komputerów Dell Optiplex 3040 SFF za wynagrodzeniem w wysokości 12 704 571,60 PLN (słownie: dwanaście milionów siedemset cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt jeden złotych 60/100) brutto (dalej: „Wynagrodzenie”) na rzecz sądów powszechnych (dalej: „Jednostki”) oraz zapewnienie usług gwarancyjnych

sprzętu. Wyżej wspomnianą umowę podpisano w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę komputerów na rzecz sądów powszechnych” w ramach części nr 1, dotyczącej dostawy komputerów typ 1, znak sprawy ZP-09/2016, ogłoszonego przez Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny w Krakowie, działający na podstawie upoważnienia Ministra Sprawiedliwości dokonanego Zarządzeniem z dnia 16 września 2014 r. Zgodnie z umową konsorcjum NTT Technology Sp. z o.o. będzie stroną dokonującą w całości bezpośredniej dostawy na rzecz Zamawiającego. Pozostali członkowie konsorcjum będą uczestniczyli w dostawach na rzecz NTT Technology Sp. z o.o. Spodziewana wartość przychodów z tytułu realizacji umowy wyniesie w księgach NTT Technology Sp. z o.o. 12 705 tys. PLN brutto (tj. 10 329 tys. PLN netto).”

W ocenie Odwołującego I z powyższego wynika, że odbiorcą sprzętu komputerowego był Sąd Apelacyjny w Krakowie i to Sąd był uprawniony do potwierdzenia, że zamówienie zostało wykonane należycie zgodnie z warunkami przewidzianymi przez Zamawiającego, a nie - jak wynika z złożonego przez Maxto Wykazu dostaw i załączonego poświadczenia należytego ich wykonania - spółka SUNTAR, czyli jeden z członków konsorcjum realizującego to zamówienie. Odwołujący I podkreślił, że zgodnie z umową konsorcjum to NTT Technology odpowiadać miało za całość dostawy realizowanej na rzecz, natomiast zarówno Maxto, jak i SUNTAR mieli realizować dostawy na rzecz NTT Technology. Dowód: - ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2016/S 195-352211 z dnia 08.10.2016 r. - wyciąg z dokumentu: Śródroczne Skrócone Skonsolidowane Sprawozdanie Finansowe Grupy Kapitałowej NTT System S.A. za okres od 1 stycznia do 30 września 2016 r, sporządzone według MSR/MSSF. W ocenie Odwołującego I w świetle przedstawionych powyżej dokumentów należy stwierdzić, że Maxto podała Zamawiającemu nieprawdziwe informacje wprowadzając go w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Konsekwencją takiego działania wykonawcy Maxto powinno być jego wykluczenie z postępowania w oparciu o przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, zgodnie z którymi z postępowania wyklucza się: „16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;”. Odwołujący I podkreślił, że w orzecznictwie KIO - w przypadku wystąpienia tej podstawy wykluczenia - występuje ugruntowany pogląd o braku podstawy prawnej zarówno do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy w

związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jak i wzywania do wyjaśnienia dokumentów w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Oznacza to dla zamawiającego obowiązek badania zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy i odpowiedniego dalszego postępowania, czego konsekwencją powinno być wykluczenie Wykonawcy Maxto. W wyroku z dnia 2 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 113/18, KIO 116/18) Izba uznała, że „rację ma Zamawiający twierdząc, że umożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia w praktyce byłoby tożsame z pozwoleniem mu na zamianę dokumentów zawierających informacje nieprawdziwe na prawdziwe i to w sytuacji, gdy Zamawiający sam odkrył, że został wprowadzony w błąd. Takie traktowanie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przeczyłoby ich sensowi. Przepisy te stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Pozostawienie w postępowaniu wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd, z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp lub art. 26 ust. 4 Pzp doprowadzałoby do sytuacji, gdy nieuczciwym wykonawcom wręcz opłacałoby się posługiwać nieprawdziwymi informacjami, bo nie wiązałoby się to dla nich z żadnym ryzykiem.” Ustawa w przepisie art. 24 ust. 8 pozwala wykonawcy, który znalazł się w podobnej sytuacji, dokonać samooczyszczenia (ang. self cleaning). Polega ona na tym, że wykonawca może wskazać środki jakie podjął w celu wykazania faktycznej rzetelności. Jednakże łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 Ustawy wskazuje, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawy do odstąpienia od obowiązku wykluczenia wykonawcy. W przywołanym wyżej wyroku o sygnaturze KIO 113/18, KIO 116/18 skład orzekający KIO stwierdził, że „Procedura ta służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy "drugiej szansy". Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp prowadzi do wniosku, że aby móc dokonać samooczyszczenia, wprowadzenie Zamawiającego w błąd, jako pierwszy musi uświadomić sobie winny tego wykonawca. Następnie powinien: 1) poinformować o zdarzeniu Zamawiającego, 2) wskazać jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne, 3) wyjaśnić okoliczności w jakich doszło do ich przekazania Zamawiającemu, 4) wskazać sposób w jaki na przyszłość wykonawca ma zamiar zabezpieczyć się przed powtórzeniem się tego rodzaju sytuacji, w tym ewentualnie poinformować czy i jakie konsekwencje służbowe wykonawca wyciągnął wobec odpowiedzialnych za wprowadzenie Zamawiającego w błąd pracowników, 5) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych. Oczekiwanie, że Zamawiający po odkryciu, że został wprowadzony w błąd podejmie jakiegokolwiek działania zmierzające do umożliwienia

wykonawcy uniknięcia wynikających z ustawy skutków nie znajduje podstaw prawnych. Obowiązkiem Zamawiającego jest w takiej sytuacji zastosowanie wobec wykonawcy sankcji wykluczenia go z postępowania.”

Odwołujący I wskazał również, że Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie ma również podstaw do wzywania Odwołującego I do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem cytując za ww. wyrokiem „Wezwanie do wyjaśnień jest narzędziem przysługującym Zamawiającemu w sytuacji, gdy potrzebne jest wyjaśnienie określonych okoliczności związanych z oświadczeniami i dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Celem wezwania do wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości Zamawiającego co do treści ww. oświadczeń i dokumentów. W sytuacji, gdy ustalony przez Zamawiającego stan faktyczny jest jasny i wątpliwości nie budzi, Zamawiający nie ma powodów, by wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.”. W przedmiotowej sprawie wezwanie tego typu niczemu by nie służyło. W ocenie Odwołującego I nie ma żadnych wątpliwości, że Maxto na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu posłużyła się nieprawdziwymi informacjami. Ewentualne wyjaśnienia Maxto niczego by nie zmieniły, ponieważ wskazane w niniejszym odwołaniu dane jasno wskazują, że odbiorcą dostaw był inny podmiot, aniżeli wskazany w JEDZ i Wykazie dostaw, inny także niż wystawca przedłożonych na dowód należytego wykonania referencji. W tej sytuacji wezwanie Maxto do wyjaśnień byłoby bezpodstawne. Zamawiający powinien bezwzględnie zastosować wobec Maxto sankcję wynikającą z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący I wniósł o wykluczenie Maxto z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Gdyby przedstawiona wyżej argumentacja nie uzyskała akceptacji Izby, to i tak Maxto nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co implikuje co najmniej konieczność wezwania Maxto do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku niedokonania uzupełnienia, wykluczenie go z udziału z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy.

W zakresie zarzut nr 5, Odwołujący I wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz wbrew art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowić będzie o naruszeniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji, wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Mając na uwadze powyższą argumentację, zarzuty odwołania należy uznać za uzasadnione, a Odwołujący I wnosi jak w petitum.

Sygn. akt: KIO 184/19

W dniu 1 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy TRECUM Poznań Sp. z o.o. ul. Czyżewska 10 02-908 Warszawa (dalej „**Odwołujący II**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Maxto mimo iż złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, w szczególności w zakresie wymogów dotyczących sprzętu i oprogramowania określonych w Załącznikach nr 1,11, 15,16,17 do OPZ wskazanych szczegółowo w odwołaniu w pkt III;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. mimo iż złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, w szczególności w zakresie wymogów dotyczących sprzętu i oprogramowania określonych w Załącznikach nr 11,15,16,17 do OPZ, wskazanych szczegółowo w odwołaniu w pkt IV;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konwerga Sp. z o.o. również i dodatkowo z przyczyn niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, w szczególności w zakresie wymogów dotyczących sprzętu i oprogramowania określonych w Załącznikach nr 11,15,16,17 do OPZ, wskazanych szczegółowo w odwołaniu w pkt V;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 58 kodeksu cywilnego i art. 137 ust. 1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej w stosunku do Maxto przez zaniechanie wykluczenia Maxto w związku z niewykazaniem na dzień wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej warunków udziału w Postępowaniu w związku ze złożeniem JEDZ oraz innych dokumentów na wezwania Zamawiającego podpisanych nieważnym podpisem elektronicznym;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 kodeksu cywilnego i art. 137 ust. 1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej w stosunku do Maxto, Integrated Solutions Sp. z o.o. i Konwerga Sp. z o.o. w związku ze złożeniem nieważnej oferty i brakiem możliwości jej uzupełnienia po terminie składania ofert;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Maxto, Integrated Solutions Sp. z o.o. i Konwerga Sp. z o.o. z udziału w Postępowaniu, mimo iż składając ofertę i wyjaśnienia dotyczące zaoferowanych urządzeń i oprogramowania wprowadzili Zamawiającego w błąd skutkujący

uznaniem, że oferty te są zgodne z SIWZ, podczas, gdy oferty te powinny zostać przez Zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) dokonanie ponownej oceny i badania oferty ofert Maxto oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. z uwzględnieniem podniesionych zarzutów w niniejszym odwołaniu, a w konsekwencji wykluczenie tych wykonawców z udziału w Postępowaniu i odrzucenie ich ofert; (iii) w przypadku przywrócenia do udziału w postępowaniu wykonawcy Konwerga Sp. z o.o., dokonanie ponownej oceny i badania tej oferty z uwzględnieniem podniesionych zarzutów w niniejszym odwołaniu, a w konsekwencji wykluczenie tego wykonawcy z udziału w Postępowaniu i odrzucenie jego oferty.

Odwołujący II wskazał również, że oferta wykonawcy Konwerga Sp. z o.o. została przez Zamawiającego odrzucona z powodu niezgodności z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), jednak z analiz wynika, że nie są to wszystkie podstawy do odrzucenia jego oferty i wykluczenia tego wykonawcy z udziału w Postępowaniu. Ponieważ Odwołujący II nie może wykluczyć, że wykonawca Konwerga podejmie środki ochrony prawnej w celu przywrócenia się do udziału w Postępowaniu, a w razie skutecznego ich podjęcia jego oferta będzie się plasowała w klasyfikacji przed ofertą Odwołującego II, Odwołujący II wskazuje, że jego interes w uzyskaniu zamówienia w takim przypadku może doznać uszczerbku, a zatem uzasadnione jest również to, by przedstawił zarzuty względem nieprawomocnie jeszcze odrzuconej oferty tego wykonawcy.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów, Odwołujący II wskazał, że w dniu 22 stycznia 2019 roku Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Informacja ta została przekazana do Odwołującego II w drodze korespondencji elektronicznej, a także zamieszczona na stronie internetowej. Zgodnie z informacją, ofertę najkorzystniejszą w Postępowaniu została wybrana oferta wykonawcy Maxto. Kolejną w rankingu jest oferta wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (98,01 punktów), a następną, trzecią w kolejności, oferta Odwołującego II (97,87 punktów). W Postępowaniu Zamawiający stosował przepis art. 24 ust. 1aa Pzp (Rozdział II pkt 3 SIWZ).

Zgodnie z zapisami SIWZ przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest dostawa fabrycznie nowego sprzętu i oprogramowania informatycznego wskazanego w SIWZ i OPZ. Zamawiający wskazał również w OPZ (pkt 5 str. 13), iż uzna za sprzeczne z SIWZ oferty zawierające

serwery/klastry obliczeniowe, macierze, routery, przełączniki, UPS-y, terminale PC, szafy rack i zestaw baterii o parametrach niższych, to jest gorszych niż wymienione w OPZ i tym samym oferty zawierające taki sprzęt będą podlegały odrzuceniu. Jednocześnie, jeżeli oferowane produkty bazują na produkcie standardowym, jednak ich charakterystyka jest różna od standardowej, tj. jest dostosowana do wymagań Zamawiającego, to Zamawiający wymagał podania w Formularzu Ofertowym w tabeli „Specyfikacja techniczna zaoferowanych urządzeń przez Wykonawcę” nazwy producenta, typu, modelu oraz numeru katalogowego producenta jak dla produktu standardowego, natomiast w kolumnie „Inne informacje identyfikacyjne” Wykonawca musiał jednoznacznie zadeklarować, że produkt oferowany jest w konfiguracji dedykowanej, różniącej się od standardowej charakterystyki produktu (OPZ pkt 10 str. 14). Zamawiający zastrzegł również, że w przypadku zaoferowania produktu o charakterystyce dedykowanej dla Zamawiającego, ma on prawo wezwania Wykonawcy w toku badania ofert do uzupełnienia oferty o karty katalogowe oraz oświadczenie producenta potwierdzające, że charakterystyka produktu w konfiguracji dedykowanej spełnia wymagania opisane w OPZ, w szczególności dla parametrów budzących wątpliwość Zamawiającego (OPZ pkt 11 str. 14). Dodatkowo, w takim przypadku Zamawiający zastrzegł sobie prawo do wezwania Wykonawcy w toku badania ofert do przeprowadzenia prezentacji, podczas której Wykonawca miałby być przygotowany do zademonstrowania spełnienia każdego wymagania opisanego w OPZ (OPZ, pkt 12 str. 14).

Dalej Odwołujący II wskazał, że w kolejnych załącznikach do OPZ Zamawiający zamieścił specyfikację wymaganych urządzeń. W szczególności:

- w Załączniku nr 16 do OPZ zamieścił wymagania dla urządzenia bezpieczeństwa i transmisji danych - Router typ B. Opisując wymagania dla obudowy i zasilania, Zamawiający wymagał dostarczenia urządzenia o wysokości maksymalnej pojedynczego urządzenia 2U (pkt 1.1.3 Załącznika nr 16 do OPZ);

- W Załączniku nr 16 do OPZ Zamawiający również wskazał, że oferowany router typu B w zakresie parametrów wydajnościowych ma zapewnić przepustowość Stateful Firewall nie mniejszą niż 80 Gbps dla pakietów 512B (1.5.2 Załącznika nr 16 do OPZ) oraz wydajność szyfrowania VPN IPSec dla pakietów 512B, przy zastosowaniu algorytmu AES256-SHA1 nie mniej niż 45 Gbps. oraz wydajności szyfrowania (1.5.4 Załącznika nr 16 do OPZ);

- W Załącznikach nr 15,16 i 17 do OPZ (w każdym pkt 1.6.1.7) Zamawiający wymagał, by router typu A, router typu B oraz router VPN w zakresie zapewnienia funkcji systemu

bezpieczeństwa gwarantowały kontrolę zawartości poczty poprzez Antyspam dla protokołów SMTP, POP3, IMAP;

- W załącznikach 15,16 i 17 do OPZ (w każdym z nich pkt 1.8.1.3) Zamawiający wymagał, by oferowane routery typu A, B i VPN zapewniały obsługę protokołu Diffiego-Hellman grup 19 i 20;

- W załącznikach 15,16 i 17 do OPZ (w każdym z nich pkt 1.9.1.3) Zamawiający wymagał, by oferowane routery typu A, B i VPN zapewniały protokoły dynamicznego routingu w oparciu o protokoły: RIPv2, OSPF,BGP oraz PIM dla wymagania w zakresie routingu i obsługi łączy WAN;

- W załącznikach 15,16 i 17 do OPZ (w każdym z nich pkt 1.17.2) wymagał, by zaoferowane urządzenia zapewniały przekazywanie danych o zaakceptowanym ruchu, ruchu blokowanym, aktywności administratorów, zużyciu zasobów oraz stanie pracy systemu. Jednocześnie Zamawiający wymagał, by zapewniona była możliwość jednoczesnego wysyłania logów do wielu serwerów logowania;

- W załączniku nr 11 do OPZ w pkt 1.1.3. Zamawiający wymagał, by, w przypadku oferowania urządzeń od różnych producentów, lub gdy jeden producent więcej niż jednej grupy produktowej nie oferuje jednego systemu zarządzania obejmującego te grupy produktowe, to dostarczenie oddzielnych systemów zarządzania infrastrukturą dla danej grupy produktowej, umożliwiałoby spójne, centralne zarządzanie wszystkimi urządzeniami z danej grupy produktowej spełniające wymagania podstawowe oraz wymagania danej grupy produktowej;

- W pkt 1.5.4.8, Załącznika nr 11 do OPZ Zamawiający wymagał automatyzacji procesu konfiguracji struktur VPN typu hub-and-spoke oraz full-mesh;

- W Załączniku nr 1 do OPZ w pkt 1.2.1, określając wymagania dla obudowy macierzy 20T, Zamawiający wpisał, iż obudowa ma zapewniać możliwość zamontowania w macierzy co najmniej 24 dysków.

Zamawiający, mając wątpliwości co do spełniania przez zaoferowane urządzenia wymagań SIWZ skierował w dniu 2 stycznia 2019 roku do wykonawców Maxto i Integrated Solutions wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oferowanych urządzeń, wzywając również do przedstawienia dokumentów potwierdzających zgodność tych urządzeń z wskazanymi parametrami określonymi w Załącznikach nr 11, 15, 16 i 17 do OPZ (a w przypadku Maxto

również Załącznika nr 1 do OPZ). Podkreślenia wymaga, że w większości zgłaszanych przez Zamawiającego wątpliwości podnosił on w wezwaniu, że w dostępnych dla niego kartach katalogowych producentów (a zatem dostępnych powszechnie i każdemu), nie znajduje informacji o spełnianiu przez zaoferowane urządzenia wymaganych parametrów. Co więcej oprócz wyjaśnień wykonawcy Zamawiający oczekiwał przedstawienia dokumentów potwierdzających realizację funkcjonalności co do których miał wątpliwość. Oświadczenie takie, co może nie wynika wprost z wezwania do wyjaśnień, ale z treści OPZ już tak, miało pochodzić od producenta urządzenia (pkt 11 OPZ str. 14), a nie dystrybutora czy innego podmiotu partnerskiego. Producent bowiem jako wytwórca urządzeń, jest jedynym podmiotem, który może z całą pewnością potwierdzić parametry urządzenia.

III. Oferta Maxto III.I. Router typu B

Odwołujący II wskazał, że wykonawca Maxto zaoferował router typu B model SG - 6000-E6368, którego producentem jest Hillstone Networks. Maxto wskazało jednocześnie numer katalogowy urządzenia oraz informacje identyfikacyjne (poz. 12 Specyfikacji technicznej zaoferowanych urządzeń przez Wykonawcą stanowiąca część Formularza ofertowego). W odpowiedzi, wykonawca Maxto przedstawił ogólne wyjaśnienia, wskazując, że standardowe karty katalogowe producentów nie zawierają wszystkich parametrów i funkcjonalności urządzeń, a brak informacji w karcie katalogowej nie może być poczytywany jako niespełnienie wymagania Zamawiającego. Jednocześnie Maxto przedstawił dokumenty, które w jego ocenie potwierdziły spełnianie wymagań przez oferowane urządzenia. Odwołujący II wskazał i uzasadnia poniżej, że przedstawione przez Maxto dokumenty mające potwierdzać zgodność oferowanych urządzeń z SIWZ są niewiarygodne i nie powinny być przez Zamawiającego uznane za odpowiadające na jego wątpliwości.

