

**Sygn. akt: KIO 1728/14**

**Sygn. akt: KIO 1730/14**

**WYROK**  
**z dnia 8 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2014 r. przez Odwołujących –

- a) Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Reduta 5, 31-421 Kraków (sygn. akt KIO 1728/14)
- b) Advanced Business System Sp. z o.o., ul. Płk Dąbka 8, 30-732 Kraków (sygn. akt. KIO 1730/14),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu, ul. Piastowska 14, 45-082 Opole

przy udziale Wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- a) OPTeam S.A., Tajęcina 113, 36-002 Jasionka (w postępowaniu o sygn. akt KIO 1728/14)
- b) Maxto Sp. z o.o. S.K.A., Ul. Reduta 5, 31-421 Kraków (w postępowaniu o sygn. akt. KIO 1730/14)
- c) OPTeam S.A., Tajęcina 113, 36-002 Jasionka (w postępowaniu o sygn. akt. KIO 1730/14)

**orzeka:**

1. oddala odwołanie wniesione przez Odwołującego Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Reduta 5, 31-421 Kraków (sygn. akt KIO 1728/14)
  
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Maxto Sp. z o.o. S.K.A., (ul. Reduta 5, 31-421 Kraków), i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Maxto Sp. z o.o. S.K.A., (ul. Reduta 5, 31-421 Kraków) tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego - Maxto Sp. z o.o. S.K.A., (ul. Reduta 5, 31-421 Kraków), na rzecz Zamawiającego – Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu, ul. Piastowska 14, 45-082 Opole, kwotę 1 973 zł 00 gr (słownie: tysiąc dziewięćset siedemdziesiąt trzy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty zakwaterowania.
3. uwzględnia odwołanie wniesione przez Odwołującego Advanced Business System Sp. z o.o. (ul. Płk Dąbka 8, 30-732 Kraków) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy OPTeam S.A. (Tajęcina 113, 36-002 Jasionka); w zakresie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego Advanced Business System Sp. z o.o. oddala odwołanie (sygn. akt KIO 1730/14).
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu, (ul. Piastowska 14, 45-082 Opole) i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Advanced Business System Sp. z o.o., (ul. Płk Dąbka 8, 30-732 Kraków) tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od Zamawiającego - Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu, (ul. Piastowska 14, 45-082 Opole) na rzecz Odwołującego – Advanced Business System Sp. z o.o., (ul. Płk Dąbka 8, 30-732 Kraków) kwotę 18 075 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Opolu**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

### Sygn. akt 1728/14

Zamawiający Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę urządzeń i oprogramowania do Centrum Przetwarzania Danych (CPD) Jednostek Administracji Rządowej (JAR) w Opolskim Urzędzie Wojewódzkim, zakup urządzeń do bezpiecznej komunikacji pomiędzy CPD a JAR, przeprowadzenie specjalistycznych szkoleń dla administratorów na potrzeby projektu „Upowszechnienie e-usług świadczonych przez administrację publiczną w województwie opolskim. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 109-191811 w dniu 7 czerwca 2014 r.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, polegających na: odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo iż oferta odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego; wyborze jako najkorzystniejszej oferty OPTeam S.A.

Zarzucił Zamawiającemu iż podejmując ww. czynności, naruszył w szczególności następujące przepisy: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a Odwołujący wykazał, iż oferowany przedmiot spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego; z ostrożności – art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków przedmiotowych, art 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z odrzuceniem odwołania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z § 23 pkt 2 SIWZ, w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą Deklarację Zgodności „Conformité Européenne” CE dotyczącą oferowanych urządzeń, w tym Przełącznika KVM wraz z konsolami.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2014 r. wystosował do Odwołującego pismo z prośbą o uzupełnienie oferty m.in. o deklaracje zgodności CE dotyczące przełącznika KVM wraz z konsolami. Odwołujący w dniu 29 lipca 2014 r. dokonał czynności uzupełnienia.

W dniu 13 sierpnia 2014 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując, że Odwołujący nie przedstawił deklaracji zgodności CE do zaoferowanych w ofercie urządzeń, tj. przełącznika KVM-ATEN KH1516Ai oraz konsoli CL1000M, gdyż załączone deklaracje CE dotyczą modelu przełącznika KH1516i oraz konsoli CL1000N i CL1000.

W efekcie tych ustaleń Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści siwz i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy OPTeam S.A.

Odwołujący przedłożył Zamawiającemu deklaracje zgodności dla produktów: przełącznika CAT-5 High-Densitiv KVM OVER THE NET oraz konsoli LCD Console. Produkty te były wskazane w ofercie Odwołującego. W treści deklaracji literalnie nie zostały wpisane oznaczenia modelu zaoferowanego przez Odwołującego produktu. Jednak zdaniem Odwołującego, nie oznacza to, iż załączone dokumenty nie dotyczą zaoferowanych urządzeń.

Zgodnie z wiedzą Odwołującego załączone w uzupełnieniu dokumenty odpowiadają urządzeniom wskazanym w ofercie. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił informację od producenta ww. urządzeń, iż z uwagi na fakt, iż przełączniki KH1516Ai i KH1516i należą do jednej rodziny produktów to certyfikat zgodności CE wystawiony dla któregośkolwiek z produktów dotyczy całej rodziny produktów KH1516. Tym samym deklaracja zgodności wystawiona dla modelu KH1516i jest właściwa dla modelu KH1516Ai. Tożsamą informację Odwołujący otrzymał w zakresie konsoli CL1000M.

Odwołujący przedstawił jako dowód oświadczenie producenta dot. przełącznika (wraz z tłumaczeniem), oświadczenie producenta dot. konsoli (wraz z tłumaczeniem).

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z art. 5 pkt 10 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 138, poz. 935) przez deklarację zgodności - należy rozumieć oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami. Tym samym to producent lub jego przedstawiciel (czyli podmiot działający w jego imieniu) wystawia deklarację zgodności. Tym samym nie powinno budzić wątpliwości, iż jest to jedyny podmiot, który może dokonać interpretacji treści i zakresu tej deklaracji.

W ocenie Odwołującego informacja producenta w tej sprawie jest przesądzająca. Jeżeli Zamawiający na etapie badania ofert powziął wątpliwość, co do prawidłowości złożonych dokumentów to powinien w pierwszej kolejności wezwać Odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Tego jednak nie uczynił.

Odwołujący podkreślał, że zaoferowane urządzenia spełniają postawione przez Zamawiającego wymogi, co zostało przez Odwołującego wykazane odpowiednimi dokumentami. Tym samym oferta Odwołującego odpowiada treści siwz, a Zamawiający bezprawnie odrzucił jego ofertę powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty Odwołującego, dokonując czynności odrzucenia jego oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty OPTeam S.A. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu przełącznik KVM Cat-5 High-Density model KH1516Ai oraz konsolę model CL1000M. W wyniku uzupełnienia dokumentów, Odwołujący dołączył deklarację zgodności z 22 sierpnia 2008 roku, w której wskazano na zgodność z wymaganiami określonych norm modelu przełącznika KVM Cat-5 High-Density model KH1516i.

Nadto Odwołujący załączył również deklarację zgodności z 11 lipca 2013r., w której wskazano na zgodność z wymaganiami określonych norm modelu CL1000 i CL1000N.

