

**Sygn. akt: KIO 1514/14**

**WYROK**  
**z dnia 5 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **25 lipca 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **NETSECURE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Potocka 14 lok. 6, 01-652 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centralny Ośrodek Informatyki, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **NETSECURE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Potocka 14 lok. 6, 01-652 Warszawa**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **NETSECURE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Potocka 14 lok. 6, 01-652 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający **Centralny Ośrodek Informatyki, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa i wdrożenie urządzeń infrastruktury sieci LAN wraz z szkoleniem powdrożeniowym oraz usługą Asysty Technicznej w dwóch lokalizacjach na terenie m. st. Warszawy«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **23.04.2014 r.** pod nrem **2014/S 079-138388**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty wykonawcy **NETSECURE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Potocka 14 lok. 6, 01-652 Warszawa** **15.07.2014 r.**

Wykonawca **NETSECURE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Potocka 14 lok. 6, 01-652 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł **25.07.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3) unieważnienie postępowania.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy treść oferty była zgodna z treścią SIWZ;
- 2) **art. 87 ust. 1 Pzp** przez uznanie, że uwzględnienie wyjaśnień wykonawcy złożonych 20.06.2014 r. prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty;
- 3) **art. 91 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy przy przyjętych kryteriach oceny ofert (cena 100%), oferta ta była ofertą najkorzystniejszą;
- 4) **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** przez niezasadne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy brak było ku temu przesłanek – w szczególności istniała przynajmniej jedna oferta (odwołującego) niepodlegająca odrzuceniu, której wyboru można było

dokonać, a która nie przekraczała kwoty, jaką zamawiający zamierzał i mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Nadto odwołujący wniósł o:

- 1) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego (w tym kosztów pomocy prawnej udzielanej przez radcę prawnego, stosowna faktura VAT zostanie złożona na rozprawie);
- 2) przeprowadzenie dowodu z pisma producenta na okoliczność zgodności treści oferty odwołującego z treścią **SIWZ**.

### **Argumentacja odwołującego**

Przedmiotem zamówienia były w szczególności przełączniki dostępowe. Zgodnie z SIWZ (str. 24), oferowany przełącznik dostępowy powinien posiadać następujące cechy:

20) Urządzenie musi zapewniać możliwość routingu statycznego i dynamicznego dla IPv4 i IPv6 (minimum protokół RIP). Urządzenie musi zapewniać możliwość rozszerzenia funkcjonalności o wsparcie dla zaawansowanych protokołów routingu IPv4 (OSPFBGP) i IPv6 (OSPFv3), funkcjonalności Policy-Based routingu i routingu multicast (PIM-SM, PIM-SSM) przez zakup odpowiedniej licencji lub wersji oprogramowania – bez konieczności dokonywania zmian sprzętowych.

Wykonawca w swojej ofercie zaoferował:

<u>dostawa i wdrażanie sieci LAN wraz z 36 miesięczną gwarancją i 36 miesięcznym wsparciem technicznym</u>	<u>Przełączniki Dostępowe wraz z kablami współdzielącymi o długości 3 metrów</u>	<u>Cisco Catalyst 3850 48 Port Full wraz z niezbędnym oprogramowaniem, okablowaniem oraz wyposażeniem</u>
--	--	---

**Dowód:** formularz ofertowy (w aktach postępowania).

W specyfikacji technicznej do postępowania wykonawca wskazał natomiast:

»**Przełączniki dostępowe Cisco Systems**

**Cisco Catalyst 3850 48 Port Full PoE LAN Base (symbol producenta: WS-C3850-48F-L), niezbędnym wyposażeniem dodatkowym (modułem portów, wkładkami SFP, SFP+) oraz okablowaniem komunikacyjnym. [...]**

Urządzenie spełnia następujące wymagania:

20) Urządzenie zapewnia możliwość routingu statycznego i dynamicznego dla IPv4 i IPv6 (minimum protokół RIP). Urządzenie Zapewnia możliwość rozszerzenia funkcjonalności o wsparcie dla zaawansowanych protokołów routingu IPv4 (OSPF, BGP) i IPv6 (OPSFv3), funkcjonalności Policy-Based routingu i routingu multicast (PIM-SM, PIM-SSM) przez zakup odpowiedniej licencji lub wersji oprogramowania – bez konieczności dokonywania zmian sprzętowych«.

**Dowód:** Specyfikacja techniczna (w aktach postępowania).

Specyfikacja techniczna stanowiąca element oferty powtarzała słowo w słowo wymóg **SIWZ** – przez to obiektywnie nie mogąc być z nią niezgodna.