W ocenie Odwołującego II Zamawiający nie powinien uwzględniać wyjaśnień Maxto dotyczących maksymalnej wysokości routera typu B. Zamawiający wymagał, by odwołując się do specyfikacji urządzenia dostępnej na stronie internetowej producenta wskazał, że wysokość urządzenia to 2,5U, a nie jak wymagane przez Zamawiającego maksymalne 2U. W szczególności odnośnie wysokości maksymalnej routera, Maxto złożył oświadczenie podpisane przez pana Z. C., Dyrektora sprzedaży na Europę Hillstone Networks Europę. Z oświadczenia tego wynika, że router typu B Hillstone SG-6000 o numerze katalogowym producenta SG - 6000-E6368 jest dostępny w dwóch wersjach wysokości 2,5U oraz 2U. Wystawca oświadczenia zamieścił również link do strony, na której taka informacja jaką podał, widnieje. Odwołujący II jednak kwestionuje prawdziwość tego oświadczenia. W pierwszej kolejności, oświadczenie to nie jest oświadczeniem producenta, tylko jego ewentualnie

przedstawiciela, prowadzącego własną działalność gospodarczą pod nazwą zbliżoną do nazwy producenta. Taki przedstawiciel jednak nie jest w żaden sposób autoryzowany przez Hillstone Networks Corporations, USA (producenta), chociażby w taki sposób, jak wskazuje czyni to producent w stosunku do innych przedstawicieli poprzez wskazanie oficjalnych lokalizacji producenta oraz jego partnerów na stronie internetowej. Link do wskazanej przez wystawcę dokumentu strony internetowej, jest o tyle niewiarygodny, że nie prowadzi do oficjalnej strony producenta, tylko strony wystawcy oświadczenia, do której zresztą nie sposób dotrzeć wpisując wyłącznie nazwę producenta z rozszerzeniem „.eu”. Strony te różnią się nie tylko adresem, ale również informacją właśnie dotyczącą urządzeń o numerze katalogowym producenta SG - 6000-E6368. Informacje te również są mało przekonujące z uwagi na fakt czysto techniczny. O ile dystrybutor wskazał - co Odwołujący II kwestionuje - że urządzenie o numerze katalogowym producenta SG - 6000- E6368 jest produkowane w dwóch różnych rozmiarach, zachowując jednocześnie niezmienną pozostałe parametry, to nie jest technicznie możliwe, by urządzenia o różnych wymiarach zachowały tą samą wagą, a tak wynika z informacji na stronie internetowej wskazanej przez Maxto. Co również istotne, gdyby na stronie wskazanej przez Maxto zmienić język z angielskiego na jakikolwiek inny dostępny, okaże się, że w karcie katalogowej dla urządzenia o numerze katalogowym SG - 6000-E6368 istnieją informacje o wyłącznie jednej wysokości tego urządzenia, to jest 2,5U. Te okoliczności podważają wiarygodność złożonych przez Maxto wyjaśnień i prowadzi do wniosku, że zaoferowane urządzenie jest niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ w Załączniku nr 16 do OPZ, a tym samym oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dalej Odwołujący II wskazał, że wezwanie do wyjaśnień również odnosiło się do parametrów wydajnościowych: przepustowości zaoferowanego routera (1.5.2 Załącznika nr 16 do OPZ) oraz wydajności szyfrowania (1.5.4 Załącznika nr 16 do OPZ). Zamawiający wskazał, że zgodnie z kartami katalogowymi producenta przepustowość na poziomie wymaganych 80Gbps urządzenia tego producenta mają jedynie dla pakietów 1518B, ale też w kartach katalogowych podana jest przepustowość dla mieszanych rozmiarów pakietów (64, 512 i 1518 bajtów), stąd Zamawiający oczekiwał przedstawienia przez Maxto nie tylko wyjaśnienia ale również dokumentów potwierdzających, że zaoferowany router typu 8 spełnia wymóg w zakresie wydajności zgodnie z OPZ. Podobnie w przypadku wydajności szyfrowania Zamawiający wymagał VPN IPSec dla pakietów 512B, przy zastosowaniu algorytmu AES256-SHA1 nie mniej niż 45Gbps, podczas gdy z oficjalnych kart katalogowych producenta dla zaoferowanego modelu zapewniona jest wydajność na poziomie 50 Gpbs ale tylko dla pakietów o rozmiarze 1400B.

To samo oświadczenie złożone przez ewentualnego dystrybutora Hillstone Networks, ma potwierdzać w pkt 2.1, że dla pakietów o rozmiarze 512B przepustowość zaoferowanego modelu routera typu B jest wyższa niż wymagane 80Gbps i wynosi 80,734Gbps. Odwołujący II wskazał, że takie oświadczenie nie może być uznane przez Zamawiającego za wystarczające. Przede wszystkim Zamawiający, zgodnie z wezwaniem do wyjaśnień, oczekiwał dokumentów potwierdzających wymaganą przepustowość. Samo oświadczenie ewentualnego dystrybutora takim dokumentem być nie może. Powszechnie prowadzone są i publikowane badania przepustowości routerów, których wyniki takim dokumentem mogłyby natomiast być. Z punktu widzenia wydajności firewalla istotne jest, aby wydajność była określona przy rozmiarze pakietu zbliżonego do spotykanego w rzeczywistym ruchu internetowym, stąd wskazanie wielkości, dla którego pomiar ma być wykonany, w tym przypadku 512B. Wartość przepustowości dla oferowanego urządzenia podana przy rozmiarze pakietu UDP wynoszącym 1518 bajtów jest przepustowością mierzoną w warunkach idealnych, niespotykanych w rzeczywistości i ma znaczenie wyłącznie marketingowe. Można założyć, że wartość przepustowości dla wymaganej wielkości 512 bajtów jest blisko trzykrotnie niższa od wymaganej. Statystycznie rozmiar pakietów w typowym ruchu sieciowym zdefiniowany jest jako IMIX (pakieci 40B, 576B oraz 1500B w stosunku 7:4:1). W materiałach producenta występuje parametr IMIX (określony, niezgodnie z przyjętą konwencją jako: IMIX throughput data is obtained under UDP trafficmix (64 by te: 512 byte:1518 byte= 5:7:1), na poziomie 35Gbps, w odróżnieniu od SOGbps dla rozmiaru pakietu 1518B. Zaoferowane urządzenie jest niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ w Załączniku nr 16 do OPZ, a tym samym oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosnie spełniania przez zaoferowany router wydajności dla IPSec zgodnej z warunkami SIWZ, w ocenie Odwołującego II, Maxto również nie przedłożył innego dokumentu, w szczególności dokumentu pochodzącego od producenta, niż wskazane wyżej oświadczenie ewentualnego dystrybutora. Również w tym zakresie oświadczenie to jest niezgodne z informacjami pochodzącymi z oficjalnych stron producenta i powołanych też przez Zamawiającego katalogów produktowych. Podobnie jak w punkcie poprzednim, wydajność deklarowana przez producenta dotyczy ruchu idealnego (IPSec throughput data is obtained under Preshare Key AES256+SHA-1 configuration and 1400-byte packet size packet), podczas gdy wymagania deklarują wyraźnie minimalną przepustowość dla pakietu wielkości 512B. Podana w materiałach producenta wartość jest kilkukrotnie niższa od wymaganej. Zaoferowane urządzenie jest niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ w Załączniku nr 16 do OPZ, a tym samym oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

III.2 Router typu A, router typu B, router VPN

Dalej Odwołujący II wskazał, że Zamawiający wzywał również Maxto do złożenia wyjaśnień w zakresie routera typu A, typu B oraz routera VPN w zakresie zapewnienia przez nie funkcji systemu bezpieczeństwa dla kontroli zawartości poczty poprzez Antyspam dla protokołów SMTP, POP3, IMAP (pkt 1.6.1.7 w Załączniku nr 15 do OPZ, pkt 1.6.1.7 w Załączniku nr 16 do OPZ, pkt 1.6.1.7 w Załączniku nr 17 do OPZ). W zakresie routera typu A Maxto zaoferował również urządzenie producenta Hillstone Networks o numerze katalogowym Hillstone SG-6000-E2860, a także router VPN tego producenta o oznaczeniu katalogowym Hillstone SG-6000-E1700. Zdaniem Zamawiającego karty katalogowe tych urządzeń udostępnione przez producenta nie potwierdzają zgodności oferowanych urządzeń z SIWZ. W dostępnej dokumentacji opisującej konfigurację urządzenia (StoneOS_CLI_User_Guide_Threat_Prevention_5.5R6-l.pdf), sekcji Anty Spam, możliwa jest wyłącznie konfiguracja protokołów SMTP oraz POP3. Zaoferowane urządzenia są niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ w Załącznikach nr 15, 16 i 17 do OPZ, a tym samym oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący II wskazał również, że wyżej wskazane routery nie spełniają warunków określonych w pkt 1.8.1.3 Załączników 15,16 i 17, to znaczy nie obsługują wymaganego protokołu Diffiego - Hellman grup 19 i 20. W przedłożonym piśmie ewentualnego dystrybutora Hillstone Networks znalazło się co prawda oświadczenie, że zaoferowane modele realizują funkcjonalność obsługi tego protokołu w grupach 19 i 20, jednak oświadczenie to nie ma potwierdzenia w dokumentacji opisującej konfigurację tych urządzeń (StoneOS_CLMUser_Guide_VPNJ5.5R6.pdf), z której wprost wynika, że grupy 19 oraz 20 nie są dostępne, a dostępne są wyłącznie grupy 1, 2,5,14,15 i 16. Zamawiający niesłusznie zatem uznał wyjaśnienia Maxto za rzetelne i prawdziwe, mimo iż sam takich informacji nie mógł potwierdzić w dostępnych mu dokumentach, a tym samym oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp .

Podobnie, w ocenie Odwołującego II, zaoferowany sprzęt nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w pkt 1.9.1.3 Załącznika 15,16 i 17 do OPZ, to jest protokołów dynamicznego routingu w oparciu o protokoły: RIPv2, OSPF,BGP oraz PIM dla wymagania w zakresie routingu i obsługi łączy WAN. Zgodnie z dokumentacją StoneOS_CLI_User_Guide_Routing_5.5R6, zaoferowane urządzenia na dzień składania ofert nie umożliwiały obsługi routingu dynamicznego PIM. Funkcjonalność ta została zaimplementowana w wersji StoneOS5.5R6-F-Release-2, opublikowanej w styczniu 2019,

która nie jest przedmiotem oferty Maxto. Oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Odwołującego II zaoferowane routery typu A, B oraz VPN nie są zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Załącznikach 15,16 i 17 do OPZ dla każdego z tych urządzeń w pkt 1.17.2. Zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego urządzenia te miały zapewniać, że w ramach logowania system przekazuje dane o zaakceptowanym ruchu, ruchu blokowanym, aktywności administratorów, zużyciu zasobów oraz stanie pracy systemu. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, by zapewniono możliwość jednoczesnego wysyłania logów do wielu serwerów logowania. Dokumentacja zaoferowanych urządzeń wprost wskazuje na ograniczenie wymaganej funkcjonalności, wskazując, że tylko niektóre ze wskazanych przez Zamawiającego informacji mogą być w ramach logowania przekazywane, co w sposób istotny odbiega od wymagań Zamawiającego, i jednocześnie stanowi podstawę do stwierdzenia niezgodności zaoferowanego sprzętu z SIWZ, a tym samym podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

III.3. System zarządzania infrastrukturą sprzętową

Odwołujący II wskazał, że zgodnie z Formularzem Ofertowym Maxto zaoferował System zarządzania infrastrukturą sprzętową, na który składa się System zarządzania przełącznikami producenta Huawei Technologies Co. Ltd., System zarządzania firewallami producenta Hillstone Networks, System zarządzania serwerami i System zarządzania macierzami producenta Dell. W Załączniku nr 11 do OPZ w pkt 1.1.3. Zamawiający zapisał, że w przypadku oferowania urządzeń od różnych producentów, lub gdy jeden producent więcej niż jednej grupy produktowej nie oferuje jednego systemu zarządzania obejmującego te grupy produktowe, to Zamawiający za równoważne uzna dostarczenie oddzielnych systemów zarządzania infrastrukturą dla danej grupy produktowej, umożliwiające spójne, centralne zarządzanie wszystkimi urządzeniami z danej grupy produktowej spełniające wymagania podstawowe oraz wymagania danej grupy produktowej.

W toku Postępowania, na pytanie zadane przez wykonawcę (pytanie nr 88), Zamawiający doprecyzował zapis i wyjaśnił, że „Jako grupy produktowe Zamawiający rozumie zbiór urządzeń funkcjonalnie kwalifikujących się do danej grupy produktowej, dla której zostały opisane niezależne wymagania funkcjonalne w zakresie systemu zarządzania, tj. wymagania opisane w załączniku nr 11 do OPZ punkty 1.2 - Macierze, 1.3 - Serwery, 1.4 - Przełączniki, 1.5 - Firewalle.”

Z odpowiedzi tej wynika, że Zamawiający wymagał, aby firewalle, czyli urządzenia opisane załącznikami nr 15,16,17 i 18 do OPZ, tj. Router typ A, Router typ B, Router VPN, oraz WAF były zarządzane z jednego centralnego systemu zarządzania Firewallami. Wykonawca Maxto w formularzu ofertowym, jak wyżej wskazano zaoferował System zarządzania firewallami producenta Hillstone NetWork-Hillstone Security Management Platform vFISM.

Odwołujący II wskazał, że z oficjalnie dostępnej dokumentacji (HSM User Guide) nie wynika, aby rozwiązanie HSM w jakikolwiek sposób wspierało rozwiązania innych producentów, a tym samym niemożliwe jest zarządzanie z jego poziomu urządzeniem WAF firmy TrustWave WAF-WD-TS-750, które Maxto zaoferowało jako urządzenie WAF. Dokumentacja nie wspomina też o żadnej możliwości programowego rozszerzenia funkcjonalności poprzez interfejs programistyczny (API). Oferowana platforma nie spełnia więc wymagania 1.1.3 doprecyzowanego w odpowiedzi na pytanie nr 88, lub jest produktem niestandardowym, co wymagało by jednak jednoznacznej deklaracji tego wykonawcy, że produkt oferowany jest w konfiguracji dedykowanej, różniącej się od standardowej charakterystyki produktu (zgodnie z zapisem OPZ pkt 10 str. 14), czego Maxto jednak nie dokonało. Oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dalej Odwołujący II wskazał, że w pkt 1.5.4.8. Załącznika nr 11 do OPZ Zamawiający wymagał automatyzacji procesu konfiguracji struktur VPN typu hub-and-spoke oraz full-mesh. Dodatkowo, odpowiadając na zadane w toku Postępowania pytanie wykonawcy (pytanie nr 111), Zamawiający uszczegółowił powyższy wymóg: wyjaśniając, iż: „Poprzez automatyzację procesu konfiguracji struktur VPN Zamawiający rozumie taką funkcjonalność, dzięki której w systemie centralnego zarządzania możliwe jest przygotowanie wzorców konfiguracji dla jeszcze niepodłączonych urządzeń, analogicznie do urządzeń już działających. Wzorce konfiguracji powinny odnosić się do wszystkich elementów systemów związanych zarówno z tunelami VPN jak i innymi, które umożliwiają przeprowadzanie transmisji danych pomiędzy urządzeniami. Musi istnieć możliwość przygotowania konfiguracji dla nowych urządzeń w taki sposób, aby automatycznie zostały zainstalowane na urządzeniach w momencie ich podłączenia do sieci, np. z wykorzystaniem klucza USB, na którym zawarta jest tylko uniwersalna, wspólna dla danego typu urządzeń konfiguracja podstawowa. Nie dopuszcza się, aby na kluczu USB w żadnym momencie przechowywana była pełna, indywidualna konfiguracja docelowa danego urządzenia tzn. taka która zawiera informacje jednoznacznie określające dane urządzenie (np. adresy 1P, tablice routingu, numery seryjne, dane uwierzytelniające użytkowników)“.

Publicznie dostępna dokumentacja (HSM User Guide - wersja 3.2.0) nie wspomina w żaden sposób o funkcjonalności, którą opisuje Zamawiający, a która jest niezwykle istotna z punktu widzenia utrzymania dużej sieci połączeń. W takim wypadku Zamawiający winien wezwać oferenta do wyjaśnień, lub przeprowadzenia prezentacji rozwiązania - zgodnie z zapisami OPZ, czego zaniechał., a co w ocenie Odwołującego II stanowi istotne naruszenie zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości (art. 7 ust. 1 Pzp). Przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w tym zakresie może bowiem doprowadzić, a według wiedzy doprowadzi, do stwierdzenia niezgodności oferty Maxto z treścią SIWZ, co z kolei skutkować powinno jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Macierz 20T

Odwołujący II wskazał, że w pkt 1.2.1 Załącznika nr 1 do OPZ, określając wymagania dla obudowy macierzy 20T, Zamawiający wpisał, iż obudowa ma zapewniać możliwość zamontowania w macierzy co najmniej 24 dysków. Zgodnie z Formularzem Ofertowym, Maxto zaoferował macierz 20T produkcji Dell o modelu SCv3000 z numerem katalogowym 210-ALVH. Zarówno model jak i numer katalogowy producenta wskazują jednoznacznie i bezpośrednio na produkt posiadający możliwość zainstalowania maksymalnie 16 dysków twardej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w tym zakresie, Maxto przedłożył oświadczenie Firmy DELL Sp. z o.o., nie datowane, w którym prokurent tej firmy oświadcza, że oferowana macierz dyskowa Dell SCv3000 posiada możliwość zamontowania co najmniej 24 dysków. Zamawiający uwzględnił to oświadczenie jako wymagany dokument, mimo, iż jak sam zauważył w wezwaniu, w żadnej dostępnej karcie katalogowej producent nie wskazuje na taką możliwość. Jednocześnie wątpliwości Zamawiającego nie wzbudziły ani fakt, że w treści Dell Sp. z o.o. z siedzibą w Polsce składa oświadczenie jako producent urządzeń (choć jest jedynie lokalnym przedstawicielem producenta, a sam nie tylko tych urządzeń nie wytwarza, ale również nie decyduje o ich parametrach, nawet gdyby miały one być zaoferowane w wersji dedykowanej), ani też fakt, że w treść oświadczenia odnosi się jedynie do modelu, a nie rzeczywiście zaoferowanego urządzenia o konkretnym numerze i oznaczeniu z karty katalogowej. Odwołujący twierdzi, że urządzenie zaoferowane przez Maxto nie spełnia warunku określonego w SIWZ, a zatem oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

IV. Oferta Integrated Solutions

Odwołujący II wskazał, że wszelkie zarzuty i argumentacja podniesione przez Odwołującego w stosunku do oferty Maxto w pkt III.I, 111.2 i i 11.3 powyższej części odwołania, mają odpowiednie zastosowanie do oferty Integrated Solutions.