Do odwołania Odwołujący załączył oświadczenie firmy Aten (oznaczone jedynie znakiem o nieznanej treści), skierowane do wszystkich zainteresowanych, zgodnie z treścią którego: „Firma ATEN International Co. Ltd. stwierdza, że modele konsoli KVM: CL1000M i CL1000N należą do jednej rodziny produktów tj. CL1000. Aten stwierdza również, że deklaracja CE dla któregośkolwiek z produktów CL1000 dotyczy całej rodziny produktów CL1000. W związku z tym – deklaracja CE dla CL1000 i CL1000N jest również przeznaczony dla CL1000M.”

Do odwołania Odwołujący załączył także kolejne oświadczenie firmy Aten (oznaczone jedynie znakiem o nieznanej treści), skierowane do wszystkich zainteresowanych, zgodnie z treścią którego: „Firma ATEN International Co. Ltd. stwierdza, że modele przełączników KVM: KH1516Ai and KH1516i należą do jednej rodziny produktów KH 1516. Aten stwierdza również, że deklaracja CE dla któregośkolwiek z produktów KH1516 dotyczy całej rodziny produktów KH1516. W związku z tym deklaracja CE dla KH1516i jest również przeznaczony dla KH1516Ai.”

W trakcie rozprawy Przystępujący OPTeam S.A. przedstawił dokument w języku angielskim – deklarację zgodności CE z 09 maja 2012 roku, w której widnieje model KH1516Ai. Nadto załączył deklarację zgodności w języku angielskim z 22 sierpnia 2008 roku, w której widnieje model CL1000M.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie podniósł, że deklaracja CE uzupełniona przez Odwołującego w wyniku uzupełnienia dokumentów pochodzi z 2008 roku, podczas gdy zaoferowany przełącznik KH1516Ai jest dostępny jako nowość od 2012 roku. Zdaniem Zamawiającego, nie można zgodzić się, że deklaracja CE wystawiona dla modeli istniejących w 2008 roku jest dokumentem potwierdzającym zgodność CE dla modelu, który wówczas nie istniał, gdyż deklaracja z 2008 roku jest prawdziwa na datę wystawienia dokumentu i nie zawiera oświadczenia, jakoby przyszłe nieistniejące w dacie wystawienia

deklaracji modele należące do tej samej rodziny, można uznać za zgodne z przepisami CE na podstawie dokumentu z 2008 roku.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

### **Sygn. akt 1728/14**

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał spełnienia wymagań przedstawionych w postępowaniu.

Odwołujący nie załączył do oferty wymaganych w treści SIWZ dokumentów. Nadto, na wezwanie Zamawiającego przedstawił dokumenty, jednakże z ich treści wynikało, że dotyczą one innych modeli niż zaoferowane w treści oferty. Odwołujący zaoferował model przełącznika KH1516Ai, zaś załączył dokument deklaracji zgodności dla modelu KH1516i. Zaoferował konsolę CL1000M, załączył zaś dokument deklaracji zgodności dla modelu CL1000 i CL1000N. Załączone dokumenty dotyczą więc innych modeli urządzeń, niż zaoferowane w ofercie. Zamawiający w ocenie Izby nie był zobowiązany do wyjaśniania dokumentów załączonych przez Odwołującego. Treść dokumentów była czytelna i nie wymagała wyjaśnień. Z treści dokumentów nie wynikała zgodność modelu oferowanego z poszczególnymi normami. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania czynności wyjaśnień w sytuacji, gdy istnieją niejasności w treści oferty, nie zaś w sytuacji, gdy wykonawca przedstawia w wyniku uzupełnienia dokumenty, które nie odpowiadają dokumentom wymaganym przez Zamawiającego lub nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie naruszył artykułu 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący Maxto sp. z o.o. S.K.A. nie

dostarczył właściwych dokumentów, choć miał możliwość uzyskania ich od producenta zaoferowanych urządzeń ATEN.

Dokument wystawiony na konkretne modele urządzeń z 2008 roku nie może dotyczyć modelu z 2012 roku.

Wykonawca powinien przedstawić na żądanie Zamawiającego wyrażone w treści SIWZ dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań przez oferowane dostawy lub usługi. To na Odwołującym spoczywał obowiązek przedstawienia wymaganych dokumentów w ofercie lub na wezwanie Zamawiającego. To bowiem Wykonawca jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, że spełnia wymagania SIWZ. Udowodnienie takie powinno nastąpić na chwilę składania ofert, lub najpóźniej w dniu uzupełnienia dokumentów (ale z datą odpowiadającą chwili składania ofert). Odwołujący nie załączył dokumentów ani do oferty, ani nie uzupełnił ich na wezwanie Zamawiającego. Dokument, który Odwołujący załączył na wezwanie Zamawiającego, nie dotyczył modeli urządzeń zaoferowanych w ofercie, tj. przełącznika KH1516Ai oraz konsoli CL1000M. Oświadczenie producenta o zgodności zaoferowanych modeli z określonymi normami również nie zostało przedłożone na wezwanie Zamawiającego. Dokumenty takie załączono dopiero w trakcie procedury odwoławczej, jednakże również i te dokumenty nie potwierdzają spełnienia wymagań określonych w postępowaniu. Jak wskazano powyżej, a co wynika z treści przedstawionych przez Odwołującego deklaracji, wskazano w nich inne modele urządzeń, niż zaoferowane w treści oferty Odwołującego. Zamawiający wykazał (a Odwołujący okoliczności tej nie zaprzeczył), że deklaracja CE uzupełniona przez Odwołującego w wyniku uzupełnienia dokumentów, pochodzi z 2008 roku, podczas gdy zaoferowany przełącznik KH1516Ai jest dostępny jako nowość od 2012 roku. Zatem deklaracja CE wystawiona dla modeli istniejących w 2008 roku nie jest dokumentem potwierdzającym zgodność CE dla modelu, który wówczas nie istniał, gdyż deklaracja z 2008 roku jest prawdziwa na datę wystawienia dokumentu i nie zawiera oświadczenia, jakoby przyszłe, nieistniejące w dacie wystawienia deklaracji modele należące do tej samej rodziny, można uznać za zgodne z przepisami CE na podstawie dokumentu z 2008 roku. Należy także podkreślić, że wszyscy wykonawcy wskazywali na różnice pomiędzy urządzeniami, urządzenia nie są tożsame i zawierają różnice (dotyczące chociażby wielkości monitora). Tym samym Odwołujący nie wykazał (w ofercie i na wezwanie Zamawiającego) spełnienia wymagań w postępowaniu.

Przystępujący OPTeam S.A. wykazał, że istnieją odrębnie wystawione deklaracje CE dla zaoferowanych: przełącznika oraz konsoli. Przystępujący przedstawił dokument CE dla przełącznika KH1516Ai oraz konsoli LCD CL1000M. Nawet, gdyby uznać, że dokumenty te zostały złożone w języku angielskim (i z tego powodu nie powinny zostać załączone do



materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu), to w ocenie Izby istnieje możliwość weryfikacji modelu wskazanego w deklaracji. Tym samym wykazane zostało, że Odwołujący miał możliwość przedstawienia zarówno w ofercie, jak i na wezwanie Zamawiającego, wymagane w treści SIWZ dokumenty – deklaracje zgodności dla zaoferowanego przełącznika i konsoli, czego Odwołujący nie uczynił. Nie udowodnił więc Zamawiającemu i nie wykazał w trakcie badania i oceny ofert, że oferowane przez niego dostawy spełniają warunki SIWZ i że przez to jego oferta jest zgodna z SIWZ.