Zamawiający w **SIWZ** wskazał, że dopuszcza spełnienie funkcjonalności przez „zakup odpowiedniej licencji lub wersji oprogramowania”, więc zawarte w formularzu ofertowym sformułowanie „wraz z niezbędnym oprogramowaniem” prawidłowo wpisywało się w wymagania zamawiającego.

Zamawiający pismem z 17.06.2014 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnień (*wezwanie dotyczyło również innych, niespornych zakresów*) w następujący sposób:

»Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień w poniższym zakresie:

1. Zamawiający w części II **SIWZ** Opisie przedmiotu zamówienia w pkt II „Specyfikacji technicznej urządzeń” w ustępie 2 „przełączniki dostępowe” pkt 20 zawarł następujące wymaganie: „Urządzenie musi zapewniać możliwość routingu statycznego i dynamicznego dla IPv4 i IPv6 (minimum protokół RIP). Urządzenie musi zapewniać możliwość rozszerzenia funkcjonalności o wsparcie dla zaawansowanych protokołów routingu IPv4 (OSPF, BGP) i IPv6 (OPSFv3), funkcjonalności Policy-Based routingu i routingu multicast (PIM-SM, PIM-SSM) przez zakup odpowiedniej licencji lub wersji oprogramowania – bez konieczności dokonywania zmian sprzętowych”.

Wykonawca zaoferował przełączniki dostępowe Cisco Catalyst 3850 48 Port Full PoE LAN Base o symbolu WS-C3850-48F-L wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym (modułem portów, wkładkami SFP, SFP+) oraz okablowaniem komunikacyjnym i zadeklarował w specyfikacji technicznej na stronie 80 oferty, że oferowany przełącznik dostępowy spełnia wymaganie opisane w pkt 20 OPZ odnośnie przełączników dostępowych.

Zamawiający nie może uznać ww. wymagania za spełnione ponieważ na oficjalnej stronie producenta oferowanych przez wykonawcę przełączników, w specyfikacji technicznej oprogramowania LAN Base widnieje informacja, że oprogramowanie to obsługuje tylko routing statyczny«.

**Dowód:** wezwanie do wyjaśnień.

Wykonawca wyjaśnił zamawiającemu, że produkt Cisco Catalyst 3850 48 Port Full PoE LAN zostało zaoferowane z rozbudową funkcjonalnością przez zmianę oprogramowania, co jest zgodne z **SIWZ**, a przez co staje się praktycznie tym samym produktem, co „wyższy” model WS-C3850-48F-S.

Takie wyjaśnienia stały się jednak przyczyną odrzucenia oferty wykonawcy. Zamawiający stwierdził w motywach informacji o odrzuceniu oferty.

**»Zamawiający nie może uznać ww. wymagań za spełnione, gdyż w stanie faktycznym sprawy [...] wyjaśnienia powadzą, do rozszerzenia oferty. Wykonawca w formularzu oferty zadeklarował, że oferuje „Cisco Catalyst 3850 48 Port Full wraz z niezbędnym oprogramowaniem, okablowaniem oraz wyposażeniem” oraz skonkretyzował nazwę oprogramowania w specyfikacji technicznej (strona 76 oferty) „Przełączniki dostępowe Cisco Systems Cisco Catalyst 3850 48 Port Full PoE LAN Base (symbol producenta WS-C3850-48F-L), niezbędnym wyposażeniem dodatkowym (modułem portów, wkładkami SFP, SFP+) oraz okablowaniem komunikacyjnym”. Wykonawca nie zadeklarował na żadnej stronie oferty, że zamierza wraz z konkretnym wskazanym w specyfikacji technicznej oprogramowaniem (LAN Base) dostarczyć również licencje podwyższające wersje oprogramowania do wersji IP Base. Wykonawca w ogóle nie wskazał w treści oferty dostawy licencji bądź upgrade’u oprogramowania do wyższej wersji. Z treści oferty wynika, że niezbędne oprogramowanie w formularzu ofertowym zostało konkretnie wskazane w specyfikacji technicznej na str. 76 oferty. W specyfikacji technicznej Wykonawca napisał, że przełącznik dostępowy z oprogramowaniem LAN Base zostanie dostarczony z „niezbędnym wyposażeniem dodatkowym (modułem portów, wkładkami SFP, SFP+) oraz okablowaniem komunikacyjnym” i nie zostało wskazane, że dostawa nastąpi z niezbędnymi licencjami (jak wskazuje wykonawca w wyjaśnieniach z 17 i 20.06.2014 r.).**

W związku i powyższym zamawiający nie wziął pod uwagę ww. wyjaśnień gdyż przyjęcie zaproponowanej w wyjaśnieniach interpretacji treści oferty prowadziłoby do niezgodnych z *przepisem* art. 87 ust. 1 Pzp negocjacji treści oferty przez rozszerzenie jej o dodatkowe licencje IP Base. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy Netsecure sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodną z SIWZ w zakresie opisanym powyżej«.