Wykonawca Integrated Solutions zaoferował w Postępowaniu:

- Router typu B producenta Hillstone Networks typu NextGenerations Firewall (NGFW), model E6000 Series, numer katalogowy SG - 6000-E6368. Zamawiający skierował do tego wykonawcy analogiczne w treści wezwanie do złożenia wyjaśnień i dokumentów w zakresie potwierdzenia zgodności zaoferowanego urządzenia z SIWZ, to jest w zakresie zgodności z pkt. 1.1.3, 1.5.2, 1.5.4 Załącznika nr 16 do OPZ, a także pkt 1.6.1.7, 1.8.1.3, 1.9.1.3 i 1.17.2 Załączników 15,16 i 17 do OPZ. W odpowiedzi na wyjaśnienia wykonawca Integrated Solutions przedstawił lakoniczne oświadczenia własne o spełnianiu przez oferowane urządzenie warunków;
- Router typu A producenta Hillstone Networks typu NextGenerations Firewall (NGFW), model E6000 Series, numer katalogowy SG - 6000-E2860. Zamawiający skierował do tego wykonawcy analogiczne w treści wezwanie do złożenia wyjaśnień i dokumentów w zakresie potwierdzenia zgodności zaoferowanego urządzenia z SIWZ, to jest w zakresie zgodności z pkt. 1.6.1.7.1.8.1.3.1.9.1.3 i 1.17.2 Załączników 15,16 i 17 do OPZ. W odpowiedzi na wyjaśnienia wykonawca Integrated Solutions przedstawił lakoniczne oświadczenia własne o spełnianiu przez oferowane urządzenie warunków;
- Router VPN producenta Hillstone Networks typu Next Generations Firewall (NGFW), model E6000 Series, numer katalogowy SG - 6000-E1700. Zamawiający skierował do tego wykonawcy analogiczne w treści wezwanie do złożenia wyjaśnień i dokumentów w zakresie potwierdzenia zgodności zaoferowanego urządzenia z SIWZ, to jest w zakresie zgodności z pkt 1.6.1.7.1.8.1.3.1.9.1.3 i 1.17.2 Załączników 15,16 i 17 do OPZ. W odpowiedzi na wyjaśnienia wykonawca Integrated Solutions przedstawił lakoniczne oświadczenia własne o spełnianiu przez oferowane urządzenie warunków;
- w zakresie Systemu zarządzania infrastrukturą sprzętową Integrated Solutions zaoferował System zarządzania infrastrukturą sprzętową (serwery, macierze, przełączniki) produkcji Huawei o nazwie eSight Platform i numerze katalogowym 88034GED i System zarządzania firewall - router produkcji Hillstone Networks o nazwie Hillstone Security Management Platform i numerze katalogowym SG6K-vHSM. Zamawiający skierował do tego wykonawcy analogiczne w treści wezwanie do złożenia wyjaśnień i dokumentów w zakresie potwierdzenia zgodności zaoferowanego urządzenia z SIWZ, to jest w zakresie zgodności z pkt. 1.1.3 i 1.5.4.8 Załącznika nr 11

do OPZ. W odpowiedzi na wyjaśnienia wykonawca Integrated Solutions przedstawił lakoniczne oświadczenia własne o spełnianiu przez oferowane urządzenie warunków.

Odwołujący II wskazał, że do złożonej odpowiedzi Integrated Solutions załączyło jednocześnie „dokumenty źródłowe” pochodzące, co ważne, bo podkreślił to w swoim piśmie sam wykonawca, od przedstawicieli producentów, a nie producentów, jak wymagał tego Zamawiający zgodnie z OPZ (str. 14). Wśród „dokumentów źródłowych” znajdują się analogiczne wyjaśnienie pochodzące od ewentualnego przedstawiciela producenta Hillstone Networks z siedzibą w Czechach oraz oświadczenia Trustawave Poland Sp. z o.o.

Nie powtarzając zarzutów i argumentacji dotyczącej tego samego sprzętu zaoferowanego przez Maxto i Integrated Solutions, Odwołujący II wskazał, że oferta Integrated Solutions jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymagań dotyczących routera typu B określonych w pkt. 1.1.3, 1.5.2, 1.5.4 Załącznika nr 16 do ORZ, a także pkt 1.6.1.7, 1.8.1.3, 1.9.1.3 i 1.17.2 Załączników 15,16 i 17 do OPZ, routera typu A i routera VPN określonych w pkt. 1.6.1.7, 1.8.1.3.1.9.1.3 i 1.17.2 Załączników 15,16 i 17 do OPZ oraz Systemu zarządzania infrastrukturą sprzętową określonych w pkt. 1.1.3 i 1.5.4.8 Załącznika nr 11 do OPZ, a zatem jako taka powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp czego Zamawiający zaniechał, naruszając tym samym przepisy ustawy Pzp.

V. Oferta Konwerga

Odwołujący II wskazał, oferta wykonawcy Konwerga została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność oferty z wymogami Zamawiającego w zakresie Załącznika nr 9 do OPZ - Serwerowych systemów operacyjnych, Załącznika nr 26 do OPZ - Licencji dostępowych oraz Załącznika nr 27 do OPZ - Licencji terminalowych. Szczegółowe przyczyny odrzucenia oferty w tym zakresie wskazane są w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22 stycznia 2019 roku i nie stanowią przedmiotu niniejszego odwołania.

Niezależnie jednak Odwołujący II zauważył, że oferta Konwerga powinna być, w przypadku nakazania przez Izbę ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konwerga odrzucona z Postępowania z analogicznych powodów jak wskazane powyżej dla wykonawcy Maxto i Integrated Solutions.

Wykonawca Konwerga zaoferował w Postępowaniu:

- Router typu B producenta Hillstone Networks, model E6000 Series, numer katalogowy SG - 6000-E6368.
- Router typu A producenta Hillstone Networks, model E6000 Series, numer katalogowy SG - 6000-E2860.
- Router VPN producenta Hillstone Networks, model E6000 Series, numer katalogowy SG - 6000-E1700.
- w zakresie Systemu zarządzania infrastrukturą sprzętową wykonawca Konwerga zaoferował oprogramowanie produkcji Huawei o nazwie NSHSPLATFM11, oprogramowanie produkcji Hillstone Networks o nazwie Hillstone Mgmt System SG6K-vHSM oraz oprogramowanie Trustwave o nazwie TrustWave Mgr.

Nie powtarzając zarzutów i argumentacji dotyczącej tego samego sprzętu zaoferowanego przez Maxto i Integrated Solutions, a także Konwerga, Odwołujący II podsumował, że oferta Konwerga jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymagań dotyczących routera typu B określonych w pkt. 1.1.3, 1.5.2, 1.5.4 Załącznika nr 16 do OPZ, a także pkt 1.6.1.7, 1.8.1.3, 1.9.1.3 i 1.17.2 Załączników 15,16 i 17 do OPZ, routera typu A i routera VPN określonych w pkt. 1.6.1.7,1.8.1.3,1.9.1.3 i 1.17.2 Załączników 15,16 i 17 do OPZ oraz Systemu zarządzania infrastrukturą sprzętową określonych w pkt. 1.1.3 i 1.5.4.8 Załącznika nr 11 do OPZ, a zatem jako taka powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp czego Zamawiający zaniechał, naruszając tym samym przepisy ustawy Pzp.

VI. Podstawy do wykluczenia wykonawcy Maxto oraz odrzucenia ofert Maxto, Integrated Solutions i Konwerga

Brak wykazania spełniania warunków udziału na dzień składania ofert i nieważny podpis pod ofertą

Odwołujący II wskazał również, że wykonawca Maxto, podlega wykluczeniu na mocy art 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, gdyż na dzień wyboru jego oferty, to jest na dzień 22 stycznia 2019 roku, wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia go z Postępowania, składając Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) i następnie dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp z podpisem elektronicznym nie spełniającym wymogów przepisów prawa. Jednocześnie oferta wykonawcy Maxto, jak i Integrated Solutions oraz Konwerga podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 58 kc oraz art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.

Zgodnie z przywołanym przepisem art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej do dnia 1 lipca 2018 r. do składania zaawansowanych podpisów elektronicznych lub zaawansowanych pieczęci elektronicznych można stosować funkcję skrótu SHA-1, chyba że wymagania techniczne wynikające z aktów wykonawczych wydanych na podstawie rozporządzenia Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, wyłączą możliwość stosowania tej funkcji skrótu. Przepis ten jest odczytywany jako zakończenie stosowania funkcji skrótu SHA-1 w zastosowaniach dotyczących podpisu elektronicznego i pieczęci od dnia 1 lipca 2018 roku. Sformułowanie „można stosować” użyte przez ustawodawcę należy bowiem rozumieć jako przyzwolenie na składanie podpisów elektronicznych lub zaawansowanych pieczęci elektronicznych z funkcją skrótu SHA-1. W ocenie Odwołującego II skoro ustawodawca posługuje się terminem „można stosować” i wskazuje jednocześnie datę do której takie uprawnienie może być realizowane, to uznać należy, że po tej dacie funkcji skrótu SHA -1 nie można już stosować, zarówno jako w zakresie uprawnień nadawanych, jak i uprawnień wykonywanych. Innymi słowy, odwołując się do zasad logiki praktycznej przyjąć należy, że do 1 lipca 2018 roku nie było zakazane stosowanie funkcji skrótu SHA - 1, jednak uprawnienie to wygasa w tej dacie i nie może być dalej realizowane. Trudno również interpretować inaczej intencją tego zapisu, gdyby data 1 lipca 2018 roku w rzeczywistości dla funkcji skrótu SHA - 1 nic nie znaczyła i była jedynie rekomendacją. Zaznaczyć należy, że akty prawne stanowią prawo, a nie jedynie rekomendują jego stosowania, a zatem racjonalny ustawodawca posługując się sformułowaniem „można stosować” i nie regulując w żaden sposób uprawnień po terminie 1 lipca 2018 roku, datą tą uprawnienie ogranicza, a nie jedynie rekomenduje określone zachowanie, które zresztą ma istotne znaczenie w sferze prawnej obywatela. Jeżeli coś „można” do określonej daty, to po tej dacie tego już „nie można”, chyba, że ustawodawca zawarłby w akcie prawnym dalsze instrukcje, które wyjaśniałyby jego intencję.

W ocenie Odwołującego II w interpretacji przepisu art. 137 ust. 1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, jest uzasadnienie projektu sejmowego ustawy z lipca 2016 roku, w którym czytamy „Ważnym przepisem dla zapewnienia ciągłości usług zaufania w Polsce jest art. 134, wskazujący na możliwość stosowania skrótu SHA-1 do składania zaawansowanych podpisów elektronicznych lub zaawansowanych pieczęci elektronicznych. Dotychczasowe przepisy wymagały wprost stosowania tego algorytmu, co spowodowało, że oprogramowanie stosowane do składania i weryfikacji podpisów, nie było dostosowywane do innych skrótów rekomendowanych w standardzie ETSITS119 312 dotyczącej wymagań w zakresie stosowania algorytmów kryptograficznych w infrastrukturze podpisu elektronicznego.

Mając na uwadze, że norma ta wprost nie rekomenduje dalszego używania skrótu SHA-1 ze względu na możliwe naruszenia bezpieczeństwa, należało wprowadzić przepisy przejściowe umożliwiające stopniowe odejście od stosowania tego skrótu." Potwierdza to, że intencją ustawodawcy prowadzącego w życie ustawę we wrześniu 2016 roku, było wprowadzenie mechanizmu odejścia od stosowanego skrótu począwszy od 1 lipca 2018 roku. Jakkolwiek inna interpretacja byłaby niezgodna z celem wprost wyrażonym przez ustawodawcę. Należy podkreślić, że również Ministerstwo Cyfryzacji na swojej stronie internetowej <https://www.gov.pl/web/cyfryzacja/zbliza-sie-termin-zakonczenia-stosowania-sha-1-przy-skladaniu-podpisow-i-pieczeci>, w kwietniu 2018 roku informowało tym, że 1 lipca 2018 roku zakończy się stosowanie SHA -1 przy składaniu podpisów i pieczęci. Takie stanowisko poprzedzone było również komunikatem Ministerstwa Cyfryzacji z 1 marca 2018 roku w sprawie wycofania algorytmu SHA-1 w zastosowaniach związanych z zaawansowanym podpisem i pieczęcią elektroniczną, w którym Ministerstwo stwierdziło wprost: „Z dniem 1 lipca br. kończy się przewidziany w artykule 137 ustawy z dn. 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. 2016, Poz. 1579) okres stosowania funkcji skrótu SHA1 w zastosowaniach dotyczących zaawansowanego podpisu elektronicznego / pieczęci."

Odwołujący II wskazał, że tą drogą podąża również orzecznictwo Izby, która w wyroku z dnia 10 grudnia 2018 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2428/18, uznała w analogicznej sytuacji, że wykonawca dokonując czynność związaną ze złożeniem kwalifikowanego podpisu pod dokumentem JEDZ składanym zamawiającemu z wykorzystaniem algorytmu SHA - 1 uchybił bezwzględnie obowiązującym od dnia 1 lipca 2018 roku przepisom ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej i wadliwie złożył podpis. Izba doszła również do wniosku, że złożony podpis nie odpowiadający aktualnie obowiązującym przepisom jest nieważny.

Odwołujący II wskazał, że wykonawcy Maxto, jak i Integrated Solutions oraz Konwerga składając oferty, w tym JEDZ, podpisali je podpisem elektronicznym wykorzystującym algorytm SHA-1. Złożenie ofert i podpisów miało miejsce po dniu 1 lipca 2018 roku. A zatem, powołując się na powyżej przedstawione stanowisko o skutkach złożenia podpisu kwalifikowanego z użyciem algorytmu SHA - 1, Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę Maxto jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a oferty wykonawców Integrated Solutions i Konwerga i dodatkowo również Maxto odrzucić jako nieważne na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Oferta stanowi jednostronną czynność prawną, która musi być dokonana w określonym przez Zamawiającego terminie (terminie składania ofert). Złożenie ponowne oferty, tym razem z podpisem kwalifikowanym poprawnym,

musiałoby nastąpić po tym terminie, na wezwanie Zamawiającego. W ocenie Odwoływającego II de facto zatem, jeżeli tak jak orzekła Izba i złożony pierwotnie podpis jest nieważny, to jego uzupełnienie sanujące ofertę w przypadku jednostronnej czynności prawnej jest niemożliwe. Podpis taki musiałby być złożony z datą jego składania, co potwierdzałby podpis kwalifikowany, w związku z czym oferta byłaby złożona po terminie składania ofert. Przepis prawa nie przewiduje dlatego właśnie możliwości uzupełnienia oferty. Zgodnie z art. 58 kodeksu cywilnego natomiast czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

VI. 2. Wykluczenie wykonawcy Maxto, Integrated Solutions i Konwerga na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z udziału w Postępowaniu wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 24 kwietnia 2018 roku w sprawie o sygn. 684/18, Izba stwierdziła „Dla możliwości stwierdzenia zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) koniecznym jest nie tylko podanie informacji wprowadzających w błąd - zatem niezgodnych ze stanem rzeczywistym, ale także stwierdzenie, że mogły one wprowadzić zamawiającego w błąd, wpłynąć na jego wyobrażenie o rzeczywistości oraz mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje Odwoływający II wskazał, że wyżej wskazani wykonawcy zarówno składając oferty jak i udzielając Zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie dotyczące oferowanych urządzeń i oprogramowania, przedstawili informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Błąd ten doprowadził do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców i uznania że oferty te są zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, w szczególności zaś w Załącznikach nr 1,11,15,16,17 do OPZ w zakresie omówionym w częściach II, III i IV niniejszego odwołania. Odwoływający II wskazał również, że wykonawcy posługują się dokumentami, które nie potwierdzają rzeczywistości, albo tą rzeczywistość „naginają” do korzystnego dla wykonawców postrzegania stanu faktycznego poprzez ogólne i nic nie mówiące, lakoniczne sformułowania, albo przedstawianie informacji częściowych, niepełnych, tak by Zamawiający powziął mylne, jednak korzystne dla wykonawców

wyobrażenie dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający, wydaje się, podejmował wystarczające wysiłki dokonując samodzielnego badania ofert i studiując karty katalogowe urządzeń wskazanych w ofertach wykonawców, jednak mimo istotnych i jasno wyrażonych wątpliwości, uznał, że oferty są zgodne z SIWZ na podstawie takich lakonicznych i niepełnych oświadczeń, które w żadnej mierze nie powinny być uznawane za wyjaśnienia. Zatem wykonawcy Maxto, Integrated Solutions oraz Konwerga, w przypadku potwierdzenia się zarzutów określonych w pkt III,IV i V niniejszego odwołania, dodatkowo powinni zostać również wykluczeni z udziału w Postępowaniu również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 187/19

W dniu 1 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Konwerga sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu (dalej „**Odwołujący III**”) wobec zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany tj. odrzucenia oferty Maxto, czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Maxto jako najkorzystniejszej, zaniechania wezwania Odwołującego III do wyjaśnień treści oferty w zakresie Załącznika nr 2 do SIWZ (formularza ofertowego) tabeli „Specyfikacja techniczna zaoferowanych urządzeń przez Wykonawcę” (zwanej dalej „Tabelą”) w wierszach 22,23,24 na podstawie art.87 ust. 1 ustawy Pzp, czynności odrzucenia oferty Odwołującego III jako niezgodnej z SIWZ wobec zaniechania poprawy oczywistej omyłki pisarskiej pomimo, iż dostrzeżona przez Zamawiającego niezgodność oferty z SIWZ ma charakter nieistotny i możliwe jest poprawienie Oferty Odwołującego III w oparciu o jej treść, nie wytwarzając żadnej nowej treści, a tym samym nie doprowadzając do istotnych zmian oferty.

Odwołujący III zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Maxto, pomimo, że jej treść nie odpowiada SIWZ;
- 2) art. 82 ust.3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Maxto mimo, iż nie spełnia ona wymogów SIWZ;
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego III do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji 22, 23, 24 Tabeli;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż oferta Odwołującego III nie odpowiada SIWZ w stopniu pozwalającym na jej odrzucenie na podstawie tego przepisu bez uprzedniego wezwania Odwołującego III do złożenia wyjaśnień treści oferty, a także z pominięciem możliwości poprawienia oferty

Odwołującego III na podstawie art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, chociaż istniały ku temu podstawy

Odwołujący III wniósł o: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty Maxto; (ii) odrzucenia oferty Maxto jako niezgodnej z SIWZ; (iii) nieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego III; (iv) wezwania Odwołującego III do wyjaśnienia treści oferty w zakresie pozycji 22, 23, 24 Tabeli, a następnie poprawienia jego oferty stosownie do uzyskanych wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp; (v) powtórzenia czynności badania ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący III wskazał, co następuje:

I. Zaniechanie odrzucenia oferty Maxto

W punkcie IV SIWZ Zamawiający zapisał iż: „Przez ofertę równoważną należy rozumieć ofertę o parametrach nie gorszych od opisu wskazanego przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Parametry wskazane przez Zamawiającego są parametrami minimalnymi, granicznymi. Pod pojęciem „parametry” rozumie się funkcjonalność, przeznaczenie, kolorystykę, strukturę, materiały, kształt, wielkość, bezpieczeństwo, wytrzymałość, postać, rozmiar, dawkę itp. W związku z powyższym Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania produktów o innych znakach towarowych, patentach lub pochodzeniu, natomiast nie o innych właściwościach i funkcjonalnościach niż określone w SIWZ.”