### **Sygn. akt KIO 1730/14**

Odwołujący: Advanced Business Systems sp. z o.o. wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru oferty OPTeam S.A. oraz polegających na odrzuceniu oferty Advanced Business Systems sp. z o.o., a także od niezgodnego z prawem zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty OPTeam S.A. z siedzibą w Tajęcinie ze względu na niezgodność oferty OPTeam S.A. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, w związku z art. 29 ust. 1, art 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. Nr 907 z późn. zm.) poprzez odrzucenie oferty Advanced Business Systems sp. z o.o. (zwanej dalej także „Odwołującym”) w sytuacji gdy oferta ta była w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz z uwzględnieniem tego, że przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, a także poprzez dokonywanie przez Zamawiającego nieuprawnionej interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącej do sprzecznej z prawem zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia przeprowadzanej po upływie terminu składania ofert; naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. Nr 907 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPTeam S.A. z siedzibą w Tajęcinie, pomimo tego, że oferta ta jest sprzeczna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a to w szczególności jest sprzeczna z punktami: punktu 2.1, sekcja „płyta główna” podpunkt 2 „złącza: min. 6x USB 2.0”, Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będącego Załącznikiem nr 2 do SIWZ,

punktu 2.16 sekcja „monitoring” podpunkt 1 „Odczyt dzienników zdarzeń z wielu serwerów”, Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będącego Załącznikiem nr 2 do SIWZ, punktu 4.2 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będącego Załącznikiem nr 2 do SIWZ - Organizacja Szkoleń z dostarczonego rozwiązania do wirtualizacji - Firma VMware, punktu 4.3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będącego Załącznikiem nr 2 do SIWZ - Organizacja szkoleń z dostarczonego rozwiązania do przechowywania danych (macierz) - firma EMC, punktu 4.4 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będącego Załącznikiem nr 2 do SIWZ - Organizacja szkoleń z dostarczonego rozwiązania do wykonywania kopii zapasowych - firma EMC, punktu 4.5 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będącego Załącznikiem nr 2 do SIWZ - Organizacja szkoleń z dostarczonego rozwiązania do zestawienia bezpiecznych połączeń sieciowych (firewall) - firma Fortinet; naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców, co przejawiało się tym, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego pomimo braku przesłanek do odrzucenia, oraz jednocześnie zaniechał odrzucenia oferty OPTeam S.A. pomimo tego, że oferta OPTeam S.A. jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto pomimo tego, że oferta OPTeam S.A. oferowała warunki wykonania zamówienia, które w przypadku oferty Odwołującego zostały potraktowane jako przyczyna jej odrzucenia; naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez wybranie oferty OPTeam S.A., która podlega odrzuceniu, oraz nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu kryteriów oceny ofert oraz jest droższa o 514 795,70 zł.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Advanced Business Systems sp. z o.o., nakazanie odrzucenia oferty OPTeam SA, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert.

Oferta Odwołującego została odrzucona. Zdaniem Zamawiającego treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający podał, że zaferowana przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym poz. 16 tabeli Microsoft - System Center Standard 2012 ogranicza możliwość zarządzania do dwóch środowisk systemu operacyjnego (OSE), natomiast dołączone licencje klient Management Suite w liczbie 25 sztuk są to licencje do zarządzania klientami. W związku z powyższym w opinii Zamawiającego oprogramowania Microsoft System Standard 2012 with Client Management Suite zaproponowane przez Wykonawcę jako element do zarządzania i monitoringu serwerów nie spełnia wymogów określonych w SIWZ przez Zamawiającego.

Odwołujący opisał w wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu:

„Ze względu na fakt, że formularz ofertowy nie pozwalał na podanie różnych typów licencji klienckich z podaniem ich ilości - ilość licencji została zapisana tak jak zostało przedstawione w formularzu ofertowym, gdyż zmiana formularza ofertowego mogłaby skutkować wykluczeniem Oferenta z postępowania, Oferent dostarczy w liczbie 25 szt. licencji klienckich/dostępowych, 6 (słownie sześć) sztuk licencji „Microsoft System Center 2012 ML Standard” ponieważ tyle serwerów fizycznych jest dostarczanych w niniejszym postępowaniu (serwery dwuprocessorowe - wystarcza jedna licencja na serwer) i 19 (słownie dziewiętnaście) licencji „Client Management Suite” do monitorowania pozostałych urządzeń będących przedmiotem niniejszego postępowania, a wyspecyfikowanych w Załączniku 2 punkt 2.”

Z wyjaśnienia tego zdaniem Odwołującego wynika, że zaproponowane przez Odwołującego licencje w zakresie do konfiguracji dostarczanych serwerów, w zakresie fizycznej instalacji systemów operacyjnych (określanych w nomenklaturze firmy Microsoft jako OES), nie posiada żadnych ograniczeń, a w wypadku instalacji wirtualnych Instancji systemów operacyjnych (wirtualne OSE) posiadają ograniczenie do dwóch wirtualnych OSE przypadających na jeden fizyczny serwer. Odwołujący podkreślił, że oferowane licencje nie posiadają ograniczeń pod kątem rozbudowy, czyli jeśli Zamawiający miałby w przyszłości za pomocą tego oprogramowania zarządzać większą ilością wirtualnych OSE uruchomionych na danym fizycznym serwerze, musi jedynie dokupić odpowiednią ilość licencji klienckich „Microsoft System Center 2012 ML Standard” lub „Microsoft System Center 2012 ML Datacenter”, w zależności od ilości zarządzanych wirtualnych OSE.

W dalszej części uzasadnienia oświadczenia o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający oświadczył, że zgodnie z zapisami w punkcie 2.16 Załącznika nr 2 do SIWZ - OPZ Zamawiający wymagał aby zaoferowane przez Wykonawców oprogramowanie pozwalało na monitorowanie zarządzanie całym środowiskiem opisanym w punkcie 2 Załącznika nr 2 do SIWZ - OPZ. Zdaniem Zamawiającego, punkt 2 Załącznika nr 2 obejmował swym zakresem: dostawę i wdrożenie całości sprzętu i oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym w opinii Zamawiającego system zarządzania i monitoringu winien obejmować także swym zasięgiem element wymieniony w punkcie 2.11 Załącznika nr 2 do SWIZ - OPZ tj. system operacyjny Microsoft Windows Server 2012 R2 Datacenter (4 szt), który zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego winien umożliwiać zainstalowanie nieograniczonej liczby wirtualnych systemów operacyjnych na fizycznym serwerze z pkt 2.11.

Zamawiający podał też, że oprogramowanie Microsoft System Center Standard 2012 with Client Management Suite zaoferowane przez Wykonawcę posiada - wg. uzyskanych przez

Zamawiającego informacji ze stron internetowych Microsoft - ograniczenie w zakresie liczby zarządzanych środowisk systemu operacyjnego (tzw. OSE).

Z wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 6 sierpnia b.r. wynika, że Odwołujący w ramach złożonej oferty dostarczy wyłącznie 6 sztuk licencji Microsoft System Center 2012 ML Standard co wg Wykonawcy odpowiada sześciu 2-procesorowym serwerom fizycznym dostarczonym w ramach niniejszego postępowania.