**Dowód:** pismo uzasadniające odrzucenie oferty.

## **Zarzuty i żądania odwołania**

### **1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**

Zgodnie z **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odrzucenie oferty było zdaniem odwołującego nieprawidłowe. Zamawiający nie mógł (nie powinien) oceniać zgodności treści oferty z treścią **SIWZ** w zakresie oprogramowania lub licencji na podstawie porównania **SIWZ** i treści załączonej do oferty specyfikacji technicznej.

**SIWZ** zawierała postanowienia mówiące, w oparciu o jakie przesłanki zamawiający będzie dokonywać badania zgodności oferty z treścią **SIWZ**.

**Pkt 9.9 SIWZ** zawierał określenie:

»**W celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia infrastruktury sieci LAN, odpowiadają wymaganiom zamawiającego określonym w OPZ, wykonawca załączy do oferty szczegółową specyfikację techniczną oferowanych urządzeń służących do wdrożenia infrastruktury sieci LAN (zawierającą co najmniej nazwę producenta, model oferowanych urządzeń, opis co najmniej wszystkich parametrów wskazanych przez zamawiającego w cz. II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia)**«.

**SIWZ** nie zawierała zatem wymogu dołączenia do oferty specyfikacji dostarczanego oprogramowania, lecz wyraźnie tylko **urządzeń**.

Ponadto, w wyczeniu mówiącym co powinno się „co najmniej” znajdować w specyfikacji technicznej, zamawiający wymagał charakterystyki ofertowanego przedmiotu: „zawierającą co najmniej nazwę producenta, model oferowanych urządzeń, opis co najmniej wszystkich parametrów wskazanych przez zamawiającego w **cz. II SIWZ**”.

Wykonawca zastosował się do tych minimalnych wymagań. Wskazał nazwę producenta (Cisco), model (Catalyst 3850 48 Port Full PoE LAN) i „opis co najmniej wszystkich parametrów wskazanych przez zamawiającego w **cz. II SIWZ**” (wykonawca wskazał opis, który jest w 100% zgodny z **SIWZ**).

Zamawiający nie wymagał np. wskazania nazwy lub numeru dostarczanej wraz z produktem licencji, lecz co najwyżej jej OPIS PARAMETRÓW.

Zgodnie z **ust. 13.1.2 SIWZ**, ofertę należy przygotować **ściśle** według wymagań określonych w SIWZ. Należy uznać, że wymóg ścisłości odnosi się nie tylko do wykonawcy, lecz również do zamawiającego. W związku z tym wykonawca uznał, że zamawiający nie będzie przywiązywać wagi do specyfikacji technicznej w zakresie szerszym niż do zaoferowanych „urządzeń” oraz „głębiej” niż tylko do poziomu opisu parametrów.

Zgodnie z **pkt 23 SIWZ (Sposób oceny ofert)**:

»**23.1 Ocena zgodności oferty z treścią SIWZ przeprowadzona zostanie wyłącznie na podstawie analizy dokumentów i oświadczeń, jakie wykonawca zawarł w swej ofercie z zastrzeżeniem treści art. 26 ust. 3 Pzp.**

**23.2 Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzania w toku oceny oferty wiarygodności przedstawionych przez wykonawców dokumentów, oświadczeń, wykazów, danych i informacji«.**

Zamawiający nie zwracał się bezpośrednio do producenta sprzętu z wnioskiem o udzielenie wiarygodnej informacji dotyczącej funkcjonalności oprogramowania, mimo że posiadał taką możliwość. W miejsce powyższego, oparł się prawdopodobnie na informacjach z innych źródeł, które niestety okazały się nieprecyzyjne lub mylące.

W sprawie wydaje się zatem niesporne, że zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie (urządzenie z odpowiednim oprogramowaniem) nie jest sprzeczne z treścią **SIWZ**.

W rozmowie telefonicznej producent potwierdził prawidłowość stanowiska wykonawcy i odwołujący pozyska pismo producenta stwierdzające poprawność swojej oferty.

Sporne może zostawać to, czy wykonawca składając wyjaśnienia dokonał niedozwolonego rozszerzenia (modyfikacji, zmiany) treści oferty.