Ponadto w Załącznik nr 1 do SIWZ - „Opis Przedmiotu Zamówienia OPZ” w punkcie 5 (str.13) Zamawiający zapisał iż: „Zamawiający uzna za sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oferty zawierające serwery/klastry obliczeniowe, macierze, routery, przełączniki, UPS-y, terminale PC, szafy rack i zestaw baterii o parametrach niższych, to jest gorszy/? niż wymienione w niniejszej specyfikacji (OPZ) i tym samym takie oferty będą podlegały odrzuceniu.”

W ocenie Odwołującego III biorąc powyższe zapisy pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób jednoznaczny określił, iż nie dopuszcza żadnych odstępstw od wymagań zwartych w OPZ. Odwołujący III powołał się na orzeczenie KIO 426/16 oraz KIO 868/10.

Zamawiający opisał w Załączniku nr 1 do OPZ „Macierz 20T” wymagania dotyczące urządzenia Macierzy 20T a w punkcie 1.1.2 zawarł wymóg: „Możliwość zamontowania w macierzy co najmniej 24 dysków”.

W formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ w tabeli „Specyfikacja techniczna zaoferowanych urządzeń przez Wykonawcę” (zwanej dalej „Tabelą”) w pozycji 1 Maxto wyspecyfikowało model urządzenia „5Cv300Q macierz konfiguracja dedykowana” produkcji firmy Dell. Ponadto w kolumnie „Inne informacje identyfikacyjne” zawarł informację „brak”. Zaoferowane urządzenie nie spełnia przytoczonego parametru, gdyż pojemność tej macierzy wynosi 16 dysków 3,5”.

Dowód nr 1: Karta katalogowa macierzy Dell EMC SCv3000 wraz z tłumaczeniem

Odwołujący III wskazał, że niezgodność tę dostrzegł Zamawiający i w wezwaniu z dnia 02.01.2019 zobowiązał Maxto do złożenia wyjaśnień w tym zakresie oraz złożenia dokumentów potwierdzających możliwość zainstalowania 24 dysków. W odpowiedzi dnia 8 stycznia 2019 Maxto ogólnie odniosło się do postawionego wymogu nie potwierdzając wprost, iż zaoferowana macierz umożliwi instalację 24 dysków, a poprzestając jedynie na ogólnych sformułowaniach dotyczących spełniania SIWZ i niedoskonałości kart katalogowych, które miałyby nie zawierać wszystkich parametrów. Ponadto do korespondencji dołączył krótkie oświadczenie o następującej treści: „Dell sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako producent oświadcza, iż oferowana w w/w postępowaniu macierz dyskowa Dell SCv3000, posiada możliwość zamontowania co najmniej 24 dysków”. Oświadczenie powyższe podpisane zostało przez prokurenta Rafała Baranowskiego.

Odwołujący III wskazał na następujące fakty:

1. Maxto nie odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego w stopniu określonym w wezwaniu, gdyż nie udzieliło odpowiedzi na zawarte w nim pytanie. Ponadto w karcie katalogowej produktu znajduje się informacja o ilości możliwych do zainstalowania dysków tj. 16 sztuk (w dwóch miejscach tego dokumentu). W związku z powyższym nie ma mowy o niedoskonałości karty katalogowej, która nie zawiera informacji, a wręcz przeciwnie, jest informacją potwierdzającą, iż maksymalna ilość dysków dla tej macierzy to 16 sztuk, a więc potwierdzająca nie spełnianie wymogów SIWZ.
2. Rzekome oświadczenie firmy Dell nie ma mocy prawnej, gdyż zostało podpisane przez jednego prokurenta, a więc niezgodnie z reprezentacją Dell sp. z o.o., która wymaga działania dwóch prokurentów. Dowód nr 2: odpis KRS Dell sp. z o.o,

3. Oświadczenie Dell sp. z o.o. jest na tyle ogólne i zdawkowe, że Zamawiający nawet nie wie ile dysków faktycznie będzie mógł zainstalować w macierzy - zwracamy uwagę na sformułowanie „co najmniej”.

4. Na podstawie powyższego trudno uznać, iż Maxto zadośćuczyniło żądaniu Zamawiającego i złożyło dokument potwierdzający spełnienie wymogu SIWZ.

W ocenie Odwołującego III, zgodnie z Załącznikiem nr do SIWZ (OPZ) punkt 10, Zamawiający precyzyjnie określił, iż w przypadku zaoferowania produktu standardowego, ale o charakterystyce dedykowanej, tj. dostosowanej do wymagań Zamawiającego, obowiązkiem oferenta jest wyraźnie zawarcie takiej informacji w kolumnie „Inne informacje identyfikacyjne”. Na tej podstawie Zamawiający zastrzegł sobie prawo do wezwania oferenta do prezentacji produktu (punkt 12) lub złożenia dokumentów potwierdzających w postaci kart katalogowych, oświadczeń producenta potwierdzających spełnianie wymogów SIWZ (punkt 11). Maxto w tej kolumnie wyraźnie wpisało informację „brak”, czym uniemożliwiło Zamawiającemu skorzystanie z zapisów punktów 11 i 12. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego III zaoferowana macierz jest produktem standardowym, a dopisek „konfiguracja dedykowana” w kolumnie „Model” dotyczy jej wyposażenia, a nie modyfikacji urządzenia standardowego. Na podstawie powyższych faktów należy jednoznacznie stwierdzić, że Maxto nie złożyło wyjaśnień, które w sposób jednoznaczny potwierdzałyby spełnienie wymogów SIWZ, a ogólnodostępne dokumenty potwierdzają tezę przeciwną.

W ocenie Odwołującego III biorąc powyższe pod uwagę, niezgodności parametrów zaoferowanej macierzy typu 20T, nie pozostawiają wątpliwości, a zatem Zamawiający zobowiązany był uznać, iż oferta Maxto nie spełnia wymogów SIWZ, a więc podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 (podobnie wyrok KIO 373/16).

Dalej Odwołujący III wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odrzucenie oferty jest działaniem, które powinno być podejmowane w ostateczności, w szczególności, gdy dopiero wskutek wiedzy własnej zamawiającego lub uzyskanych wyjaśnień nie jest możliwe uznanie jej treści za zgodną z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z 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 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast, zgodnie z tym przepisem zamawiający zobowiązany jest do wyjaśnienia i poprawienia w ofercie wszelkich omyłek lub nieprecyzyjnych sformułowań, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Wynika z tego wniosek, że nawet jeśli dana oferta literalnie nie odpowiada wszystkim formalnym wymaganiom specyfikacji, to nie upoważnia to zamawiającego do automatycznego

odrzućenia oferty danego wykonawcy. W ocenie Odwołującego III w orzecznictwie podkreśla się przy tym, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzi wyłącznie wówczas, gdy treść oferty jest w sposób oczywisty i niebudzący wątpliwości sprzeczna z treścią wymagań określonych przez zamawiającego. Zamawiający powinien przy tym dążyć do wyjaśnienia ewentualnych niejasności oraz do utrzymania w postępowaniu takiej oferty, która wprawdzie zawiera nieprecyzyjne sformułowania, lecz ich poprawienie nie narusza przepisów Ustawy, w szczególności nie prowadziłyby do istotnych z punktu widzenia warunków uczciwej konkurencji zmian w treści oferty. Podejście takie wynika również z norm unijnego prawa zamówień publicznych, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w którym wskazuje się na obowiązywanie zasady dobrej administracji. Za sprzeczne z tą zasadą TSUE uznaje odrzucenie oferty przez zamawiającego w sytuacji, gdy niejasności i wątpliwości mógł on w prosty sposób zidentyfikować i usunąć.

Odwołujący III powołał się na wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 749/15, KIO 751/15, KIO 757/15, w którym Izba podkreśliła, iż: „Doświadczenie życiowe, jak również sam fakt ubiegania się o udzielenie zamówienia wskazuje, iż celem / istotą działania wykonawcy jest to, by zaoferować przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający treści SIWZ, a nie w sposób z nią sprzeczny”. Odwołujący III zwrócił również uwagę na wyrok KIO z 22 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1472/15, w którym podobnie zwrócono uwagę, iż „(...) jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści siwi. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów; złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią siwz i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p”.

W ocenie Odwołującego III, w zaistniałym stanie faktycznym, brak jest podstaw do twierdzenia, że uzyskane przez Zamawiającego od Odwołującego III wyjaśnienia treści oferty, a w efekcie dokonana poprawa, mogłyby doprowadzić do uzupełnienia oferty o całkowicie nowe treści, które nie zostały w niej zawarte, czy wręcz do wytworzenia całkowicie nowego oświadczenia. Jak potwierdza orzecznictwo, granicą uznania danej zmiany za nieistotną jest to, na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie

nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji co do treści składanej oferty. Przy czym podkreśla się, że kwestie powyższe wymagają oceny dokonanej z uwzględnieniem specyficznych okoliczności każdej konkretnej sprawy, a także celu przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jakim jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert merytorycznie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego (wyrok KIO z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 236/12, jak wyrok KIO z 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 674/15). Odwołujący wskazał również, że na powyższe zwrócił szczególną uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt: XII Ga102/09, podkreślając, że: ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu, innymi słowy kwantyfikator "istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Odwołujący III zwrócił również uwagę, że podobne stanowisko zajmuje Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który w swej opinii wskazał, że: „Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia.(...) Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnienia w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp" (opinia zawarta na stronie www.uzp.gov.pl w zakładce „Opinie dotyczące ustawy PZP” zatytułowana Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej”). W ocenie Odwołującego III o istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana

zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

W ocenie Odwołującego III w odniesieniu do zaistniałego przypadku wypełnił formularz ofertowy poprzez modyfikację formularza składanego w poprzednim, unieważnionym postępowaniu, w którym to oferta Odwołującego III została ostatecznie uznana za najkorzystniejszą, a ze względu na brak możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, postępowanie zostało unieważnione na podstawie art.92 u\$1.1 pkt 7 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego III spełnia wszystkie wymogi SIWZ zawarte w załącznikach 09, 26, 27 do OPZ, ale jest niezgodna z zapisem punktu 4 Załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ) w brzmieniu: „Wszystkie licencje na oprogramowania w postaci systemów operacyjnych, licencji dostępowych, licencji terminalowych, systemów zarządzania, wirtualizacji, chmury prywatnej i kopi zapasowych zarówno dostarczanych osobno jak i stanowiących komplet z urządzeniem muszą uprawniać do użytkowania najnowszej dostępnej w dniu składania oferty wersji programu operacyjnego danego producenta.

Odwołujący III wskazał, że licencje zawarte w tabeli są ze sobą ściśle powiązane, gdyż oprogramowanie stanowiące serwerowy system operacyjny (pozycja 24 w Tabeli) będzie współpracowało z licencjami użytkowników zawartych w pozycjach 22 i 23 Tabeli. Licencje te były oferowane w poprzednim postępowaniu i spełniały wszystkie wymogi SIWZ, a także obecnie spełniają wszystkie wymogi SIWZ zawarte w załącznikach 09, 26 i 27 do OPZ. W dniu 01.10.2018 producent oprogramowania, firma Microsoft, wprowadziła na rynek nowszą wersję oprogramowania Windows Server tj. wersję 2019. Oznacza to, iż oferta Odwołującego III jest niezgodna z SIWZ jedynie w przywołanym powyżej punkcie 4 Załącznika nr 1 do OPZ w zakresie typu, modelu i numeru katalogowego producenta zawartych w Tabeli, gdyż te donoszą się do wersji 2016. Należy jednak w tym miejscu zwrócić uwagę, iż w dniu 20 grudnia 2018 roku w ofercie firmy Microsoft nie było już dostępne oprogramowanie w wersji 2016. Dowód nr 3: Postanowienia dotyczące produktów z dnia 1 grudnia 2018 obowiązujące w dniu składania ofert (strona 51-52 dokumentu; objaśnienia skrótów strona 81) źródło: strona firmy Microsoft:<http://www.microsoftvoiumeiicensina.com/Downioader.aspx?docurnenttvoe=PT&ta no=FQfish>.

Odwołujący III wskazał, że powyższe licencje nie są produktem anonimowym, gdyż generowane są imiennie na wskazanego użytkownika, co oznacza, iż nie można ich kupić w wyniku realizacji zapasów magazynowych. Tak więc zamówienie licencji z podanymi powyżej numerami katalogowymi nie mogłoby zostać zrealizowane, a dystrybutor zrealizowałby

zamówienie na wersję aktualną, czyli 2019. Dowód nr 4: Korespondencja z dystrybutorem - firmą AB SA w sprawie możliwości zakupu wersji 2016

Odwołujący III wskazał, że składając ofertę w niniejszym zakresie opierał się na ofercie oficjalnego dystrybutora firmy Microsoft tj, AB S.A., którego to oferta obejmowała licencje w wersji 2019. Dowód nr 5: Oferta firmy AB S.A. z dnia 14.12.2018 w zakresie licencji Microsoft (ceny zakupu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i z tego powodu zostały ukryte).

Zatem oczywistym jest, że Odwołujący III popełnił omyłkę pisarską poprzez brak modyfikacji uprzednio składanego formularza ofertowego, co w konsekwencji doprowadziło do niezgodności jego oferty z SIWZ, a jego wolą było zaoferowanie produktu obecnie dostępnego w sprzedaży tj. wersji 2019. Niemniej jednak Zamawiający bez trudu i w sposób całkowicie oczywisty ową omyłkę mógł poprawić i doprowadzić do zgodności oferty z SIWZ. Zmiana ta jest nieistotna biorąc pod uwagę cały zakres oferty, jej złożoność oraz wartość. W związku z powyższym Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, po ewentualnym wcześniejszym wezwaniu do złożenia wyjaśnień w ramach art.87 ust.1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego III postępowanie Zamawiającego, stanowi przykład skrajnego formalizmu, nieznajdującego oparcia ani w przepisach ustawy Pzp ani w funkcjonującej praktyce. Jest przy tym zaprzeczeniem podkreślanej przez TSUE zasady „dobrej administracji” oraz idei, jaka przyświecała ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnego brzmienia art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, którą było wyeliminowanie możliwości odrzucania korzystnych ofert obarczonych nieistotnymi omyłkami, takich właśnie jak oferta Odwołującego III.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikacje istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia; (ii) oferty Odwołującego I, Odwołującego II, Odwołującego III oraz wykonawcy Maxto na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) wezwanie Zamawiającego z dnia 2 stycznia 2019 r. skierowane do Odwołującego I oraz Odwołującego III oraz odpowiedzi wykonawców z dnia 8 stycznia 2019 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iii) wezwanie skierowane do wykonawcy Maxto z dnia 9 stycznia 2019 r. oraz złożone przez wykonawcę dokumenty na okoliczność ustalenia ich treści; (iv) korespondencję e – mailową pomiędzy p. T. L. a p. M. S.

z dnia 1 lutego 2019 r., z dnia 24 stycznia 2019 r. oraz dnia 14 lutego 2019 r., oświadczenie Hillstone Networks Corp. podpisane przez T. L. (brak daty), oświadczenie p. T. L. w imieniu spółki Hillstone Networks Corp. (brak daty) – dokumenty na okoliczność wykazania, iż urządzenia zaoferowane przez Odwołującego I, Odwołującego III oraz wykonawcę Maxto spełniają wymagania określone przez Zamawiającego; (v) dokumenty rejestrowe dotyczące spółki Pan Networks s.r.o. oraz Hillstone Networks Europe s.r.o. na okoliczność wykazania, iż Hillstone Networks Europe s.r.o. oraz p. Z. C. nie są uprawnieni do składania oświadczeń dotyczących funkcjonalności produktów oferowanych przez Hillstone Networks Corp. (vi) akty notarialne z dnia 30 stycznia 2019 r. – protokół stwierdzający istnienie strony internetowej www o określonej treści, protokół stwierdzający istnienie korespondencji e – mailowe z dnia 24 stycznia 2019 r., wydruk strony internetowej www.hillstonenet.com – zakładka „contact us” na okoliczność wykazania, iż zaoferowane routery AB VPN oraz system zarządzania nie spełniają wymagań Zamawiającego wskazanego w odwołaniu; (vi) dokumenty pn. „StoneOS CLI User Guide Monitor – Hillstone Networks – Monitor, VPN, Threat Prevention, Hillstone E-6000 Series Next – Generation Firewall, New Features Guide for StoneOS 5.5R6 F Releases, Hillstone Security Management User Guide – Version 3.2.0, specyfikacja techniczna DELL EMC SCv3000 SERIES ARRAY na okoliczność wykazania, że zakwestionowane przez Odwołującego II urządzenia zaoferowane przez Odwołującego I, Odwołującego III oraz wykonawcę Maxto nie spełniają wymagań Zamawiającego; (vii) dokument dotyczący wyznaczenia przedstawiciela ds. obsługi procesu w stanie Kalifornia dla spółki Hillstone Networks Corp. oraz wyciąg z rejestru w Stanie Kalifornia dotyczącego spółki Hillstone Networks Corp. na okoliczność wykazania sposobu ustanawiania osób mających prawo składania oświadczeń w imieniu w/w spółki; (viii) stanowisko Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji dotyczące podpisu elektronicznego, Rejestr dostawców usług zaufania – Karta Dostawcy, elektroniczne poświadczenie weryfikacji osób podpisujących ofertę Odwołującego I, Odwołującego III oraz wykonawcy Maxto, informacje prasowe dotyczące algorytmu SHA – 1 – dokumenty na okoliczność ustalenia ważności podpisu elektronicznego użytego do podpisu oferty wykonawcy Maxto, Odwołującego I oraz Odwołującego III; (ix) korespondencja z dystrybutorem – firma AB S.A. w sprawie możliwości zakupu wersji licencji Windows Server 2016 oraz oferta firmy AB z dnia 14 grudnia 2018 r. na okoliczność wykazania, iż Odwołujący III ma możliwość zaoferowania najnowszej wersji licencji w cenie zbliżonej do ceny za licencję Windows Server 2016 oraz, że licencja Windows Server 2016 nie jest już w sprzedaży; (x) formularz ofertowy wykonawcy Konwerga złożony w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia na okoliczność wykazania braku podobieństw w sposobie wypełnienia specyfikacji technicznej w poprzednim oraz przedmiotowym postępowaniu przetargowym; (xi) oświadczenie VMWare z dnia 7 lutego 2019 r. wraz z umocowaniem osoby podpisującej oświadczenie do działania w imieniu spółki

VMWare, korespondencję e – mailową p. przedstawicielem VMW--are, a p. M. S. z dnia 13 lutego 2019 r. na okoliczność wykazania, iż system zarządzania zaoferowany przez wykonawcę Maxto, Odwołującego I oraz Odwołującego III spełniają wymagania Zamawiającego; (xii) poświadczenie należytego wykonania dostaw z dnia 10 kwietnia 2017 r. wystawione przez Sąd Apelacyjny w Krakowie, faktury VAT z dnia 11, 17 i 18 października 2016 r., umowę konsorcjum z dnia 16 sierpnia 2015 r., umowę uszczegóławiającą do umowy konsorcjum z dnia 16 sierpnia 2016 r., umowę na dostawę komputerów na rzecz sądów powszechnych z dnia 30 września 2016 r. - dokumenty na okoliczność ustalenia czy wykonawca Maxto spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Izba pominęła dowód złożony przez wykonawcę Maxto tj. wydruk korespondencji e-mailowej z dnia 14 lutego 2019 r. z uwagi, iż złożony dokument nie zawierał żadnej treści mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniach. Izba pominęła również dowód pn. Dell EMC Storage SCv3000 Controller Summary z uwagi na brak złożenia tłumaczenia dokumentu.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa, fabrycznie nowego sprzętu i oprogramowania informatycznego w postaci: serwerów/klastrów obliczeniowych, macierzy, routerów, przełączników, UPS-ów, terminali PC, oprogramowania w postaci systemów operacyjnych, licencji dostępowych, licencji terminalowych, systemów zarządzania, wirtualizacji i kopii zapasowych.