Zdaniem Zamawiającego, zaoferowany Microsoft System Center 2012 ML Standard posiada ograniczenia licencyjne uwarunkowane liczbą obsługiwanych systemów operacyjnych. Biorąc pod uwagę fakt, że wśród licencji systemów operacyjnych, które Wykonawca winien dostarczyć w ramach przedmiotowego postępowania był także Microsoft Windows Server 2012 R2 Datacenter opisany w punkcie 2.11 Załącznika nr 2 do SIWZ OPZ, który zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ (Licencja pozwalająca na monitorowanie i zarządzania całym środowiskiem opisanym w punkcie 2 OPZ, w tym monitorowania nieograniczonej liczby wirtualnych systemów operacyjnych) przez Zamawiającego ma umożliwiać instalowanie nieograniczonej liczby wirtualnych systemów operacyjnych, zaoferowany produkt Microsoft System Center 2012 ML Standard nie spełnia wymogu stawianego przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, ponieważ oferta ta była zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Punkt 1 OPZ świadczy o tym, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określił ścisłą i zamkniętą listę podmiotów, których dotyczy to zamówienie, a liczba tych podmiotów nie przekracza ilości licencji oferowanych przez Odwołującego. Przedmiot zamówienia odnosił się do konkretnych 13 podmiotów.

Zamawiający specyfikując w punkcie 16 OPZ wymogi co do systemu monitoringu, nie odnosi się do wirtualnych systemów operacyjnych, ani do tzw. wirtualnych maszyn. W ocenie Odwołującego, w punkcie 2.16 OPZ Zamawiający określił charakterystykę systemu do zarządzania i monitoringu serwerów, ujmując ją w 15 punktach. Jednocześnie w punkcie 2.15 OPZ Zamawiający specyfikuje wymogi co do systemu zarządzania wirtualnymi maszynami (punkt 2.15 OPZ dotyczący dostawy licencji oprogramowania do wirtualizacji wraz z oprogramowaniem do zarządzania środowiskiem wirtualnym).

Odwołujący podkreślał, że z zapisów punktów 2.15 i 2.16 OPZ wynika, że Zamawiający traktuje rozdzielnie zarządzanie środowiskiem wirtualnym (punkt 2.15) i zarządzanie i monitoring serwerów w oczywistym domyśle „fizycznych urządzeń” (załącznik 2 punkt 2.16).

Określany przez Zamawiającego w punkcie 2.16 opis wymogów dla systemu monitoringu zarządzania dotyczy infrastruktury fizycznej i wiąże się z faktem, że wirtualne instancje OSE są uruchamiane na urządzeniach nazywanych wirtualnymi serwerami.

Odwołujący wskazywał, że podobnie sytuacja wygląda w wypadku monitorowania opisanego w punkcie 2.16 OPZ w sekcji „Monitorowanie” w punkcie 9 „Monitorowanie fizycznych parametrów środowiska (...)”. Każda wirtualna instancja OSE posiada wirtualny procesor lub procesory, ale nie istnieje techniczna możliwość monitorowania ich temperatury, więc w punkcie 2,16 OPZ wymogi określają monitoring fizycznej Infrastruktury, a nie infrastruktury wirtualnej, ponieważ również w tym wypadku nie można wybiórczo traktować wymogu, że procesor fizyczny ma mieć monitorowaną temperaturę procesora, a w wypadku wirtualnego procesora taki wymóg nie może z technicznych przyczyn w wypadku oprogramowania VMware vSphere 5 Standard być spełniony.

Zdaniem Odwołującego określone wymogi punktu 2.16 OPZ dotyczą wyłącznie sprzętu fizycznego, a nie wirtualnego, bo w przypadku sprzętu wirtualnego jego monitorowanie według wytycznych punktu 2.16. jest technicznie niemożliwe. Z tego względu Odwołujący uznał, że Zamawiający błędnie ocenił, że oferta Odwołującego nie spełnia SIWZ w punkcie 2.16. OPZ, wymagając, aby ta licencja robiła dokładnie to co jest wymagane dla oprogramowania opisanego w (załącznik 2 punkt 2.15).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający na obecnym etapie próbuje dokonać interpretacji SIWZ, która w istocie jest próbą sprzeczną z prawem modyfikacji SIWZ.

Nadto Odwołujący wskazał, że sugestia Zamawiającego, że rzekomo w punkcie 2.11. OPZ opisał swoje środowisko składające się z „nieograniczonej liczby wirtualnych systemów operacyjnych”, jest niezgodne z prawdą, ponieważ w tym punkcie Zamawiający definiuje jedynie maksymalne i nieskonkretyzowane teoretyczne parametry dotyczące jednego z elementów przedmiotu dostawy, a forsowanie przez Zamawiającego interpretacji odnoszącej ten zapis do całego środowiska będącego przedmiotem zamówienia ma znamiona nieuprawnionej zmiany SIWZ dokonywanej na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, co jest naruszeniem Ustawy, a w szczególności narusza art 38 ust. 4 zdanie pierwsze Ustawy, który stanowi, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę treść OPZ oraz art. 29 ust. 1 Ustawy należy też podnieść, że wykonawca (w tym Odwołujący) nie ma obowiązku dostarczenia rozwiązania które nie jest opisane w SIWZ, oraz spełniania wymogów w zakresie nieokreślonych w SIWZ parametrów maksymalnych. Wykonawca ma spełnić konkretne parametry minimalne

stawiane przed opisanym przez Zamawiającego systemem, które są wprost i konkretnie opisane w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że odrzucenie jego oferty nastąpiło w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, w związku z art. 29 ust. 1, art. 7 ust. 1 oraz art. 38.

Odwołujący podniósł także zarzuty dotyczące oferty Wykonawcy OPTeam S.A.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami SIWZ płyta główna miała posiadać między innymi „złącza 6x USB 2.0”. Wykonawca OPTeam S.A. zaoferował serwer Dell PowerEdge R720. Odwołujący podniósł zarzut, że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż zaoferowany serwer posiada jedynie 5 złączy USB, co wynika ze specyfikacji technicznej tego serwera. Odwołujący podkreślił, że złącze, które nosi nazwę „USB 2.0 IDSDM” znajduje się wewnątrz serwera i służy wyłącznie do montażu karty flash/SD, która jest urządzeniem traktowanym jako nośnik danych (dysk), a która może być wykorzystana jako nośnik/dysk startowy dla serwera.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ produkt zaoferowany przez firmę OPTeam S.A. nie spełnia wymogów określonych w OPZ.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca OPTeam SA. zaoferował licencję oprogramowania „op5 Monitor Enterprise – 25 IP”, w tym 25 sztuk licencji „darmowe”. Odwołujący w wyniku konsultacji z dystrybutorem tego oprogramowania otrzymał informację, że oprogramowanie „OP5 Monitor Enterprise” do monitorowania funkcjonalności określonej przez Zamawiającego: „odczyt dzienników zdarzeń z wielu serwerów” (pkt 2.16 OPZ) potrzebuje drugiego produktu o nazwie „op5 Log Server Extention”, który jest oddzielnie licencjonowany i jest oddzielnym produktem.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca OPTeam S.A. „składając ofertę o obecnej treści, nie zaciągnął zobowiązania na dostarczenie koniecznego dodatkowego oprogramowania „op5 Log Server Extension”, które jest oddzielnym produktem, posiada np. oddzielną konsolę zarządzania, oddzielną licencję (nie musi być dostarczany w takiej samej ilości licencji jak produkt op5 Monitor), a licencje na ten produkt są w systemie licencyjnym liczone w sposób oddzielny.”