## **2. Naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp**

Zgodnie z **art. 87 ust. 1 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 treści oferty.

Formularz ofertowy wykonawcy zawierał stwierdzenie, że zaoferowany produkt będzie dostarczony „wraz z niezbędnym oprogramowaniem”, a załączona do oferty specyfikacja techniczna zawierała OPIS PARAMETRÓW (zgodnie z wymogiem **SIWZ**).

Zamawiający mógł nabrać wątpliwości czy zaoferowany produkt spełnia wymagania **SIWZ** (co wynikało z zaoferowania produktu Catalyst 3850 48 Port Full PoE LAN, który w tzw. półkowej specyfikacji, wg danych na niektórych stronach internetowych, może nie spełniać parametrów **SIWZ**).

Wykonawca to zagadnienie jednak przekonywująco wyjaśnił i nie wyszedł poza pojęcie „niezbędnego oprogramowania”, które wskazał już pierwotnie w formularzu ofertowym. Nie dodał również swoimi wyjaśnieniami żadnej nowej funkcjonalności (parametru) do specyfikacji technicznej stanowiącej część składową oferty.

## **3. Naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp**

Zgodnie z **art. 91 ust. 1 Pzp**, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji.



Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił, że oferta wykonawcy jest zgodna z **SIWZ**, to nie mógłby nie wybrać jej jako najkorzystniejszej, ponieważ była najtańsza (kryterium cena – 100% – por. **ust. 22.2 SIWZ**).

Konsekwencją niezasadnego odrzucenia oferty było zatem również naruszenie powołanego przepisu.

#### **4. Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**

Zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił, że oferta wykonawcy jest zgodna z **SIWZ** i nie odrzucił tej oferty, to nie istniałaby przesłanka do zastosowania **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**, ponieważ oferta z najkorzystniejszą ceną (oferta odwołującego) nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

#### **5. Uzasadnienie żądań odwołania**

Wykonawca domaga się:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

– ponieważ tylko takie czynności zapewnią skuteczność odwołania. Zgodnie z **art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp**, uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Wskazane żądania mieszczą się w dyspozycji powołanego przepisu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **25.07.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **28.07.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego (dowód nr 1) w postaci wydruku specyfikacji technicznej, gdzie w pkt 1.5 jest wskazany odpowiedni numer licencji,**

**który spełniałby funkcjonalności wymagane przez zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby **pierwszy** zarzut – naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy treść oferty była zgodna z treścią SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie pkt 20 str. 24 specyfikacji zamawiający wymagał dostawy przełączników dostępowych cyt. »Urządzenie musi zapewniać możliwość routingu statycznego i dynamicznego dla IPv4 i IPv6 (minimum protokół RIP). Urządzenie musi zapewniać możliwość rozszerzenia funkcjonalności o wsparcie dla zaawansowanych protokołów routingu IPv4 (OSPF/BGP) i IPv6 (OSPFv3), funkcjonalności Policy-Based routingu i routingu multicast (PIM-SM, PIM-SSM) przez zakup odpowiedniej licencji lub wersji oprogramowania – bez konieczności dokonywania zmian sprzętowych«.

Ponadto zamawiający żądał w **cz. I ust. 9.9 SIWZ** aby wykonawca przedstawił w ofercie szczegółową specyfikację techniczną oferowanych urządzeń zawierającą co najmniej nazwę producenta, model oferowanych urządzeń opis co najmniej wszystkich parametrów wskazanych przez zamawiającego.

Odwołujący w formularzu ofertowym, złożonym przed upływem terminu składania ofert – 29.05.2014 r., w kolumnie 2 wierszu 2, dotyczącym „przełączników dostępowych wraz z kablami współdzielącymi zasilanie o długości 3 m”, wskazał, że oferuje: „Cisco Catalyst 3850 48 Port Full wraz z niezbędnym oprogramowaniem, okablowaniem oraz wyposażeniem”. Następnie w szczegółowej specyfikacji technicznej odwołujący wskazał, że oferuje

przełączniki dostępne Cisco Systems Cisco Catalyst 3850 48 Port Full PoE LAN Base (symbol producenta: WS-C3850-48F-L), z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym (modułem portów, wkładkami SFP, SFP+) oraz okablowaniem komunikacyjnym. Odwołujący w treści specyfikacji przepisał całą treść OPZ zamieszczoną w SIWZ. Zamawiający uznał, że ze wskazanej w specyfikacji technicznej nazwy produktu wynika bezpośrednio, że odwołujący zaoferował przełącznik dostępowy Cisco Catalyst 3850 48 Port Full wraz z oprogramowaniem Lan Base, co dodatkowo zostało potwierdzone symbolem oferowanego urządzenia, tj. „WS-C3850-48F-L”.