W pkt 3.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca ma obowiązek wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie, dostawy sprzętu informatycznego na wartość łączną co najmniej 10.000.000,00 zł/brutto.

W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wymaga m.in. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały

wykonane lub są wykonywane należycie - zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ (składany na wezwanie Zamawiającego – będzie obligowało Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona) oraz referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane.

W Rozdziale VII SIWZ Zamawiający wskazał, że dokumenty elektroniczne, oświadczenia lub elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń składane są przez Wykonawcę za pośrednictwem *Formularza do komunikacji* jako załączniki. Zamawiający dopuszcza również możliwość składania dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń za pomocą poczty elektronicznej, na wskazany w pkt 7 adres email. Sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie *użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych* oraz rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie *rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia*.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający zamieścił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej „**OPZ**”). Izba ustaliła, że w zakresie podniesionych zarzutów Zamawiający w załącznikach do SIWZ zawarł wymagania techniczne co do oferowanego sprzętu. Zamawiający wymagał m.in.

- 1) Załącznik nr 16 do OPZ - Router typ B - Specyfikacja urządzenia bezpieczeństwa i transmisji danych – Router typ B
 - pkt 1.1.3 – Obudowa i zasilanie: Wysokość maksymalna pojedynczego urządzenia 2U.
 - pkt 1.5.2 – Parametry wydajnościowe: Przepustowość Stateful Firewall: nie mniej niż 80 Gbps dla pakietów 512 B.
 - pkt 1.5.4 - Parametry wydajnościowe: Wydajność szyfrowania VPN IPSec dla pakietów 512 B, przy zastosowaniu algorytmu AES256 – SHA1: nie mniej niż 45 Gbps.

- 2) W Załącznikach nr 15,16 i 17 do OPZ (w każdym pkt 1.6.1.7) Zamawiający wymagał, by router typu A, router typu B oraz router VPN w zakresie zapewnienia funkcji systemu bezpieczeństwa gwarantowały kontrolę zawartości poczty poprzez Antyspam dla protokołów SMTP, POP3, IMAP;

- 3) W załącznikach 15,16 i 17 do OPZ (w każdym z nich pkt 1.8.1.3) Zamawiający wymagał, by oferowane routery typu A, B i VPN zapewniały obsługę protokołu Diffiego-Hellman grup 19 i 20;
- 4) W załącznikach 15,16 i 17 do OPZ (w każdym z nich pkt 1.9.1.3) Zamawiający wymagał, by oferowane routery typu A, B i VPN zapewniały protokoły dynamicznego routingu w oparciu o protokoły: RIPv2, OSPF, BGP oraz PIM dla wymagania w zakresie routingu i obsługi łączy WAN;
- 5) W załącznikach 15,16 i 17 do OPZ (w każdym z nich pkt 1.17.2) wymagał, by zaoferowane urządzenia zapewniały przekazywanie danych o zaakceptowanym ruchu, ruchu blokowanym, aktywności administratorów, zużyciu zasobów oraz stanie pracy systemu. Jednocześnie Zamawiający wymagał, by zapewniona była możliwość jednoczesnego wysyłania logów do wielu serwerów logowania;
- 6) W załączniku nr 11 do OPZ w pkt 1.1.3. Zamawiający wymagał, by, w przypadku oferowania urządzeń od różnych producentów, lub gdy jeden producent więcej niż jednej grupy produktowej nie oferuje jednego systemu zarządzania obejmującego te grupy produktowe, to dostarczenie oddzielnych systemów zarządzania infrastrukturą dla danej grupy produktowej, umożliwiło spójne, centralne zarządzanie wszystkimi urządzeniami z danej grupy produktowej spełniające wymagania podstawowe oraz wymagania danej grupy produktowej;
- 7) W pkt 1.5.4.8, Załącznika nr 11 do OPZ Zamawiający wymagał automatyzacji procesu konfiguracji struktur VPN typu hub-and-spoke oraz full-mesh;
- 8) W Załączniku nr 1 do OPZ w pkt 1.2.1, określając wymagania dla obudowy macierzy 20T, Zamawiający wpisał, iż obudowa ma zapewniać możliwość zamontowania w macierzy co najmniej 24 dysków.

W pkt 4 Załącznika nr 1 do OPZ Zamawiający wskazał: „Wszystkie licencje na oprogramowania w postaci systemów operacyjnych, licencji dostępowych, licencji terminalowych, systemów zarządzania, wirtualizacji, chmury prywatnej i kopii zapasowych zarówno dostarczane osobno jak i stanowiące komplet z urządzeniem muszą uprawniać do użytkowania najnowszej dostępnej w dniu składania oferty wersji programu operacyjnego danego producenta”.

W pkt 10 Załącznika nr 1 do OPZ, Zamawiający wskazał, że „Jeżeli oferowane produkty bazują na produkcie standardowym, jednak ich charakterystyka jest różna od standardowej, tj. jest dostosowana do wymagań Zamawiającego, to Zamawiający wymaga podania w załączniku nr 2 do SIWZ – Formularz Ofertowy w tabeli „Specyfikacja techniczna zaoferowanych urządzeń przez Wykonawcę” nazwy producenta, typu, modelu oraz numeru katalogowego producenta jak dla produktu standardowego, natomiast w kolumnie „Inne informacje identyfikacyjne” Oferent musi jednoznacznie zadeklarować, że produkt oferowany jest w konfiguracji dedykowanej, różniącej się od standardowej charakterystyki produktu.”

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 20 grudnia 2018 r., Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 20 159 700,00 PLN.

W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Nr oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena	1*	2*	3*
1	TRECOM Poznań Sp. z o. o. ul. Czyżewska 10 02-908 Warszawa	20 095 740,00 zł	Wariant C (1095dni)	Tak	Tak
2	ADT Group sp. z o. o. ul. Poleczki 35 02-822 Warszawa	32 302 456,80 zł	Wariant C (1095dni)	Tak	Tak
3	Konwerga Sp. z o. o. ul. Janikowska 21 61-070 Poznań	19 486 997,01 zł	Wariant C (1095dni)	Tak	Tak
4	Maxto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S. K. A. ul. Willowa 87 32-085 Modlniczka	19 381 860,30 zł	Wariant C (1095dni)	Tak	Tak
5	Integrated Solutions Sp. z o. o. ul. Marcina Kasprzaka 18/20 01-211 Warszawa	20 047 770,00 zł	Wariant C (1095dni)	Tak	Tak

Izba ustaliła, że w toku badania i oceny ofert, Zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2019 r. wystosował do Odwołującego I oraz do wykonawcy Maxto wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wzywając do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty w zakresie:

1. Opisu routera typ A – w dniach 21.12.2018 – 02.01.2019 Zamawiający wielokrotnie sprawdzał karty katalogowe na stronie producenta oferowanych routerów typ A w celu weryfikacji czy oferowane routery typ A spełniają wymagania Zamawiającego.
 - 1.1. W oficjalnej karcie katalogowej producenta Hillstone dla modelu E2860 jest informacja o przepustowości urządzenia na poziomie 6 Gbps dla pakietów o rozmiarze 1518 bajtów. Zamawiający w opisie urządzenia Router typ A wymagał, aby urządzenie miało przepustowość na poziomie minimum 4 Gbps dla pakietów o rozmiarze 512 bajtów. Jednocześnie w karcie katalogowej podana jest przepustowość dla mieszanych rozmiarów pakietów (64, 512 i 1518 bajtów) na poziomie 2 Gbps. Zatem jaką przepustowość ma urządzenie tylko dla pakietów 512 bajtów? Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowany router typ A o numerze katalogowym producenta SG6K-E2860 spełnia wymóg przepustowości 4 Gbps dla pakietów 512 bajtów.
 - 1.2. W oficjalnej karcie katalogowej producenta Hillstone dla modelu E2860 jest informacja o wydajności dla IPSec na poziomie 3 Gbps dla pakietów o rozmiarze 1400 bajtów. Zamawiający w opisie urządzenia Router typ A wymagał, aby urządzenie dla IPSec miało przepustowość na poziomie minimum 2,5 Gbps dla pakietów o rozmiarze 512 bajtów. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowany router typ A o numerze katalogowym producenta SG6K-E2860 spełnia wymóg przepustowości dla IPSec 2,5 Gbps dla pakietów 512 bajtów.
2. Opisu routera typ B – w dniach 21.12.2018 – 02.01.2019 Zamawiający wielokrotnie sprawdzał karty katalogowe na stronie producenta oferowanych routerów typ B w celu weryfikacji czy oferowane routery typ B spełniają wymagania Zamawiającego.
 - 2.1. W oficjalnej karcie katalogowej producenta Hillstone dla modelu E6368 jest informacja o przepustowości urządzenia na poziomie 80 Gbps dla pakietów o rozmiarze 1518 bajtów. Zamawiający w opisie urządzenia Router typ B wymagał, aby urządzenie miało przepustowość na poziomie minimum 80 Gbps dla pakietów o rozmiarze 512 bajtów. Jednocześnie w karcie katalogowej podana jest przepustowość dla mieszanych rozmiarów pakietów (64, 512 i 1518 bajtów) na poziomie 40 Gbps. Zatem jaką przepustowość ma urządzenie tylko dla pakietów 512 bajtów? Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowany router typ B o numerze katalogowym producenta SG-6000-E6368 spełnia wymóg przepustowości 80 Gbps dla pakietów 512 bajtów.

- 2.2. W oficjalnej karcie katalogowej producenta Hillstone dla modelu E6368 jest informacja o wydajności dla IPSec na poziomie 50 Gbps dla pakietów o rozmiarze 1400 bajtów. Zamawiający w opisie urządzenia Router typ B wymagał, aby urządzenie dla IPSec miało przepustowość na poziomie minimum 45 Gbps dla pakietów o rozmiarze 512 bajtów. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowany router typ B o numerze katalogowym producenta SG-6000-E6368 spełnia wymóg przepustowości dla IPSec 45 Gbps dla pakietów 512 bajtów.
 - 2.3. Zgodnie ze specyfikacją dostępną na stronie internetowej producenta zaoferowanego routera typ B, wysokość urządzenia to 2,5U. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia czy zaoferowany router typ B Hillstone SG-6000 o numerze katalogowym producenta SG-6000-E6368 ma wysokość maksymalną 2U.
3. Opisu routera typu A, routera typu B, routera VPN – w dniach w dniach 21.12.2018 – 02.01.2019 Zamawiający wielokrotnie sprawdzał karty katalogowe na stronie producenta oferowanych urządzeń, czy oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego. Z uwagi na brak informacji Zamawiający wzywał wykonawcę do wyjaśnienia i przedstawienia dokumentów potwierdzających realizację poniższych funkcjonalności w oferowanych routerach:
 - 3.1. Kontrola zawartości poczty – Antyspam dla protokołu IMAP.
 - 3.2. Obsługi protokołu Diffiego-Hellmana grup 19 i 20.
 - 3.3. Funkcjonalności VTEP (VXLAN Tunnel End Point).
 - 3.4. Klienta VPN umożliwiającego weryfikację stanu bezpieczeństwa stacji zdalnej i obsługi protokołu IPSec.
 - 3.5. Wsparcia protokołu dynamicznego routingu w oparciu o protokół PIM.
 - 3.6. Dla połączeń SSL VPN zapewnia pracę w trybie Portal - gdzie dostęp do chronionych zasobów realizowany jest za pośrednictwem przeglądarki. W tym zakresie system musi zapewniać stronę komunikacyjną działającą w oparciu o HTML 5.0.
 - 3.7. Wydajność systemu w zakresie inspekcji komunikacji szyfrowanej SSL (TLS v1.2 z algorytmem AES256-SHA1 lub AES128-SHA256) dla ruchu http.
4. Opisu WAF - w dniach w dniach 21.12.2018 – 02.01.2019 Zamawiający wielokrotnie sprawdzał karty katalogowe na stronie producenta oferowanych urządzeń (Trustwave Web Application Firewall, numer katalogowy producenta WAF-WD-TS-750), czy oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego. Z uwagi na brak informacji w dokumentach dostępnych dla Zamawiającego, Zamawiający wezwał wykonawcę do

wyjaśnienia i przedstawienia dokumentów potwierdzających realizację wymagań opisanych w OPZ dla oferowanego urządzenia WAF.

W stosunku do wykonawcy Maxto Zamawiający objął zakresem wezwania również macierz 20T wskazując, iż w dniach 21.12.2018 – 02.01.2019 wielokrotnie sprawdzał karty katalogowe na stronie producenta oferowanych urządzeń (Dell SCv3000, numer katalogowy 210-ALVH), czy oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego. Zgodnie z oficjalnymi dokumentami dostępnymi na stronie internetowej producenta dostępnymi dla Zamawiającego, oferowana macierz umożliwia zamontowanie tylko 16 dysków. Zamawiający w punkcie 1.1.2 załącznika numer 1 do OPZ – Macierz 20T wymagał, żeby macierz umożliwiała zamontowanie co najmniej 24 dysków. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowana macierz spełnia wymaganie dotyczące możliwości zamontowania w macierzy co najmniej 24 dysków.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 stycznia 2019 r. Odwołujący I złożył wyjaśnienia. Wykonawca wskazał:

1. Router typ A – Hillstone E2860:
 - 1) zaoferowane urządzenie ma przepustowość wyższą, niż wymagane 4Gbps dla pakietów 512 bajtów – wynosi ona 5,671 Gbps,
 - 2) zaoferowane urządzenie spełnia wymóg przepustowości dla IPSec na poziomie minimum 2,5 Gbps dla pakietów 512 bajtów – jego wydajność jest wyższa niż 2,5 Gbps.

2. Rounter typ B – Hillstone E6368:
 - 1) zaoferowane urządzenie spełnia wymóg przepustowości 80 Gbps dla pakietów 512 bajtów – jego wydajność jest wyższa niż 80 Gbps i wynosi 80,374 Gbps;
 - 2) zaoferowane urządzenie spełnia wymóg przepustowości dla IPSec na poziomie minimum 45 Gbps dla pakietów 512 bajtów – jego wydajność jest wyższa niż 45 Gbps.
 - 3) Zaoferowane urządzenie ma wymaganą wysokość 2U.

3. Rounter typu A, typu B oraz VPN – Hillstone E2860, E6368 oraz E1700:
 - 1) zaoferowane urządzenia realizują funkcjonalność kontroli zawartości poczty Antyspam dla protokołu IMAP,
 - 2) zaoferowane urządzenia realizują funkcjonalność obsługi protokołu Diffiego-Hellmana grup 19 i 20,
 - 3) zaoferowane urządzenia realizują funkcjonalność VTEP (VXLAN Tunnel End Point),

- 4) Hillstone dostarcza klienta VPN umożliwiającego weryfikację stanu bezpieczeństwa stacji zdalnej i obsługi protokołu IPSec,
- 5) zaoferowane urządzenia realizują funkcjonalność wsparcia protokołu dynamicznego routingu w oparciu o protokół PIM,
- 6) zaoferowane urządzenia zapewniają pracę w trybie Portal dla połączeń SSL VPN – dostęp do chronionych zasobów realizowany jest za pośrednictwem przeglądarki; w tym zakresie system zapewnia stronę komunikacyjną działającą w trybie HTML 5.0,
- 7) zaoferowane urządzenia spełniają wymagania wydajności systemu w zakresie inspekcji komunikacji szyfrowanej SSL (TLS v.1.2 z algorytmem AES256-SHA1 lub AES128-SHA256) dla ruchu http.

4. WAF – Trustwave Web Application Firewall WAF-WD-TS-750:

Zaoferowane urządzenie spełnia wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, co potwierdza tabelaryczne zestawienie pochodzące z Trustwave Poland Sp. z o.o.

Jednocześnie Odwołujący I dołączył oświadczenie Hillstone Networks Europe s.r.o. dotyczące urządzeń Hillstone; oświadczenie oraz tabelaryczne zestawienie parametrów Trustwave Ltd dotyczące rozwiązania WAF.

Pismem z dnia 8 stycznia 2019 wykonawca Maxto złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż zaoferowane urządzenia spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego określone w postępowaniu, w tym wymagania wskazane w przedmiotowym wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Wykonawca wskazał, że standardowo karty katalogowe producentów nie zawierają wszystkich parametrów/funkcjonalności urządzeń. Treść karty katalogowej jest przygotowywana w oderwaniu od poszczególnych postępowań przetargowych i zakres informacji w nich zawartych zależy od decyzji danego producenta. Brak informacji w karcie katalogowej korespondującej z konkretnym wymaganiem Zamawiającego nie może być poczytywany jako niespełnienie takiego wymagania. Wykonawca złożył również dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań przez oferowane urządzenia tj. (i) oświadczenie Hillstone Networks 5201 Great America Pkwy #420 Santa Clara, CA 95054; (ii) oświadczenie Trustwave Poland Sp. z o.o. 00-838 Warszawa; (iii) oświadczenie DellEMC noxeo S.K.A.

Izba ustaliła, że w dniu 22 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Maxto.