Jako dowód na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przedstawił stronę internetową firmy op5 AB (<http://www.op5.com/explore-op5-monitor/comparison-and->

[features/](#)) wydruk strony internetowej firmy op5 AB oraz korespondencję z dystrybutorem rozwiązania op5 Monitor.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający z jednej strony odrzucił ofertę Odwołującego, a jednocześnie przyjął ofertę Wykonawcy OPTeam S.A., która nie oferuje nielimitowanej ilości licencji do monitorowania systemów operacyjnych. Oferowane przez OPTeam S.A. oprogramowanie „op5 Monitor Enterprise 25 IP” pozwala na monitorowanie jedynie 25 urządzeń/systemów weryfikowanych po adresie IP danego urządzenia/OSE.

Jako kolejny argument Odwołujący podniósł niezgodność oferty OPTeam S.A. z treścią SIWZ, która dotyczy szkoleń objętych przedmiotem zamówienia i opisanych w OPZ.

Zamawiający w punkcie 4 OPZ wymaga przeprowadzenia specjalistycznych szkoleń, w tym autoryzowanych - szkoleń z takich produktów jak: 1) punkt 4.2 OPZ - Organizacja Szkoleń z dostarczonego rozwiązania do wirtualizacji - Firma VMware, punkt 4.3 OPZ - Organizacja szkoleń z dostarczonego rozwiązania do przechowywania danych (macierz) - firma EMC, punkt 4.4 OPZ - Organizacja szkoleń z dostarczonego rozwiązania do wykonywania kopii zapasowych - firma EMC, punkt 4.5 OPZ - Organizacja szkoleń z dostarczonego rozwiązania do zestawienia bezpiecznych połączeń sieciowych (firewall) - firma Fortinet.

Odwołujący podniósł, że w tych obszarach wszyscy wykonawcy zaoferowali dokładnie takie same rozwiązania tych samych producentów i żaden z wykonawców nie posiada autoryzacji producenta na przeprowadzenie autoryzowanych szkoleń.

Z powyższego powodu Odwołujący w swej ofercie zgodnie z życzeniem Zamawiającego, „Załącznik 1 Formularz Ofertowy, punkt IV, wskazał podwykonawców, którzy posiadają autoryzację i którzy w zakresie wymogu potencjał i doświadczenie pozwolą spełnić wymagania SIWZ. Wykonawca OPTeam S.A. w tym obszarze nie wskazał podwykonawców, co zgodnie z punktem IV SIWZ oznacza, że deklaruje wykonanie zamówienia w tym zakresie własnymi siłami, co w przypadku OPTeam S.A. jest niemożliwe, ponieważ nie posiada autoryzacji tych szkoleń.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca Opteam S.A. w uzasadnieniu (odpowiedź na pytanie Zamawiającego podał, że dostarczy szkolenia – ściślej vouchery. SIWZ wymaga przeprowadzenia szkoleń, a nie ich dostarczenia jako produktów.

Zdaniem Odwołującego, okoliczność ta także świadczy o sprzeczności oferty OPTeam z treścią specyfikacji i także oznacza, że oferta OPTeam S.A. powinna być odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i sprzecznie z zasadą równego traktowania wykonawców potraktował ofertę Odwołującego.

Zamawiający bezzasadnie i sprzecznie z prawem odrzucił ofertę Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający bezzasadnie i sprzecznie z prawem zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy OPTeam S.A., pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ, a w szczególności jest sprzeczna z załącznikiem nr 2 do SIWZ oraz z załącznikiem nr 6 do SWIZ.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób sprzeczny z zasadami, uczciwej konkurencji i sprzecznie z zasadą równego traktowania wykonawców niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z przyczyn, które występowały także w ofercie Wykonawcy OPTeam S.A.

Odwołujący podniósł, że zdaniem Zamawiającego, zaoferowany przez Odwołującego Microsoft System Center 2012 ML Standard posiada ograniczenia licencyjne uwarunkowane liczbą obsługiwanych systemów operacyjnych, co według Zamawiającego nie spełniało wymogów opisanych w punkcie 2.11 Załącznika nr 2 do SWIZ - OPZ, który zdaniem Zamawiającego ma umożliwiać instalowanie nieograniczonej liczby wirtualnych systemów operacyjnych, a zaoferowany przez Odwołującego produkt Microsoft System Center 2012 ML Standard nie spełnia wymogu stawianego przez Zamawiającego. Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, że powyższa przyczyna odrzucenia oferty jest niezasadna, a czynność odrzucenia oferty Odwołujących jest sprzeczna z prawem. Wskazał, że taka sama sytuacja wystąpiła w przypadku oferty Wykonawcy OPTeam S.A., który w swej ofercie zaproponował rozwiązanie op5 Monitor Enterprise 25 IP, pozwalające na monitorowanie i zarządzanie jedynie 25-ma systemami OSE (zarówno fizycznymi jak i wirtualnymi) jak również innymi urządzeniami Infrastruktury informatycznej umożliwiającymi monitorowanie i zarządzanie pod tzw. adresie IP, które również posiada ograniczenia licencyjne uwarunkowane liczbą obsługiwanych systemów operacyjnych.

O ile jednak takie warunki oferty w przypadku Odwołującego spowodowały odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego, to w przypadku OPTeam S.A. nie wywołały takiej czynności Zamawiającego, a co więcej, Zamawiający uznał ofertę OPTeam S.A. za najkorzystniejszą. Powyższe postępowanie Zamawiającego świadczy o tym, że Zamawiający złamał zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, czym naruszył przepis art. 7 ust. 1 Ustawy.

W ocenie Odwołującego, jego oferta została odrzucona przez Zamawiającego niezasadnie i sprzecznie z prawem. Ta okoliczność powoduje, że oferta Odwołującego powinna być brana pod uwagę przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, oferta Wykonawcy OPTeam S.A. powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, ponieważ jest sprzeczna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że oferta OPTeam S.A.



nie powinna być brana pod uwagę przy kwalifikacji ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, oraz nie powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. Dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty OPTeam S.A. jako najkorzystniejszej świadczy o naruszeniu przepisu art. 91 ust. 1, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy

W ocenie Odwołującego, decyzja Zamawiającego o wyborze oferty OPTeam S.A. droższej o kwotę 514 795,70 zł od oferty Odwołującego świadczy o tym, że powyższe działanie Zamawiającego będzie sprzeczne także z przepisem art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, który stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów miałyby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

#### **Sygn. akt KIO 1730/14**

W ocenie Izby zasługują na uwzględnienie zarzuty podniesione względem oferty Wykonawcy OPTeam S.A.

Izba ustaliła, że Wykonawca OPTeam S.A. zaoferował serwer Dell PowerEdge R720.

Wykonawca OPTeam S.A. przedstawił w trakcie rozprawy oświadczenie Dell sp. z o.o., w którym producent wskazał, że „ilość złączy dostępnych w serwerze z płyty głównej to: z przodu 2xUSB 2.0, z tyłu 2xUSB 2.0 i min. 2 dodatkowe porty USB 3.0 na dedykowanej karcie PCI, wewnątrz 1xUSB 2.0.”