Zamawiający podczas badania ofert stwierdził (po porównaniu ze stronami internetowymi producenta), że przełącznik z oprogramowaniem Lan Base nie spełnia wymagań odnośnie przełączników dostępowych opisanych w cz. I ust. 2 pkt 20 i 22 oraz pkt 10 lit. a specyfikacji (OPZ).

Dopiero na etapie wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, odwołujący wskazał możliwość spełniania wszystkich funkcjonalności żądanych przez zamawiającego dzięki zastosowaniu oprogramowania i licencji.

Zdaniem składu orzekającego Izby, w związku z tym, że oferowane urządzenie może spełniać wymagania zamawiającego dopiero z odpowiednim oprogramowaniem i licencjami staje się oczywiste, że wykonawca powinien to wykazać w ofercie, mimo że zamawiający w specyfikacji wymagał tylko wyspecyfikowania cech sprzętu. Skoro bez niezbędnych dodatkowych licencji oferowanych przez producenta urządzenie nie będzie spełniać wymogów zamawiającego, to samo wyspecyfikowanie nazwy producenta, modelu oferowanych urządzeń opisu wszystkich parametrów wskazanych przez zamawiającego nie może być uznane za spełniające wymogi zamawiającego, gdyż samo zadeklarowanie przez odwołującego odpowiednich funkcjonalności jest gołosłowne i dopiero po wykazaniu zastosowania odpowiedniego oprogramowania w ofertowanym urządzeniu może być uwzględnione przez zamawiającego. Jednocześnie dopiero takie wykazanie sprzętu i oprogramowania może być podstawą do żądania przez zamawiającego wykonania odpowiedniej dostawy w przyszłej umowie.

Z tych względów skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający podstawnie odrzucił ofertę odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i dlatego zarzut pierwszy naruszenia tego przepisu przez zamawiającego nie może być uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby **drugi** zarzut – naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** przez uznanie, że uwzględnienie wyjaśnień wykonawcy złożonych 20.06.2014 r. prowadziło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, że jego ofertę można wyjaśnić i to wyjaśnienie spowoduje, że zamawiający będzie mógł mieć pewność co do zakresu zamówienia. Jednak odwołujący nie

wziął pod uwagę znaczenia przepisu art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Cały przepis art. 87 ust. 1 Pzp brzmi »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«. Ponadto art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona« i zgodnie z tym przepisem także nie można poprawić w ofercie odwołującego tak daleko idących zmian, gdyż mogłoby to być poczytane za przekroczenie uprawnień zamawiającego do poprawy innych omyłek. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że **drugi** zarzut – naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby **trzeci** zarzut – naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy przy przyjętych kryteriach oceny ofert (cena 100%), oferta ta była ofertą najkorzystniejszą – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę odwołującego z przyczyn wskazanych wyżej. Dlatego nie mógł wybrać oferty, która została odrzucona. W związku z tym zamawiający nie naruszył przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«, gdyż podczas oceny ofert oferta odwołującego już była odrzucona, jako że zamawiający, zgodnie z art. 20 ust. 1 Pzp, który brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do [2] badania i [3] oceny ofert« najpierw ocenia spełnienie warunków, następnie bada oferty w zakresie spełnienia wymagań przez oferowane produkty, a na końcu dokonuje oceny ofert wybierając ofertę najkorzystniejszą.

Z powyższych względów zdaniem składu orzekającego Izby odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp i dlatego zarzut trzeci nie może zostać uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby **czwarty** zarzut – naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** przez niezasadne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy brak było ku temu przesłanek – w szczególności istniała przynajmniej jedna oferta (odwołującego) niepodlegająca odrzuceniu, której wyboru można było dokonać, a która nie przekraczała

kwoty, jaką zamawiający zamierzał i mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie dowiódł, że zamawiający niezgodnie z przepisami w postępowaniu odrzucił wszystkie oferty, a zawłaszcza ofertę odwołującego. Zamawiający w fazie oceny ofert nie dysponował żadnymi ofertami i w związku z tym miał obowiązek unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3«, gdyż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co zostało wykazane wyżej.

W związku z tym zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty odwołującego i następnie porównywać cen najkorzystniejszej oferty i kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż zamawiający nie dysponował już żadną ofertą. Wobec tego skład orzekający Izby musi stwierdzić, że zarzut czwarty również nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....