Izba ustaliła, że w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 3.1 SIWZ, wykonawca Maxto złożył wykaz wykonanych dostaw. Wykonawca powołał się na dostawę wykonaną na rzecz spółki Suntar sp. z o.o. w ramach realizacji zamówienia „Dostawa komputerów na rzecz sądów powszechnych, w tym dostawa sprzętu informatycznego na wartość łączną co najmniej 10.000.000,00 zł/brutto”. Wykonawca złożył również referencje potwierdzającą należyte wykonanie dostawy wystawioną przez spółkę Suntar sp. z o.o.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że wszyscy odwołujący spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 179/19

Izba uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie, a tym samym odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – niezgodność oferty wykonawcy Maxto z treścią SIWZ (uzasadnianie odnosi się również do zarzut podniesionego przez wykonawcę Trecom Poznań sp. z o.o. oraz Konwerga sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO 184/19 oraz KIO 187/19)

Izba uznała zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ. Niezależnie od

charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący I argumentował, że zaoferowana przez wykonawcę Maxto macierz 20T nie spełnia wymagania wskazanego w pkt 1.1.2 OPZ – Załącznik nr 1. Wykonawca ten nie wskazał bowiem w Specyfikacji technicznej zaoferowanego urządzenia – „Inne informacje identyfikacyjne”, iż oferuje urządzenie w wersji dedykowanej, zaś urządzenie w wersji standardowej posiada możliwość instalacji wyłącznie 16 dysków.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego I. Wskazać należy, że zgodnie z pkt 10 Załącznika nr 1 do OPZ, Zamawiający wskazał, że *„Jeżeli oferowane produkty bazują na produkcie standardowym, jednak ich charakterystyka jest różna od standardowej, tj. jest dostosowana do wymagań Zamawiającego, to Zamawiający wymaga podania w załączniku nr 2 do SIWZ – Formularz Ofertowy w tabeli „Specyfikacja techniczna zaoferowanych urządzeń przez Wykonawcę” nazwy producenta, typu, modelu oraz numeru katalogowego producenta jak dla produktu standardowego, natomiast w kolumnie „Inne informacje identyfikacyjne” Oferent musi jednoznacznie zadeklarować, że produkt oferowany jest w konfiguracji dedykowanej, różniącej się od standardowej charakterystyki produktu.”*

Istota więc powyższego zapisu sprowadzała się do wskazania przez wykonawcę w treści złożonej oferty, iż oferuje urządzenie w konfiguracji dedykowanej, dostosowanej do potrzeb Zamawiającego. I o ile zgodzić się można z Odwołującym I, iż informacja taka winna być

wskazane w kolumnie „Inne informacje identyfikacyjne”, to zamieszczenie jej przez wykonawcę w innej kolumnie niż wymagał Zamawiający nie może skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podkreślić bowiem należy, że w złożonej ofercie wykonawca Maxto zawarł informację, iż oferuje macierz 20T w konfiguracji dedykowanej. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami. W kolumnie „Model” w sposób niebudzący żadnych wątpliwości zawarte zostało oświadczenie „... macierz konfiguracja dedykowana”. Rzeczywiście informacja ta zgodnie z przywołanym powyżej pkt 10 OPZ – Załącznik nr 1 winna być wskazana w kolumnie „Inne informacje identyfikacyjne”, jednakże uchybienie to, w ocenie Izby, ma charakter czysto formalny i nie może skutkować zastosowaniem wobec wykonawcy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niewątpliwie bowiem wymagana przez Zamawiającego informacja została zawarta przez wykonawcę Maxto w treści oferty, była znana Zamawiającemu, a okoliczność zamieszczenia jej w niewłaściwej kolumnie specyfikacji technicznej w żaden sposób nie dyskwalifikuje merytorycznej treści złożonej oferty i nie powoduje, iż oferowane urządzenie nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego. Owa niezgodność ma charakter czysto formalny.

Analiza argumentacji prezentowanej przez Odwołującego I w treści odwołania, złożonych pismach i podczas rozprawy sprowadza się do twierdzenia, iż brak określenia przez wykonawcę Maxto w specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia kolumna „Inne informacje identyfikacyjne” informacji, iż oferuje urządzenie w wersji dedykowanej powoduje automatycznie, iż zaoferował on urządzenie w wersji standardowej, które to nie ma możliwości instalacji 24 dysków. Przyjęcie takiej argumentacji za zasadną oznaczałoby nieuprawnioną analizę treści oferty wykonawcy wyłącznie na podstawie wybranych zapisów w poszczególnych kolumnach, bez całościowej analizy oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Oznaczałoby również prymat formy wyrazu oświadczenia woli wykonawcy nad jego merytoryczną treścią, co, w ocenie Izby, stoi w sprzeczności w zapisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i utrwaloną linią orzecniczą opartą na tej regulacji stanowiącą, iż uchybienia formalne co do sposobu wypełnienia formularza oferty nie mogą skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazać również należy, że Odwołujący I w żaden sposób nie wykazał Izbie prawdziwości twierdzenia, jakie zawarł o odwołaniu jakoby zwiększenie liczby dysków było możliwe wyłącznie poprzez dodanie dodatkowej obudowy rozszerzającej, a takiej wykonawca Maxto w złożonej ofercie nie zaoferował. Zasadność zarzut została oparta na treści specyfikacji technicznej standardowego urządzenia DELL EMC SCv3000 Series Array. Odwołujący I pominął okoliczność, iż wykonawca Maxto oferował urządzenie w konfiguracji dedykowanej.

Sposób realizacji wymagań Zamawiającego odnośnie urządzenia dedykowanego ma znaczenie drugorzędne na obecnym etapie postępowania przetargowego. Zamawiający bowiem nie wymagał od wykonawców przedkładania informacji czy rozwiązań technicznych, które zapewnią osiągnięcie wymaganych parametrów.

Podkreślić dalej należy, że w celu potwierdzenia możliwości zainstalowania 24 dysków w zaoferowanej macierzy 20T wykonawca Maxto złożył Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oświadczenie spółki Dell sp. z o.o. Oświadczenie to zostało zakwestionowana przez Odwołującego I, który wskazał, iż jest ono podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji, a w konsekwencji powoduje, iż jest nieskuteczne. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego I. Zwrócić należy uwagę na następujące aspekty poniesionego zarzutu. Zgodnie z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 2 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Maxto do złożenia dokumentów potwierdzających, że zaoferowana macierz 20T spełnia wymagania zawarte w SIWZ co do liczby dysków. Dokumenty takie zostały złożone przez wykonawcę tj. oświadczenie Dell sp. z o.o., podpisane przez prokurenta i dyrektora pionu public business IT solution. Rozstrzygnięcia więc wymagało czy podpisanie oświadczenie w sposób niezgodny z zasadami reprezentacji może być poczytane jako nieskuteczne potwierdzenie, iż oferowany produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego I uznać należy za błędne. Po pierwsze, rozróżnić należy oświadczenia woli od oświadczeń wiedzy. Oświadczenie woli jest podstawowym instrumentem prawnym kształtowania przez podmioty prawa cywilnego ich sytuacji prawnej. Celem składania oświadczeń woli jest wywołanie określonych skutków prawnych, polegających co do zasady na wykreowaniu, zmianie lub wygaśnięciu stosunku prawnego. Nie będzie zatem oświadczeniem woli zachowanie podmiotu, z którego wynika brak zamiaru wywołania skutków prawnych. Ocena skuteczności danej czynności prawnej zależy od uprzedniego ustalenia czy zaistniał podstawowy substrat tej czynności prawnej w postaci złożenia oświadczenia woli. Aby podjąć jakiegokolwiek czynności związane z badaniem skutków działań osób, które podpisały oświadczenie musi istnieć minimalny wymagany substrat będący podstawą takiej oceny. A substratem tym jest właśnie złożenie oświadczenia woli. O złożeniu oświadczenia woli decyduje w szczególności przesłanka tzw. przypisywalności, na podstawie całokształtu okoliczności, zamiaru wywołania określonych skutków prawnych. Z kolei oświadczenie wiedzy podlega ocenie w zakresie prawdziwości wiadomości, którą przekazuje, nie ma natomiast za zadanie kształtowania stosunku prawnego. Oświadczenie wiedzy jest zatem zdarzeniem polegającym na przekazaniu przez podmiot informacji, będących uzewnętrznieniem treści intelektualnych przez niego posiadanych, innemu podmiotowi lub podmiotom.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym, zakwestionowane oświadczenie należy zakwalifikować jako oświadczenie wiedzy osób je podpisujących co do właściwości produktu wskazanego w treści oświadczenia. Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza, aby intencją osób, które podpisały oświadczenie było zaciągnięcie zobowiązania umownego w imieniu spółki Dell. W samej nawet treści oświadczenia brak jest jakiegokolwiek referencji do pojęcia umowy czy też zobowiązania. Stanowi ono oświadczenie wiedzy i ma charakter wypowiedzi sprawozdawczych, informujących o istnieniu określonego stanu rzeczy. W konsekwencji dla skuteczności takiego oświadczenia - jako oświadczeń wiedzy - nie jest wymagane, by zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania spółki Dell sp. z o.o. W ocenie Izby, oświadczenie to nie kształtuje stosunku zobowiązaniowego, podlega zaś ocenie w kategoriach prawdy lub fałszu. W sytuacji więc, gdy treść oświadczenia wiedzy jest sprzeczna z rzeczywistymi danymi stanowiącymi podstawę przekazania wiedzy, to powinno być ono zmienione stosownie do tych danych. Tym samym, to zadaniem Odwołującego I było podjęcie inicjatywy dowodowej i wykazanie nieprawdziwości twierdzeń zawartych w treści oświadczenia. Takich okoliczności jednak Odwołujący I nie przedstawił, ograniczając się do stwierdzenia o braku jego skuteczności z powodu podpisania niezgodnie z zasadami reprezentacji. Odwołujący I nie wykazał, iż w zakres obowiązków służbowych osób podpisujących oświadczenie nie wchodzi kontakt z potencjalnym klientem i udzielenie informacji na temat oferowanych produktów. Oparcie się wyłącznie na zanegowaniu skuteczności oświadczenia w oparciu o zasady reprezentacji spółki Dell sp. z o.o. jest, w ocenie Izby, niewystarczające. Odwołujący I miał możliwość wystąpienia do spółki Dell sp. z o.o. o dokonanie weryfikacji twierdzeń zawartych w oświadczeniu i wykazaniu ich nieprawdziwości czy też braku wiedzy osób podpisujących oświadczenia o faktach objętych zakresem oświadczenia. Takiej inicjatywy dowodowej Odwołujący I nie podjął.

Nie sposób również wymagać od wykonawcy, jak chciałby Odwołujący I, aby oświadczenie o cechach oferowanych produktów kształtowało stosunek zobowiązaniowy po stronie wystawcy, co zdawał się sugerować Odwołujący III podczas rozprawy stwierdzając, iż niepodpisanie oświadczenie zgodnie z zasadami reprezentacji powoduje, że Zamawiający nie może wyegzekwować jego zapisów. Po pierwsze, w treści SIWZ brak jest wymagania, aby informacje o parametrach oferowanych produktów były przekazywane Zamawiającemu wyłącznie w formie oświadczenia podmiotu trzeciego skutkującego powstaniem stosunku zobowiązaniowego. Wymaganie od wykonawców takich zobowiązań na etapie badania i oceny ofert byłoby nieuzasadnione. Po drugie, to wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza odpowiada przed Zamawiającym za dostarczenie produktu zgodnego z OPZ. Ani spółka Dell sp. z o.o. ani żaden inny dostawca urządzeń nie jest stroną umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma żadnych podstaw, aby oświadczenie o

parametrach oferowanego urządzenia było postrzegane na takich samych zasadach jak zobowiązanie podmiotu trzeciego do udzielania swoich zasobów.

Posiłkowo wskazać również należy na brzmienia art. 97 kodeksu cywilnego, który stanowi, że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że wymogiem nowoczesnej gospodarki jest szybkie podejmowanie czynności. Umożliwia to rozwój urządzeń technicznych. Prawo nie może być barierą biurokratyzującą działalność przedsiębiorstw i paraliżującą ich sprawność. Jak wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 24 lutego 1998 r. I CKN 517/97 (nie publ.), przyjmującym możliwość zastosowania art. 97 KC do umów zawieranych faksem na odległość, przy bieżących transakcjach w ramach zwykłej działalności przedsiębiorstwa nie zawsze można wymagać od kontrahentów sprawdzenia umocowania osób działających za przedsiębiorstwo. Można natomiast oczekiwać nadzoru nad udostępnianiem znajdujących się w lokalu przedsiębiorstwa pieczętek oraz urządzeń technicznych takich jak faks. Wymogiem nowoczesnej gospodarki jest szybkie podejmowanie czynności, co umożliwia korzystanie z urządzeń technicznych (np.: faksu), będących w powszechnym użytku przedsiębiorstw i służących także do składania oświadczeń woli. Nie ma żadnych podstaw, by wyłączyć możliwość zawierania umów na odległość przy pomocy faksu, jak również, by wyłączyć w takiej sytuacji stosowanie art. 97 KC mającego na celu bezpieczeństwo obrotu i ochronę uzasadnionego zaufania klientów do osób działających w imieniu przedsiębiorcy, który powinien zapewnić odpowiedni nadzór nad urządzeniami technicznymi służącymi do kontaktów z klientami i składania oświadczeń woli. Użyte zatem w art. 97 KC pojęcie "lokal przedsiębiorstwa przeznaczony do obsługi publiczności" musi być rozumiane szeroko, jako każde miejsce w przedsiębiorstwie w którym znajdują się osoby i urządzenia służące do kontaktów z klientami i zawierania umów także na odległość.

W związku z powyższym zgodzić się należy z wykonawcą Maxto, że szereg usług i produktów czy też udzielanie informacji o danych produktach będących w ofercie przedsiębiorcy realizowanych jest przez przedstawicieli handlowych takiego przedsiębiorcy. Ma to swoje oparcie w przywołanym art. 97 kodeksu cywilnego. Dotyczy do również przedmiotowego sporu. Udzielanie informacji na temat właściwości produktów będących w ofercie spółki Dell uznać należy za typową, rutynową czynność związaną z działalnością tego przedsiębiorstwa. Wobec braku dowodu przeciwnego ze strony Odwołującego I, uznać należy, że udzielenie informacji na temat właściwości produktu będącego w ofercie spółki Dell przez prokurenta oraz pracownika można zakwalifikować jako czynność mieszczącą się w dyspozycji art. 97 kodeksu

cywilnego. W świetle art. 97 kodeksu cywilnego należy domniemywać, że osoby te są uprawnione do działania w mieniu przedsiębiorstwa. Odwołujący I domniemania tego nie obalił.

W końcu wskazać należy, że ocenie Izby podlegają dowody złożone podczas rozprawy. To na ich podstawie Izba rozstrzyga o zasadności podniesionych zarzutów. Dowód Odwołującego I opierał się na twierdzeniu, iż oświadczenia spółki Dell zostało podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji, co czyni go bezskutecznym. Odwołujący I pominął jednakże okoliczność, iż fakty zawarte w złożonym przez wykonawcę spornym oświadczeniu jako oświadczenie wiedzy podlegały dowodzeniu na zasadach ogólnych w kategoriach prawdy i fałszu. Odwołujący I nie podjął jakiegokolwiek inicjatywny dowodowej w zakresie wykazania braku wiedzy osób podpisujących oświadczenie co do właściwości oferowanej przez wykonawcę Maxto macierzy. Nie podjął inicjatywy w zakresie obalenia odmieniania z art. 97 kodeksu cywilnego. Nie wykazał, że fakty wskazane w treści oświadczenia nie są prawdziwe. Tym samym nie sposób uznać, że wykazał zasadność stawianych zarzutów.

W zakresie argumentacji przedstawionej przez Odwołującego II oraz Odwołującego III zawartych w odwołanych o sygn. akt: KIO 184/19 oraz KIO 187/19, odpowiednio, wskazać należy, że powieliła ona w zasadniczej części argumenty podniesione przez Odwołującego I, co których Izba odniosła się powyżej. Dodać należy, że z treści oświadczenia wynika możliwość zainstalowania co najmniej 24 dysków, co w ocenie Izby, spełnia wymagania SIWZ. Zapis ten bowiem oznacza, że urządzenie ma możliwość instalacji 24 dysków lub więcej. Za niezrozumiałe Izba uznała również twierdzenie Odwołującego III, iż dopisek „konfiguracja dedykowana” w kolumnie „Model” dotyczy jej wyposażenia, a nie modyfikacji urządzenia standardowego. Odwołujący III nie wykazał również Izbie, iż do modelu SCv3000 przypisanych jest więcej niż jeden numer katalogowy producenta. W ocenie Izby, wykonawca Maxto w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 stycznia 2019 r. w sposób prawidłowy potwierdził parametry oferowanej macierzy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut dotyczący oprogramowania Chmura prywatna

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z pkt 4 załącznika nr 1 do OPZ wszystkie licencje na oprogramowania w postaci systemów operacyjnych, licencji dostępowych, licencji terminalowych, systemów zarządzania, wirtualizacji, chmury prywatnej i kopi zapasowych zarówno dostarczane osobno jak i

stanowiące komplet z urządzeniem muszą uprawniać do użytkowania najnowszej dostępnej w dniu składania oferty wersji programu operacyjnego danego producenta. Kluczowe znaczenie ma więc z punktu widzenia SIWZ oraz interesów Zamawiającego uprawnienie do użytkowania najnowszej dostępnej w dniu składania oferty wersji programu.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że Odwołujący I zasadność zarzutu oparł na twierdzeniu, iż w dniu składania ofert dostępna była nowsza wersja oprogramowania chmury prywatnej VMware Integrated OpenStack – Data Center Edition niż ta wskazana przez wykonawcę Maxto oraz Trecom w treści oferty. Okoliczność tej jednak Odwołujący I w żaden sposób nie wykazał Izbie. Dowodem takim nie może być zawarty w treści odwołania zarzut z cennika producenta z grudnia 2018 r. Dowód ten nie może zostać dopuszczony przez Izbę z uwagi na brak załączonego tłumaczenia. Innych dowodów na wykazanie słuszności postawionego zarzutu Odwołujący I nie złożył. Z przedstawionej zaś Izbie korespondencji e-mailowej z dnia 13 lutego 2019 r. pomiędzy p. M. S. a K. R. oraz z oświadczenia z dnia 14 lutego 2019 r. podpisanego przez p. K. R. Enterprise Accounts Manager VMware Inc. (Regional Office) wynika, że na dzień składania ofert najnowszą dostępną wersją oprogramowania chmury prywatnej VMware Integrated OpenStack – Data Center Edition była wersja VR-OSTACK4-C – wersja 4.1.2.1. Nawet gdyby przyjąć hipotetycznie, że rzeczywiście istniała wersja oprogramowania VR-OSTACK5-C, to Odwołujący I w żaden sposób nie wykazał, że wersja ta była dostępna na rynku i mogłaby być uwzględniona w wycenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, kluczowe znaczenia dla uznania bezzasadności podniesionego zarzutu była okoliczność, iż z treści SIWZ wynikało, iż wykonawca ma zapewnić uprawnienie do korzystania z najnowszej wersji oprogramowania. Dowody zgromadzone w sprawie potwierdzają, że zarówno wykonawca Maxto jak i Odwołujący II takie uprawnienie posiadają. Zgodnie bowiem z korespondencją e-mailową z dnia 13 lutego 2019 r. pomiędzy p. M. S. a K. R., oświadczeniem z dnia 14 lutego 2019 r. podpisanym przez p. K. R. Enterprise Accounts Manager VMware Inc. (Regional Office) jak i oświadczeniem złożonym przez Amy Newman w imieniu VMware Inc, klient posiadający licencję oprogramowania VR-OSTACK4-C może wykorzystywać późniejsze nowsze wersje oprogramowania. Jak wynika bowiem z przedłożonych dowodów jednym z elementów ceny za zakup licencji jest wsparcie producenta tzw. gwarancja, w ramach której zamawiający będzie uprawniony do najnowszej wersji oprogramowania. Odwołujący I nie przedłożył Izbie dowodów przeciwnych, nie przedłożył przeciwnych oświadczeń, a tym samym nie sposób uznać za zasadny postawiony zarzut.