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że Wykonawca OPTeam S.A. zaoferował serwer zawierający płytę główną, która nie posiada 6 złączy USB 2.0. Żadna ze stron, jak również Wykonawca OPTeam S.A. nie zaprzeczyli, że płyta główna serwera zaoferowanego przez

Wykonawcę OPTeam zawiera jedynie 5 złączy USB 2.0. oraz posiada także dodatkowe złącze, jednakże jest ono odmienne od pozostałych złączy, co potwierdza także odmienne jego oznaczenie (IDSMD). Co więcej, służy ono do innych zadań, niż pozostałe złącza USB 2.0. Zamawiający postawił wymagania posiadania przez płytę główną co najmniej 6 złączy USB 2.0, nie zaś złączy służących do innych celów, niż zwykle złącze USB 2.0. Z treści przedstawionego przez Wykonawcę OPTeam S.A. w trakcie rozprawy oświadczenia Dell sp. z o.o. z dnia 29 sierpnia 2014 r. wynika, że również producent DELL wskazał, że płyta główna posiada jedynie 5 złączy USB 2.0 (tj. z przodu 2xUSB 2.0, z tyłu 2xUSB 2.0 i wewnątrz 1xUSB 2.0.). Zatem również producent DELL nie zalicza złącza USB 2.0 IDSMD do zbioru pojęć „złącze USB 2.0”, gdyż w treści przedmiotowego oświadczenia nie wymienił tego złącza jako składnika płyty głównej.

W ocenie Izby z powyższych względów nie może zostać uznany jako spełniający wymagania SIWZ serwer zaoferowany przez Wykonawcę OPTeam S.A. Z treści oświadczenia producenta tego serwera jednoznacznie wynika, że płyta główna serwera nie posiada wymaganych przez Zamawiającego 6 złączy USB 2.0. Ponadto stanowiska stron wyrażone w pismach, jak i na rozprawie są zbieżne, a wynika z nich, że dodatkowe złącze, jakie posiada płyta główna serwera zaoferowanego przez Wykonawcę OPTeam S.A., jest inne niż zwykle złącze USB 2.0, tj. służy innym zadaniom (wynika to także z jego odmiennego oznaczenia). W ocenie Izby, oferowanie przez wykonawcę innego złącza niż wymagane przez Zamawiającego, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wyraźnie określił, że oczekuje płyty głównej, zawierającej 6 złączy USB. Zaoferowanie złączy odmiennych, o innych funkcjach niż powszechnie posiadane złącze USB 2.0, nie spełnia tych warunków. Co więcej, Zamawiający nie wskazywał na możliwości zaoferowania innych konfiguracji złączy. Zamawiający opisując wymagania 6 złączy USB 2.0, jednoznacznie oczekiwał zaoferowania takich właśnie złączy, nie żadnych innych. Zaoferowanie odmiennych złączy (a następnie twierdzenie, że Zamawiający nie zabronił w treści SIWZ zaoferowania innych złączy USB) jest próbą dowolnej interpretacji SIWZ nie znajdującej pokrycia w rzeczywistej treści SIWZ. Tym samym przyjęcie za prawidłowe twierdzeń Wykonawcy OPTeam S.A. prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści SIWZ oraz sposobu oceny ofert po ich otwarciu. Jest to nieuprawnione, gdyż pozostali wykonawcy zastosowali się do wymagań SIWZ i zaoferowali płytę główną wyposażoną w 6 zwykłych, wymaganych przez Zamawiającego, złączy USB 2.0.

W ocenie Izby podobnie należy ocenić fakt, że Wykonawca OPTeam S.A. zaoferował dodatkowe 2 porty USB 3.0. na dedykowanej płycie PCI. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający wymagał, aby to płyta główna posiadała 6 złączy USB 2.0. Wymaganie SIWZ odnosiło się wprost do płyty głównej. Dodatkowe dołączane elementy, nawet gdyby miały stać się integralną częścią płyty głównej, nie spełniają wymagań SIWZ.

Każdy z pozostałych wykonawców zastosował się do wymagań SIWZ, oferując taką płytę główną, która samodzielnie, bez dodatkowych elementów, spełnia podstawowe wymagania. Zaoferowanie odmiennych rozwiązań (a następnie twierdzenie, że Zamawiający nie zabronił w treści SIWZ zaoferowania innych takich kombinowanych rozwiązań), jest próbą interpretacji SIWZ sprzeczną z brzmieniem specyfikacji, a tym samym próbą zmiany jej treści oraz sposobu oceny po otwarciu ofert. Jest to także nieuprawnione, gdyż pozostali wykonawcy zastosowali się do wymagań SIWZ.

Na uwagę zasługuje także okoliczność, że Wykonawca OPTeam S.A. w treści oferty wskazał, że oferuje 6 złączy USB 2.0. Brak jest informacji o zaoferowaniu 7 złączy (na co mogłoby wskazywać oświadczenie producenta). Dodatkowo należy podkreślić, że w trakcie rozprawy sam Przystępujący OPTeam S.A przyznał, że: „Złożenie oświadczenia firmy Dell, jest to zabezpieczenie się przystępującego przed zarzutami odwołującego.” W ocenie Izby, w świetle powyższego, należy uznać, że oświadczenie producenta Dell sp. z o.o. z dnia 29 sierpnia 2014 roku zostało przedstawione wyłącznie ze względów procesowych, aby obronić się przed zarzutami drugiej strony. Pomijając nawet fakt, że nie spełnia wymagań SIWZ rozwiązanie kombinowane, przy udziale dodatkowych elementów wbudowywanych w płytę główną (jak dedykowana karta PCI), to w ogóle wątpliwe jest (w świetle złożonej oferty oraz złożonego w trakcie rozprawy oświadczenia), czy wykonawca OPTeam S.A. zaoferował rzeczywiście dodatkowy element w postaci dedykowanej karty PCI wraz z dwoma dodatkowymi portami USB 3.0, gdyż nie wynika to z treści oferty tego wykonawcy. Faktycznie (co wynika z treści oferty), Wykonawca OPTeam S.A. zaoferował płytę główną posiadającą 5 złączy USB 2.0. (o czym mowa powyżej), co nie spełnia wymagań SIWZ.

Zamawiający wymagał w pkt. 16 formularza ofertowego podania Nazwy Programu oraz systemu zarządzania i monitoringu serwerów zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w załączniku nr 2 do SIWZ. Wykonawca OPTeam S.A. w formularzu ofertowym (pn. Charakterystyka proponowanego sprzętu potwierdzenia wymagań) podał nazwę oferowanego oprogramowania jako: „OP5 Monitor Enterprise”. Odwołujący zarzucił, że niezbędne jest zaoferowanie dodatkowego oprogramowania pn. „OP5 LogServer extention”, aby możliwe było spełnienie opisanej przez Zamawiającego w SIWZ funkcjonalności, pozwalającej na odczyt dzienników zdarzeń z wielu serwerów.

Zgodnie z treścią korespondencji (z dnia 25 lipca 2014 roku) Odwołującego z przedstawicielem firmy Energy Management and Conservation (przedstawionej jako dowód przez Odwołującego – załącznik nr 6 do odwołania), aby możliwe było zrealizowanie wszystkich funkcjonalności opisanych w punkcie 2.16 OPZ Załącznika nr 2 do SIWZ, niezbędne jest zastosowanie dodatkowego oprogramowania Log Server Extension. Przedstawiciel ww. firmy wprost oświadczył, że konieczne jest spełnienie dodatkowego

warunku, aby możliwe było spełnienie funkcjonalności „odczyt dzienników zdarzeń z wielu serwerów”, tj. posiadanie logserwera. W ocenie Izby oświadczenie to jest wiarygodne. Należy zauważyć, że potwierdza je także stanowisko Zamawiającego wyrażone w treści odpowiedzi na odwołanie: „W zakresie zdarzeń systemowych odczyt dzienników zdarzeń systemowych możliwy jest przez element „op5 LogServer extention, który jest rozszerzeniem programu OP5 Monitor Enterprise”. Tym samym Izba uznała za wiarygodne zgodne stanowisko obu stron postępowania. Aby możliwe było spełnienie funkcjonalności opisanej w SIWZ w zakresie zdarzeń systemowych odczyt dzienników zdarzeń systemowych, konieczne jest zastosowanie elementu „op5 LogServer extention”, który jest rozszerzeniem programu OP5 Monitor Enterprise.