Podobnie za niezasadny Izba uznała zarzut braku zgodności pomiędzy zaoferowaną wersją chmury prywatnej, a oprogramowaniem do Wirtualizacji zasobów sprzętowych – część regionalna VS6-OPEL-C. Dowód zawarty w treści odwołania tj. zrzut ekranu po pierwsze, jest nieczytelny oraz nie zostało przedłożone jego tłumaczenie. Z dowodów złożonych Izbie wynikają zaś fakty zaprzeczające twierdzeniom Odwołującego I. Izba ustaliła bowiem, iż oprogramowanie VR- OSTACK4-C wraz z dostarczoną usługą gwarancyjną umożliwia korzystanie z wersji VR – OSTACK5 – C, która działa z najnowszą wersją oprogramowania VS6-OPEL-C (dowód: korespondencję e-mailową z dnia 13 lutego 2019 r. pomiędzy M. S. a K. R. oraz oświadczenie z dnia 14 lutego 2019 r. podpisane przez p. K. R. Enterprise Accounts Manager Vmware Inc. (Regional Office)).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut dotyczący braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę Maxto

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z pkt 4, Rozdział VI SIWZ, Zamawiający wymagał w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykazania, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie, dostawy sprzętu informatycznego na wartość łączną co najmniej 10.000.000,00 zł/brutto.

W złożonym JEDZ oraz w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 15 stycznia 2019 r. – „Wykaz dostaw” - wykonawca Maxto powołał się na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji zamówienia „Dostawa komputerów na rzecz sądów powszechnych, w tym dostawa sprzętu informatycznego na wartość łączną co najmniej 10.000.000,00 zł/brutto”. Jako odbiorcę dostaw wykonawca wskazał spółkę „Suntar sp. z o.o.”. Wykonawca złożył również poświadczenie należytego wykonania zlecenia od spółki Suntar sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że Zamawiający w SIWZ nie zdefiniował pojęcia „dostawa”. Słusznie więc wskazał wykonawca Maxto, iż zastosowanie winna mieć definicja zawarta w ustawie Pzp. Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu, z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Z przywołanej definicji nie sposób wywieść, aby

pojęciem wykonania dostawy obejmować wyłącznie wykonanie dostawy do odbiorcy końcowego.

W analizowanym stanie faktycznym zgodzić się należy z Odwołującym I, że ostatecznym odbiorcą sprzętu komputerowego był Sąd Apelacyjny w Krakowie. Nie oznacza to jednak, iż tylko podmiot, który dostarczył wymagane urządzenia na rzecz odbiorcy końcowego może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji zamówienia publicznego „Dostawa komputerów na rzecz sądów powszechnych – Umowa nr 55/ZP-U/2016”. Nie ma żadnych podstaw, aby utożsamiać odbiorcę dostawy z odbiorcą ostatecznym – z podmiotem do którego dostarczony sprzęt finalnie dotrze i będzie użytkowany. Takiego zapisu brak jest w SIWZ i nie wynika on z przywołanej definicji dostawy zawartej w ustawie Pzp. Wskazać należy, że realizacja przywołanego zamówienia publicznego odbywała się w ramach konsorcjum złożonego z trzech podmiotów. Jak wynika z przedłożenia Izbie „Umowy konsorcjum” z dnia 16 sierpnia 2018 r., Lider konsorcjum – czyli wykonawca Maxto był zobowiązany do dostarczenia spółce Suntar sp. z o.o. 3988 komputerów, co zgodnie z przedłożonymi fakturami VAT uczynił. Komputery te zostały ostatecznie dostarczone przez trzeciego członka konsorcjum do odbioru końcowego. Nie ma więc żadnych wątpliwości, że wykonawca Maxto wykonał dostawę na rzecz podmiotu trzeciego w ramach realizacji umowy konsorcjum, które to konsorcjum było stroną umowy nr 55/ZP-U/2016.

Co do wątpliwości Odwołującego I dotyczących zakresu informacji zawartych w JEDZ oraz w Wykazie dostaw i powołania tam zamówienia publicznego realizowanego na rzecz sądów powszechnych, to w ocenie Izby, Odwołujący I nadinterpretuje treść zawartą w tych dokumentach. Wykonawca Maxto w opisie realizacji usługi w sposób prawidłowy wskazał nazwę zamówienia publicznego, które realizował w ramach konsorcjum. Z opisu tego w żaden sposób nie można wywieść, jak sugeruje Odwołujący I, że wykonawca Maxto oświadczył, że wykonał dostawę na rzecz sądów powszechnych. Posłużył się wyłącznie opisem zamówienia, do czego był uprawniony będąc członkiem konsorcjum i realizując określony zakres usług wynikających z umowy. Ponadto wykonawca Maxto w sposób prawidłowy wskazał odbiorcę wykonanej dostawy tj. spółkę Suntar sp. z o.o.

Ponadto, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego I sprawie zastosowania wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. o sygn. C-387/14 Esaprojekt. W wyroku tym Trybunał Sprawiedliwości wskazał m.in., iż wykonawca ma prawo powoływać się na doświadczenie zdobyte w konsorcjum jedynie w zakresie w jakim realnie je nabył tj. w zakresie w jakim brał faktycznie udział w realizacji zamówienia. Nie oznacza to jednak, jak chciałby Odwołujący I, iż wyłącznie członek konsorcjum, który wykonał dostawę na rzecz

podmiotu ostatecznego może powoływać się na doświadczenie w realizacji dostawy. Każdy członek konsorcjum ma prawo powoływać się na te elementy realizacji zamówienia, które faktycznie wykonał. W przedmiotowym postępowaniu, wykonawca Maxto wykazał, iż wykonał dostawę określonej liczby komputerów w ramach konsorcjum realizującego zamówienie publiczne. Zrealizował określoną dostawę i wobec braku szczegółowych uregulowań w SIWZ co do zakresu czynności, jakie miała obejmować taka dostawa, Izba uznała, że wykonawca ten legitymuje się wymaganym doświadczeniem.

Na marginesie zaznaczyć należy, że fakt zawiązania konsorcjum do realizacji zamówienia publicznego na dostawę komputerów na rzecz sądów - umowa nr 55/ZP-U/2016 może budzić wątpliwości co do celu zawiązania takiego konsorcjum. Uczestniczą w nim bowiem aż trzy podmioty, działające na tym samym rynku właściwym. Okoliczność ta winna być jednakże przedmiotem analizy zamawiającego, jak i uczestników postępowania na etapie prowadzenia ówczesnego postępowania w ramach, którego zawarto umowę nr 55/ZP-U/2016. Na obecnym etapie Izba nie ma narzędzi do podejmowania działań retrospektywnych i wyjaśnienia okoliczności czy celu powstania konsorcjum. Zarówno jednak Odwołujący I jak i zamawiający mogą zwrócić się do właściwych organów państwowych o zbadanie i wyjaśnienie kwestii dotyczących postępowania w ramach, którego została zawarta umowa nr 55/ZP-U/2016.

W końcu nie sposób zgodzić się z Odwołującym I, że wykonawca Maxto winien być wykluczony w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby, wykonawca Maxto nie podał żadnych nieprawdziwych informacji czy informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, a tym samym nie ma żadnych podstaw do zastosowania przywołanej regulacji.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego I nie zasługują na uwzględnienie, co powoduje, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Sygn. akt: KIO 184/19

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu. Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego II nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut niezgodności oferty wykonawcy Maxto, Odwołującego I, Odwołującego III w zakresie wymogów dotyczących sprzętu i oprogramowania określonych w Załącznikach nr 1,11, 15,16,17 do OPZ – Router typu A, B, VPN, system zarządzania infrastrukturą sprzętową oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący II zakwestionował zakres funkcjonalności jakie posiadają urządzenia zaoferowane przez wykonawcę Maxto, Odwołującego I oraz Odwołującego III - router typ A o numerze katalogowym producenta Hillstone SG6K-E2860- wymóg przepustowości 4 Gbps dla pakietów 512 bajtów oraz wymóg przepustowości dla IPSec 2,5 Gbps dla pakietów 512 bajtów; router typ B - producent Hillstone, modelu E6368, numer katalogowy producenta SG-6000-E6368 - wymóg przepustowości 80 Gbps dla pakietów 512 bajtów oraz wymóg przepustowości dla IPSec 45 Gbps dla pakietów 512 bajtów; router typ B Hillstone SG-6000 o numerze katalogowym producenta SG-6000-E6368 wymagana wysokość maksymalną 2U; routery typu A, routery typu B, routery VPN – wymagane funkcjonalności: (i) kontrola zawartości poczty – Antyspam dla protokołu IMAP; (ii) obsługi protokołu Diffiego-Hellmana grup 19 i 20; (iii) funkcjonalności VTEP (VXLAN Tunnel End Point); (iii) klienta VPN umożliwiającego weryfikację stanu bezpieczeństwa stacji zdalnej i obsługi protokołu IPSec; (iv) wsparcia protokołu dynamicznego routingu w oparciu o protokół PIM; (v) dla połączeń SSL VPN zapewnia pracę w trybie Portal - gdzie dostęp do chronionych zasobów realizowany jest za pośrednictwem przeglądarki. W tym zakresie system musi zapewniać stronę komunikacyjną działającą w oparciu o HTML 5.0; (vi) wydajność systemu w zakresie inspekcji komunikacji szyfrowanej SSL (TLS v1.2 z algorytmem AES256-SHA1 lub AES128-SHA256) dla ruchu http; (vii) system zarządzania - Trustwave Web Application Firewall, numer katalogowy producenta WAF-WD-TS-750). W stosunku do wykonawcy Maxto, dodatkowa macierz 20T - Dell SCv3000, numer katalogowy 210-ALVH – możliwość zamontowania co najmniej 24 dysków.

Argumentacja Odwołującego II sprowadzała się do twierdzeń, że skoro w kartach katalogowych brak jest wskazania, iż oferowane urządzenia posiadają wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności, to uznać należy, że takich funkcjonalności urządzenia standardowe nie posiadają. Funkcjonalności te mogą posiadać urządzenia dedykowane, jednakże żaden z powyższych wykonawców nie wskazał w formularzu oferty, iż oferuje urządzenia dedykowane w zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego II. Odwołujący II zakwestionował również złożone przez wykonawców oświadczenie spółki Hillstone Networks Corp. oraz Hillstone Networks Europe s.r.o. oraz oświadczenie Trustwave Poland sp. z o.o.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego II. Wskazać należy po pierwsze, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ formularz oferty sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ w części zawierającej specyfikację techniczną zaoferowanych urządzeń stanowił jedyne źródło informacji zawartych w samej ofercie pozwalających na ocenę zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu

złożenia kart katalogowych oferowanych urządzeń. Nie wymagał również, aby wykonawcy określili źródło informacji, w którym Zamawiający mógłby zweryfikować wszystkie parametry oferowanych urządzeń.

Po drugie wskazać należy, że wszyscy trzej wykonawcy oświadczyli, że oferują urządzenia w konfiguracji standardowej. Tym samym przywołane przez Odwołującego II pkt 11 oraz 12 załącznika nr 1 do OPZ nie mają zastosowania do wykonawców. Jak wynika bowiem z ich zapisów, stosuje się je wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca zaoferował urządzenie w wersji dedykowanej.

Po trzecie wskazać należy, że mówiąc o niezgodności oferowanego urządzenia z wymaganiami wskazanymi w SIWZ, Odwołujący II musiałby wykazać, iż w standardowych kartach katalogowych producent oświadczył jednoznacznie, że dane urządzenie nie posiada określonej funkcjonalności. W analizowanym zaś stanie faktycznym, takiej okoliczności Odwołujący II nie wykazał. Karty katalogowe oferowanych urządzeń nie zawierały bowiem informacji co do wymaganych funkcjonalności, co nie może być utożsamiane z brakiem spełnienia takich funkcjonalności. Zwrócił na to uwagę również sam Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 2 stycznia 2019 r. wskazując, iż w kartach katalogowych brak jest informacji co do zakwestionowanych funkcjonalności. Izba wielokrotnie wskazywała, że karty katalogowe nie mogą być uznane za wyczerpujące źródło informacji o danym produkcie. Zawierają bowiem główne informacje o produkcie, nie zaś wszystkie szczegółowe parametry urządzenia. Jak wskazała Izba w wyroku KIO 1292/17, karta katalogowa to rodzaj folderu reklamowego, który z natury rzeczy nie musi zawierać i często nie zawiera wszystkich informacji o produkcie. Podkreślić również należy, że co do zasady producent w treści karty katalogowej zamieszcza zastrzeżenia o jej informacyjnym charakterze. Nie ma podstaw, aby w niniejszej sprawie przyjąć inne stanowisko. Odwołujący II oparł się bowiem o powszechnie dostępne informacje zawarte w kartach katalogowych. Fakt, iż określona funkcjonalność nie została w nich opisana nie może być automatycznie utożsamiony z brakiem takiej funkcjonalności. Odwołujący II nie przedstawił również żadnych dowodów na wykazanie, iż brak zamieszczenia określonej informacji w karcie katalogowej jest równoznaczny z zaoferowaniem urządzenia dedykowanego.

Po czwarte, wskazać należy, że skoro sam Zamawiający nie określił w treści SIWZ rodzaju dokumentów, jakie wykonawca ma złożyć w celu potwierdzenia czy oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego tj. nie wskazał czy mają być to karty katalogowe czy oświadczenia, to uznać należy, że w przypadku wątpliwości co do posiadanych funkcjonalności każdy wiarygodny dokument złożony Zamawiającemu może potwierdzać takie

funkcjonalności. W ocenie Izby takie dokumenty zostały złożone zarówno Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwania z dnia 2 stycznia 2019 r. jak i podczas rozprawy. Za takie Izba uznała oświadczenia spółki Hillstone Networks Corp. podpisane przez p. T. L. – Senior VP, Dyktor ds. technologii oraz współzałożyciela, oświadczenie p. Z. C. w imieniu spółki Hillstone Networks Europe s.r.o. oraz oświadczenie Trustwave Poland sp. z o.o., które w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż oferowane przez wykonawców urządzenia spełniają zakwestionowane przez Odwołującego II funkcjonalności. Izba uznała powyższe oświadczenia za wiarygodne oświadczenia wiedzy, co do parametrów oferowanych urządzeń. Zakres i charakter oświadczeń wiedzy został omówiony przez Izbę w sprawie o sygn. akt: KIO 179/19 i odnosi się również do oświadczeń złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby, zasadne jest przyjęcie, że osoby, które złożyły podpisy na oświadczeniach z racji zajmowanych stanowisk posiadają odpowiednią wiedzę co do parametrów oferowanych urządzeń. Wobec braku dowodów przeciwnych, Izba uznała te oświadczenia za wystarczające do potwierdzenia zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ.

Dowody złożone przez Odwołującego II nie obalają prawdziwości informacji zawartych w przedłożonych oświadczeniach. Złożone Izbie dokumenty rejestrowe spółki Pan networks s.r.o. oraz Hillstone Networks Europe s.r.o. nie mają żadnego znaczenia dla sprawy. Okoliczność, że spółka Hillstone Networks Europe s.r.o. faktycznie prowadzi swoją działalność gospodarczą pod innym adresem niż wskazanym w treści zakładki „skontaktuj się z nami” nie ma żadnego związku z zasadnością podniesionego zarzutu. Nie sposób uznać na podstawie takiej okoliczności, iż p. Z. C. nie jest dyrektorem sprzedaży spółki Hillstone Networks Europe s.r.o. Podobnie zresztą jak różnice w zakresie wizualnym czy też rodzaju dostępnych informacji na stronie czeskiego przedstawiciela spółki Hillstone oraz amerykańskiego stronie spółki Hillstone Networks Corp., na co Odwołujący II powołał się, składając do akt sprawy protokół stwierdzający istnienie strony internetowej www o określonej treści z dnia 30 stycznia 2019 r. Podkreślić należy, iż z treści korespondencji przedstawionej Izbie z p. T. L. wynika, że spółka oferuje odmienne produkty na poszczególne regiony świata, co, w ocenie Izby, uzasadnia zmiany zakresu dostępnych informacji na stronach internetowych poszczególnych przedstawicieli w poszczególnych częściach świata. Wnioski czy sugestie Odwołującego II jako p. Z. C. nie był przedstawicielem spółki Hillstone Networks Corp. w Europie są wyłącznie nieudowodnionymi stwierdzeniami wykonawcy. Skoro Odwołujący II miał wątpliwości czy p. Z. C. jest przedstawicielem spółki Hillstone Networks Corp. w Europie, może tylko budzić zdziwienie Izby, iż nie potwierdził tej okoliczności bezpośrednio w źródła czyli u. p. T. L. będącego starszym vice-prezesem, dyrektorem do spraw technologii i współzałożycielem spółki. Jest oczywistym dla Izby, że osoba ta z racji zajmowanego stanowiska posiada niezbędną wiedzę do potwierdzenia takich okoliczności.

Również dowód złożony w sprawie w postaci protokołu stwierdzającego istnienie korespondencji e-mailowej prowadzonej pomiędzy p. M. S., przedstawicielem Odwołującego II, a p. T. L. nie obala prawdziwości twierdzeń zawartych w złożonych przez wykonawców oświadczeniach spółki Hillstone Networks Europe s.r.o. oraz Hillstone Networks Corp. Po pierwsze wskazać należy, że z powodów niewyjaśnionych Izbie złożony przez Odwołującego II protokół stwierdzający istnienie korespondencji e – mailowej kończy się na korespondencji z dnia 24 stycznia 2019 r. Izbie zaś został złożony wydruk całej korespondencji pomiędzy w/w osobami, która kończy się w dniu 14 lutego 2019 r. To właśnie w dniu 14 lutego 2019 r. p. T. L. potwierdził, że model urządzenia zaoferowanego przez wykonawców SG-6000-E6368 dostępny w wysokości 2U, a więc tej wymaganej przez Zamawiającego. Nie sposób racjonalnie wyjaśnić postępowania Odwołującego II, które składa niepełne dowody i celowo wprowadza organ orzekający w błąd co do właściwości kwestionowanych produktów.

Również złożone przez Odwołującego dowody tj. dokument dotyczący wyznaczenia przedstawiciela ds. obsługi procesu z dnia 10 sierpnia 2012 r., jak również wyciąg z rejestru w stanie Kalifornia dotyczący spółki Hillstone Networks Corp. z dnia 15 sierpnia 2012 r. nie mają znaczenia dla sprawy. Po pierwsze, pochodzą one z 2012 r., więc na ich podstawie nie można w żaden sposób ustalić, kto jest umocowany do reprezentowania spółki Hillstone Networks Corp. Po drugie, oświadczenia złożone przez wykonawców zostały uznane przez Izbę za oświadczenia wiedzy, a tym samym, nawet gdyby przyjąć, czego Odwołujący II nie wykazał, że są podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji, to okoliczność ta nie ma znaczenia dla sprawy.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego II co do funkcjonalności zaoferowanych urządzeń zostały oparte na błędnym założeniu, iż brak wskazania w karcie katalogowej określonej funkcjonalności oznacza automatyczne uznanie, że takie parametry nie zostały zaoferowane przez wykonawców w standardowych urządzeniach. Brak informacji w karcie katalogowej może być podstawą do powzięcia wątpliwości co do parametrów oferowanych urządzeń i takie wątpliwości miał Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, jednakże dokumenty złożone przez wykonawców potwierdziły zgodność oferowanych produktów z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Odwołujący II nie przedstawił dowodów na wykazanie okoliczności przeciwnych, nie wykazał, że brak informacji co do określonej funkcjonalności oferowanego w karcie katalogowej produktu oznacza, iż wykonawca oferuje urządzenie w wersji dedykowanej.

Nie można zgodzić się również z Odwołującym II, iż wyjaśnienia wykonawcy Maxto oraz Odwołującego I w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 stycznia 2019 r. miały charakter ogólny i niewystarczający. Wykonawcy potwierdzili jednoznacznie, iż oferują urządzenia spełniające wymagania Zamawiającego oraz przedstawili niezbędne dowody na potwierdzenie takiej okoliczności.

Podkreślić również należy, że w złożonej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w sposób szczegółowy odniósł się do poszczególnych zarzutów dotyczących zakwestionowanych funkcjonalności. Izba w całości przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, uzasadniającego w sposób szczegółowy poszczególne aspekty zarzutu Odwołującego II.

W końcu nie sposób zgodzić się z Odwołującym II, że wykonawca Maxto, Odwołujący I oraz Odwołujący III winni być wykluczeni w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby, powyżsi wykonawcy nie podali żadnych nieprawdziwych informacji czy informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, a tym samym nie ma żadnych podstaw do zastosowania przywołanej regulacji.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 58 kodeksu cywilnego i art. 137 ust. 1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 kodeksu cywilnego i art. 137 ust. 1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej

Izba uznała zarzut za niezasadny. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do rozstrzygnięcia ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego przez Odwołującego I, Odwołującego III oraz wykonawcę Maxto w dokumentach ofertowych.

W ocenie Izby nie ma regulacji na podstawie której można by uznać nieważności podpisu elektronicznego złożonego w oparciu o algorytm SHA-1. Przede wszystkim należy podkreślić, że będący podstawą omawianego zarzutu przepis art. 137 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej nie wprowadza ani rygoru nieważności podpisu weryfikowanego algorytmem SHA-1, ani nie pozbawia takiego podpisu cech kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Rygoru takiego nie można również wywieść z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, ani także z europejskiego rozporządzenia, które było podstawą wprowadzenia polskich przepisów (rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE (eIDAS) nr 910/2014 z dnia 23 lipca

2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającą dyrektywę 1999/93/WE).

Przepis art. 10a ust. 5 ustawy Pzp wymaga, w postępowaniach o wartości tzw. „europejskiej”, składania ofert w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie formułuje przy tym definicji elektronicznej formy tej czynności prawnej w sposób szczególny wobec przepisu art. 78¹ §1 Kodeksu cywilnego. Ani ustawa Pzp, ani Kodeks cywilny nie zawierają także żadnych przepisów odnoszących się do kwalifikowanego podpisu elektronicznego, który jest immanentnym elementem elektronicznej formy oferty.

Powodem takiego stanu rzeczy jest okoliczność, iż podpis elektroniczny - w tym także jego kwalifikowana postać stanowi przedmiot regulacji prawa europejskiego: rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 257 z 28.08.2014 r. str.. 73), zwanego dalej „rozporządzeniem eIDAS”.

Rozporządzenie eIDAS, a także podstawowy akt delegowany do tego rozporządzenia w postaci Decyzji Wykonawczej Komisji (UE) 2015/1506 z dnia 8 września 2015 r. ustanawiającej specyfikacje dotyczące formatów zaawansowanych podpisów elektronicznych oraz zaawansowanych pieczęci elektronicznych, które mają być uznane przez podmioty sektora publicznego, zgodnie z art. 27 ust. 5 i art. 37 ust. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE L 235 z 09.09.2015 r. str. 37), stanowią wiążące źródło prawa w zakresie wszelkich aspektów kwalifikowanych podpisów elektronicznych, mających wpływ na ważność czynności prawnych dokonanych w formie elektronicznej.

Działając zgodnie z przepisami rozporządzenia eIDAS, Komisja Europejska ustanowiła specyfikacje dotyczące m.in. formatów zaawansowanych podpisów elektronicznych. Zastosowano przy tym metodę polegającą na odesłaniu - w zakresie poszczególnych rodzajów podpisów do konkretnych specyfikacji technicznych Europejskiego Instytutu Norm Telekomunikacyjnych (dalej zwanego także „ETSI”). W żadnej specyfikacji technicznej ETSI nie znajduje się jakiegokolwiek postanowienie, które wyłączałoby możliwość dalszego stosowania funkcji skrótu SHA-1 przy składaniu kwalifikowanych podpisów elektronicznych. O ile można zgodzić się z Odwoływającym II, że stosowanie SHA-1 nie jest rekomendowane przez ETSI, to nie sposób takiego stwierdzenia utożsamiać z zakazem stosowania.

Wskazać dalej należy, że art. 137 ustawy o usługach zaufania winien być interpretowany w powiązaniu z jego miejscem w systematyce ustawy - znajduje się on w Rozdziale 9 tej ustawy, który to rozdział nosi tytuł „Przepisy przejściowe”. Nie pozostaje bez znaczenia, że brak w omawianej ustawie jakiegokolwiek przepisu, który statuowałby ogólny zakaz używania funkcji skrótu SHA-1 przy składaniu kwalifikowanych podpisów elektronicznych. W ocenie Izby przepis art. 137 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej zawiera normę prawną o charakterze instrukcyjnym, która nie zawiera żadnych sankcji, a w szczególności sankcji nieważności oferty, jak chciałby to widzieć Odwołujący II. Idąc tokiem rozumowania jaki przyjął Odwołujący II, czyli przyjmując, że wszystkie dokumenty podpisane z wykorzystaniem funkcji skrótu SHA-1 po 1 lipca 2018 są nieważne z uwagi na brak rekomendacji ETSI i zapis art. 137, to literalnie interpretując zapisy art. 137, powinniśmy przyjąć, że wszystkie dokumenty podpisane z wykorzystaniem funkcji skrótu SHA-1 po 1 lipca 2018 powinny zostać uznane za nieważne, pomimo tego, że zostały podpisane ważnym certyfikatem kwalifikowanym (zgodnie z art. 132 ustawy certyfikaty zachowują ważność), ponieważ w procedurze składania podpisu pod dokumentem została zastosowana funkcja skrótu SHA-1. Przyjęcie tak dalekiego w skutkach twierdzenia za prawidłowe musiałoby wprost wynikać z przepisów prawa. Ustawodawca zarówno krajowy jak i europejski nie zawarli w odpowiednich regulacjach takich przepisów.

W ocenie Izby wszystkie dokumenty złożone przez wykonawców, których wskazuje Odwołujący II prawidłowo przeszły testy walidacyjne w aplikacjach potwierdzających prawidłowość złożonych podpisów kwalifikowanych. Pozytywny wynik walidacji oznaczającej proces weryfikacji i potwierdzenia ważności podpisu elektronicznego to zgodnie z przepisem art. 32 rozporządzenia eIDAS rodzi domniemanie ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Normami dotyczącymi walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych są te same, wskazane wyżej specyfikacje techniczne ETSI, które wynikają z Decyzji Wykonawczej Komisji (UE) 2015/1506. Aby obalić domniemanie ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym opatrzone ofertę wykonawców, należy wykazać brak spełnienia norm dotyczących walidacji, czego Odwołujący II nie uczynił, a tym samym podniesiony zarzut Izba uznała za niezasadny.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest komunikat Ministerstwa Cyfryzacji wydany w dniu 15 lutego 2019 r., w którym wskazano, iż podpisy kwalifikowane, które złożono z użyciem ważnych certyfikatów i przy wykorzystaniu algorytmu SHA-1 pozostają ważne. Oznacza to, że dokumenty podpisane z użyciem SHA-1 są podpisane prawidłowo i nie ma podstaw do ich odrzucenia. Aplikacje weryfikujące oraz usługi walidacji nadal wspierają podpisy złożone z

wykorzystaniem tego algorytmu i można polegać na wynikach, które zgłaszają. Do czasu formalnego wycofania przez Europejski Instytut Standardów Technicznych (ETSI) algorytm SHA-1 spełnia wymogi dla walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych z art. 32 eIDAS.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut dotyczący macierzy 20T zaoferowanej przez wykonawcę Maxto

Izba uznała zarzut za niezasadny. Omówienie zarzut zostało zwarte w uzasadnieniu do wyroku KIO 179/19.

Ponieważ żaden z zarzutów podniesionych przez Odwołującego II nie został uwzględniony przez Izbę, Izba oddaliła odwołanie wykonawcy.

Sygn. akt: KIO 187/19

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu. Zarzuty podniesione przez Odwołującego III nie potwierdziły się.

Zarzut dotyczący wykonawcy Maxto - macierz 20T

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Omówienie zarzutu zostało zawarte w uzasadnieniu do wyroku o sygn. akt: KIO 179/19.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zamawiający w punkcie 4 OPZ będącego załącznikiem numer 1 do SWIZ zawarł informację o następującej treści: „Wszystkie licencje na oprogramowania w postaci systemów operacyjnych, licencji dostępowych, licencji terminalowych, systemów zarządzania, wirtualizacji, chmury prywatnej i kopii zapasowych zarówno dostarczane osobno jak i o stanowiące komplet z urządzeniem muszą uprawniać do użytkowania najnowszej dostępnej w dniu składania oferty wersji programu operacyjnego danego producenta.”

Odwołujący III w pozycjach 22, 23, 24 formularza ofertowego wskazał, że oferuje licencje Windows Serwer 2016. Tymczasem w dniu składania ofert najnowszą dostępną wersją była wersja 2019, to jest Windows Serwer 2019. Odwołujący III nie zaprzecza tej okoliczności, potwierdził w treści odwołania oraz podczas rozprawy, że na dzień składania ofert zaproponowane przez niego w ofercie licencje Windows Serwer 2016 nie były najbardziej aktualnymi wersjami tych licencji. Odwołujący III uważa jednak, że popełnił omyłkę/omyłkę pisarską poprzez brak modyfikacji uprzednio, to jest w poprzednim postępowaniu przetargowym, składanego formularza ofertowego, przy czym omyłka ta nie powinna zdaniem Odwołującego III prowadzić do odrzucenia jego oferty. Zdaniem Odwołującego III wskazana pomyłka jest nieistotna a Zamawiający powinien zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP po ewentualnym wcześniejszym wezwaniu Odwołującego III do złożenia wyjaśnień w ramach art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z 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. Zgodnie zaś z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z powołanym przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może, ale nie musi bezwzględnie żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wskazany przepis mówi o wyjaśnieniu oferty, co oznacza że ma on zastosowanie jedynie wówczas gdy oferta wykonawcy z jakichś względów jest niejasna. Tylko niejasność oferty, w tym występujące w niej sprzeczności mogą uzasadniać wzywanie wykonawcy do wyjaśnienia złożonej oferty. Tym samym gdy oferta wykonawcy obiektywnie nie budzi wątpliwości zamawiającego, to jest jasna i oczywista, co odnosi się w szczególności do zgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień. W takiej bowiem sytuacji nie ma co wyjaśniać, tym bardziej, co jest rzeczą zasadniczą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty w tym negocjacji wynikłych z złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli

niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy — zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu o zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom.

W ocenie Izby zgodzić się należy z Zamawiającym, że nie miał żadnych podstaw by wzywać Odwołującego III do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego III była jasna, nie budziła żadnych wątpliwości w zakresie jej oczywistej niezgodności z wymaganiami Zamawiającego. Nawet gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego III do złożenia wyjaśnień i Odwołujący III złożyłby wyjaśnienia o treści jak w swoim odwołaniu od wyników postępowania, to Zamawiający i tak nie mógłby dokonać zmiany treści oferty w sposób proponowany przez Odwołującego III. W ocenie Izby wnioskowane przez Odwołującego III zmiany nie są nieistotną zmianą formularza ofertowego bowiem zmienia się oferowany produkt. Nie może być też traktowana jako omyłka pisarska. Odwołujący III nie dołożył należytej staranności w przygotowaniu swojej oferty, a brak należytej staranności w tym zakresie nie może być konwalidowane działaniami Zamawiającego.

Podkreślić należy, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ogranicza zakres poprawienia omyłek w zakresie skutku w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną. Zastosowanie się przez Zamawiającego do sposobu postępowania wskazanego w odwołaniu przez Odwołującego III stanowiłoby rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp w tym zasady konkurencyjności i uczciwości postępowania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego III, przedmiotowe licencje są istotnym elementem zamówienia. Jak wyjaśnił Zamawiający, czemu Odwołujący III nie zaprzeczył przedmiotowe licencje to ponad 16% wartości umowy (ponad 3 100 000 zł), więc nie można mówić o nieistotności znaczenia wersji oferowanego oprogramowania. Modyfikacja więc oświadczenia woli Odwołującego III, a tym samym treści oferty poprzez wymianę oferowanego oprogramowania jest niedopuszczalnym procederem w świetle przepisów prawa. W ocenie Izby Zamawiający nie miał żadnych podstaw przypuszczać, że Odwołujący III w rzeczywistości planował, jak twierdzi, zaoferować coś innego niż wprost i wyraźnie zostało wskazane w ofercie Odwołującego III.

Jak wskazał również Zamawiający dla serwerowych systemów operacyjnych, licencji dostępowych i licencji terminalowych, nie wymagał dostarczenia licencji umożliwiających

zainstalowanie zawsze najnowszej wersji udostępnionej przez producenta, w związku z powyższym ww. produkty zaoferowane w wersji 2016 tj. starszej niż dostępna w dniu składania ofert nie podlegają jakiegokolwiek aktualizacji do wersji najnowszej. Dostępne są jedynie poprawki bezpieczeństwa dla zaproponowanej wersji tj. Windows Server 2016, bez możliwości zainstalowania wersji Windows Server 2019 w ramach proponowanych licencji. Tym samym raz otrzymany przez Zamawiającego produkt, który nie spełnia wymagań Zamawiającego, nigdy nie osiągnąłby parametrów jakie posiada produkt jakiego Zamawiający wymagał, to jest licencja najnowsza w dniu składania oferty.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego III, że niezależnie jaką wersję licencji Windows Server zamówiłby u oficjalnego dystrybutora tych licencji, zawsze dostałaby wersję najnowszą – powołuje się korespondencję prowadzoną z partnerem producenta systemu operacyjnego już po przedstawieniu oferty i jej odrzuceniu przez Zamawiającego oraz na maila z dnia 14 grudnia 2018 z ofertą oficjalnego dystrybutora licencji i oprogramowania Microsoft firmy AB S.A. Podkreślić należy, że Odwołujący III nie wykazał w żaden sposób powyższych okoliczności. Zamawiający zaś wyjaśnił, że oprogramowanie Windows Server w wersji 2016 może być nadal nabyte, wskazując potencjalne możliwości ich nabycia. Zamawiający wskazał również, iż w dokumencie „Postanowienia dotyczące Produktów 1 grudnia 2018 r”, na który powołuje się Odwołujący III sugerując, że niedostępne są już systemy w wersji 2016, na stronie 87 zawiera informację „Klienci, którzy nabyli system Windows Server 2016 od producenta OEM, mogą nabyć Pakiet SA dla systemu Windows Server 2016 w ciągu 90 dni od daty tego zakupu”, co jednoznacznie wskazuje na fakt, że systemy w wersji 2016 nadal są w obrocie i można je nabyć od producentów OEM.

Tym samym twierdzenia Odwołującego III, że niezależnie od tego jakie wykonawca zaproponuje licencje Microsoft Windows Server, w tym wersję 2016, zawsze Zamawiający otrzyma aktualną wersję czy wersję najnowszą jaka istniała na dzień składania ofert nie zostały w żaden sposób wykazane.

Ponadto wskazać należy, że w korespondencji Odwołującego z dystrybutorem licencji (firmą AB S.A.) z dnia 31 stycznia 2019 roku w odpowiedzi na pytanie numer 3, dystrybutor stwierdza, że dnia 20.12. występowała różnica w cenniku standardowym Microsoft (ceny wersji 2019 wyższe od cen 2016), natomiast dzięki cenom specjalnym z Microsoft wersja 2019 była możliwa do zakupu w cenie zbliżonej do ceny w wersji 2016. Stwierdzenie to pozwala stwierdzić, że w oficjalnym cenniku producenta serwerowego systemu operacyjnego wersja 2016 w dniu 20.12 była obecna, co więcej widniała tam niższa cena niż dla wersji 2019 (nawet po obniżce). Ponadto, umożliwienie Odwołującemu III konwalidowania treści złożonej oferty

to terminie jej złożenia i dostosowanie jej do wymagań Zamawiającego poprzez negocjacje ceny nabycia najnowszej wersji licencji z dystrybutorem otwierałoby drogę wykonawcom do nieograniczonego ingerowania w treść złożonej oferty i dokonywanie jej zmian w zakresie oferowanych produktów.

W ocenie Izby dopuszczenie modyfikacji formularza ofertowego Odwołującego III w zakresie zmiany treści trzech kolumn typ, model i numer katalogowy producenta, jest bardzo istotną zmianą, jest zmianą zasadniczą, ponieważ prowadzi w konsekwencji do zaoferowania innego produktu niż był oferowany pierwotnie. Zamawiający, nie mógł inaczej niż jednoznacznie interpretować treści oferty, ponieważ nie dostrzegął takiej niejednoznaczności, więc nie mógł interpretować zapisów oferty jako omyłki pisarskiej i dokonać poprawki w trybie art. 87 ust. 2 zmieniając jednoznacznie wyrażoną wolę wykonawcy.

Nie było również podstaw, aby Zamawiający mógł poprawić błąd Odwołującego III w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ponieważ oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się również omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów stanowiących zawartość treści oferty. W tym wypadku nie było możliwości uznania tego błędu za oczywistą pomyłkę pisarską ponieważ Zamawiający nie był w stanie samodzielnie określić jaka była intencja Odwołującego III. Wszystkie dane wymienione w wierszach 22, 23, 24 wymienione w formularzu ofertowym jednoznacznie wskazują jakie produkty zaoferował Odwołujący III.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego III, a tym samym zarzut uznać należy za niezasadny.

Ponieważ żaden z podniesionych przez Odwołującego III zarzutów nie potwierdził się, odwołanie podlegało oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 2 w zw. z § 5 ust. 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....