Należy podkreślić, że licencje na system „op5 LogServer extention” stanowią oddzielny produkt, a tym samym konieczne było jego wskazanie w treści oferty. Należy podkreślić, że Zamawiający wymagał dokładnego określenia oferowanego produktu, o czym świadczy sformułowanie zawarte w treści załącznika – (Zakup urządzeń i oprogramowania do Centrum Przetwarzania Danych (CPD) Jednostek Administracji Rządowej (JAR) w Opolskim Urzędzie Wojewódzkim wraz z wdrożeniem), w którym, zgodnie z treścią załącznika, wykonawcy byli zobowiązani wskazać „dokładną nazwę oferowanego elementu”.

Izba nie dała wiary oświadczeniu przedłożonemu w trakcie rozprawy przez Przystępującego OPTeam S.A., pochodzącemu od Energy Management and Conservation (wydanym na prośbę OPTeam S.A.), w którym stwierdzono, że oprogramowanie OP5 Monitor Enterprise spełnia wymagania określone w SIWZ. Należy zauważyć, że powyższe oświadczenie zostało wystawione po otwarciu ofert, na potrzeby postępowania odwoławczego. Zatem, w ocenie Izby, za wiarygodne należało uznać korespondencję przedstawioną przez Odwołującego, gdyż wymiana korespondencji miała miejsce przed dniem otwarcia ofert, a więc potencjalne wyniki niniejszego postępowania nie miały wpływu na jej treść. Nadto Izba wzięła pod uwagę fakt, że stanowisko Odwołującego zostało potwierdzone przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie (o czym mowa powyżej).

W ocenie Izby zasadny okazał się również zarzut Odwołującego dotyczący niezgodności oferty Wykonawcy OPTeam S.A. z treścią SIWZ, która dotyczy szkoleń objętych przedmiotem zamówienia i opisanych w OPZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie 4 OPZ wymagał przeprowadzenia specjalistycznych szkoleń, w tym określonych szkoleń autoryzowanych.

Odwołujący podniósł, że w obszarach objętych szkoleniami wszyscy wykonawcy zaoferowali dokładnie takie same rozwiązania tych samych producentów i żaden z wykonawców nie posiada autoryzacji producenta na przeprowadzenie autoryzowanych szkoleń.

Z powyższego powodu Odwołujący w swej ofercie zgodnie z życzeniem Zamawiającego, „Załącznik 1 Formularz Ofertowy, punkt IV, wskazał podwykonawców, którzy posiadają autoryzację i którzy w zakresie wymogu potencjał i doświadczenie pozwolą spełnić wymagania SIWZ. Wykonawca OPTeam S.A. w tym obszarze nie wskazał podwykonawców, co zgodnie z punktem IV SIWZ oznacza, że deklarują wykonanie zamówienia w tym zakresie własnymi siłami, co w przypadku Wykonawcy OPTeam S.A. jest niemożliwe, ponieważ nie posiada autoryzacji tych szkoleń.

Ponadto Wykonawca Opteam S.A. w treści wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego podał, że dostarczy szkolenie jako vouchery. Jak podnosił Odwołujący, treść SIWZ wymagała przeprowadzenia szkoleń, a nie ich dostarczenia jako produktów.

W ocenie Izby bezsporna pomiędzy stronami oraz Przystępującym OPTeam S.A. jest okoliczność, że Przystępujący nie wykona samodzielnie („własnymi siłami”) szkoleń. Nie wskazał w tym obszarze podwykonawców. Zamawiający (w punkcie IV formularza ofertowego) wymagał wskazania podwykonawców w sytuacji, gdy wykonawca nie będzie realizował zamówienia samodzielnie. Należało wskazać części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom. W treści oferty Przystępującego OPTeam S.A. nie znalazło się żadne oświadczenie o powierzeniu podwykonawcom innych szkoleń niż szkolenie Microsoft, co wskazuje na samodzielną realizację zamówienia przez Przystępującego. Nie jest sporne, że Przystępujący OPTeam S.A. nie posiada autoryzacji w tym zakresie. W praktyce oznacza to brak możliwości realizacji zamówienia przez Przystępującego. W treści wyjaśnień Przystępujący oświadczył, że zrealizuje zamówienie poprzez dostarczenie Zamawiającemu voucherów. Jednakże treść oferty nie zawiera żadnej informacji w takim zakresie. W ocenie Izby, fakt, że Przystępujący zamierza dostarczyć vouchery nadal oznacza, że nie będzie realizował zamówienia samodzielnie. Jeśli nawet by uznać za dopuszczalną taką formę realizacji zamówienia, to Odwołujący nie wykazał, że będzie realizował zamówienie przy udziale podwykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że również zaoferowane w formie voucherów szkolenia zostaną zrealizowane przez podmiot trzeci, a więc podwykonawcę. Brak wypełnienia w tym zakresie treści oferty oznacza jej niezgodność z wymaganiami SIWZ.

W ocenie Izby bezzasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała, że zasadne okazało się odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność tej oferty z treścią SIWZ.

Skoro zgodnie z punktem 2.16 załącznika nr 2 do SIWZ (OPZ) Zamawiający wymagał aby zaoferowane przez Wykonawców oprogramowanie pozwalało na monitorowanie zarządzanie całym środowiskiem opisanym w punkcie 2 Załącznika nr 2 do SIWZ – OPZ, to punkt 2 Załącznika nr 2 obejmował swym zakresem: dostawę i wdrożenie całości sprzętu i

oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym system zarządzania i monitoringu winien obejmować także swym zasięgiem element wymieniony w punkcie 2.11 tj. system operacyjny Microsoft Windows Server 2012 R2 Datacenter (4 szt), który winien umożliwiać zainstalowanie nieograniczonej liczby wirtualnych systemów operacyjnych na fizycznym serwerze z pkt 2.11. Skoro zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie Microsoft System Center posiada ograniczenia, nie spełnia wymagań SIWZ. W ocenie Izby nie jest dopuszczalne twierdzenie, że Zamawiający w przyszłości może dokupić licencje/oprogramowanie, gdyż już w niniejszym postępowaniu Zamawiający określił swoje wymaganie jako element umożliwiający zainstalowanie nieograniczonej liczby wirtualnych systemów operacyjnych.

W ocenie Izby rozdzielenie zamówienia na część fizyczną i część wirtualną nie znajduje uzasadnienia. Nie wynika ono w ocenie Izby z treści SIWZ, która wyraźnie stanowi, że Wykonawcy są zobowiązani zaoferować ilość licencji pozwalającą na monitorowanie i zarządzanie całym środowiskiem opisanym w punkcie 2. Nie ma więc w przywołanym postanowieniu rozróżnienia na strefę wirtualną czy fizyczną. Terminologię zawartą w treści SIWZ należy rozumieć zgodnie z jej znaczeniem językowym, nie zaś dodatkowych opracowaniach, które nie stanowiły załącznika do SIWZ, ani jej oficjalnej wykładni. W ocenie Izby nie jest uprawnione rozpatrywanie postanowień i wymagań SIWZ w oparciu o definicje i dokumenty pochodzące od firmy Microsoft (w tym powołany w trakcie rozprawy jako dowód opracowanie pn. Program Licencjonowania Zbiorowego Microsoft. Prawa do używania produktów. Wersja Polska/Lipiec 2014 r.). Należy zauważyć, że dokument ten nie jest załącznikiem do SIWZ, nie jest powołany w treści SIWZ, zatem brak jest jakichkolwiek podstaw do jego zastosowania w niniejszym postępowaniu, również w charakterze wykładni treści SIWZ. Zamawiający nie może kierować się przy dokonywaniu czynności badania i oceny ofert treścią dokumentów, których nie powoływał w SIWZ. Nadto, Zamawiający w punkcie 2.16 wskazał na konieczność objęcia licencjami całego środowiska określonego w punkcie 2, a więc także środowisko z punktu 2.13, czyli serwery wirtualne oraz punktu 2.11.

Na marginesie Izba zauważa, że bezsporne pomiędzy stronami jest, iż Odwołujący w treści oferty wskazał, że oferuje ilość systemu: 1, w tym 25 sztuk licencji klienckich. W wyniku zapytania Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, że zaoferował 25 licencji, w tym 6 licencji, oraz 19 licencji klienckich. Zamawiający w punkcie 2.1 określił ilość serwerów fizycznych – 6 sztuk. W punkcie 2.13 wskazano dodatkowych 12 serwerów bazodanowych. Nie ulega zatem wątpliwości, że Wykonawcy byli zobowiązani zaoferować taką ilość licencji, która obejmie co najmniej wszystkie serwery, opisane w punkcie 2, a więc także serwery opisane w punkcie 2.1 oraz 2.13. Była to minimalna ilość licencji, jaką należało zaoferować. Izba przyjęła wyjaśnienie, że licencje klienckie nie służą monitorowaniu, a zatem nie spełniają

wymagań punktu 2.16. Wykonawca zaoferował jedynie 6 licencji, czyli mniejszą liczbę licencji niż wymagane minimum (18), tym samym, w tym zakresie jego oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Nie jest uprawnione w ocenie Izby twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający zmienia treść SIWZ po otwarciu ofert. Treść SIWZ, w tym wymaganie co do ilości licencji pozostały niezmiennie. W ocenie Izby Odwołujący zaprezentował odmienny sposób interpretacji postanowień SIWZ, o czym świadczy chociażby fakt, że żaden z pozostałych wykonawców nie podzielił sposobu interpretacji postanowień SIWZ przez Odwołującego oraz fakt, że pozostali wykonawcy składając ofertę w postępowaniu oraz oferując licencje uwzględniali brzmienie całego punktu drugiego SIWZ (OPZ).

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu nierówne potraktowanie Odwołującego oraz Wykonawcy OPTeam S.A. w takich samych okolicznościach. Odwołujący podniósł, że taka sama sytuacja wystąpiła w przypadku Wykonawcy OPTeam S.A., który w swej ofercie zaproponował rozwiązanie op5 Monitor Enterprise 25 IP, pozwalające na monitorowanie i zarządzanie jedynie 25-ma systemami OSE (zarówno fizycznymi jak i wirtualnymi) jak również innymi urządzeniami Infrastruktury informatycznej umożliwiającymi monitorowanie i zarządzanie po tzw. adresie IP, które również posiada ograniczenia licencyjne uwarunkowane liczbą obsługiwanych systemów operacyjnych. Odwołujący wyjaśnił w trakcie rozprawy, że z treści oferty wynika, że zostanie dostarczone jedynie 25 licencji, w sytuacji gdy powinna zostać dostarczona nieograniczona ilość licencji.

Zamawiający oraz Przystępujący OPTeam S.A. wyjaśniali w trakcie rozprawy, że została zaoferowana wystarczająca ilość licencji oraz że Wykonawca OPTeam S.A. zaoferował inny system licencjonowania. Jednak, w ocenie Izby, ani Zamawiający, ani też Przystępujący OPTeam S.A. nie wyjaśnili sposobu licencjonowania, który zaoferował Przystępujący OPTeam S.A. Nie wyjaśnili, w jaki sposób jest możliwe zaoferowanie nieograniczonej ilości licencji przy zaoferowaniu oprogramowania, które charakteryzuje się ograniczeniem do 25 licencji.

Izba nie nakazywała Zamawiającemu dokonania czynności wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy OPTeam S.A. w powyższym zakresie, z uwagi na fakt, że oferta ta podlega odrzuceniu z powyżej wskazanych okoliczności.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy stwierdzić, że obowiązkiem Zamawiającego jest wybór oferty na podstawie kryteriów określonych w SIWZ, ale po dokonaniu oceny spełnienia wszystkich warunków i wymagań opisanych w SIWZ. W niniejszym postępowaniu kryterium wyboru

najkorzystniejszej oferty była cena oferty. Zamawiający jest zatem zobowiązany w pierwszej kolejności dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oferta, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub też jej treść nie odpowiada treści SIWZ nie może zostać uznana za najkorzystniejszą, nawet, jeśli zawiera najniższą cenę. Oferta Odwołującego nie spełniła wymagań SIWZ – jej treść nie odpowiadała wymaganiom SIWZ, zatem Zamawiający winien dokonać wyboru spośród pozostałych, niepodlegających odrzuceniu ofert. Oferta Wykonawcy OPTeam S.A. również nie spełniła wymagań SIWZ, z tego też względu nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych, który stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, Izba stwierdziła, że zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dokonuje wyboru oferty na podstawie kryteriów określonych w SIWZ, ale po dokonaniu oceny spełnienia wszystkich warunków i wymagań opisanych w SIWZ. Z tego względu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może zostać wybrana oferta droższa, jednakże tylko w sytuacji, gdy spełnia wszystkie wymagania SIWZ, a oferta z ceną niższą takich wymagań nie spełnia. W niniejszym postępowaniu oferta Odwołującego nie spełniła wymagań SIWZ – jej treść nie odpowiadała wymaganiom SIWZ. Z tego względu Zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty Odwołującego, tylko z uwagi na fakt, że zawiera niższą cenę. Zamawiający był uprawniony do dokonania wyboru oferty droższej, jednakże tylko w sytuacji, gdy ta oferta spełniałaby wymagania SIWZ.

Izba nie zaliczyła do materiału dowodowego dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w języku angielskim (załącznik nr 5 i 8 do odwołania). Zgodnie z art. 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Podobnie Izba oddaliła dowód z przedstawionego przez Odwołującego tłumaczenia strony internetowej. W ocenie Izby przedstawione przez Odwołującego wybiórcze tłumaczenia obszerniejszych tekstów uniemożliwiły ocenę i analizę dokumentacji. Izba, jak również strony i uczestnicy postępowania nie mogą ocenić, wobec jedynie fragmentarycznego przedstawienia dowodu, czy przedstawione fragmenty nie są wyrwane z kontekstu.



Podobnie Izba oddaliła dowód przedstawiony przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie w formie rysunku z opisem w języku angielskim i braku tłumaczenia na język polski. Rysunek ten jest jedyne częścią dokumentacji, co uniemożliwia ocenę i analizę dokumentacji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Wobec faktu, iż jedno z dwóch wniesionych odwołań, tj. odwołanie o sygnaturze KIO 1728/14 zostało oddalone, Izba zasądziła połowę kosztów przedstawionych przez Zamawiającego w treści rachunku z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, jak również połowę przedstawionych kosztów poniesionych z tytułu zakwaterowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....