

**WYROK**

z dnia 5 lipca 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie

**Przewodnicząca:** Renata Tubisz

**ProtokoL.t:** Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017 r. **przez** S.P. S.A. z siedzibą w (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym **przez zamawiającego** Urząd Patentowy RP z siedzibą w Warszawieul. Niepodległości 188; 00-950 Warszawa

**przy udziale** wykonawcy M.I. Sp. z o.o. (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

**orzeka**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża S.P. S.A. z siedzibą w (...)  
i:
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez S.P. S.A. z siedzibą w (...) tytułem wpisu od odwołania i:

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

Sygn. akt KIO 1264/17

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Odwołanie złożono na mocy art. 180 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” w postępowaniu pn: Modernizacja węzła centralnego i segmentacja sieci komputerowej w UPRP” (nr postępowania: BG-II/211/08/2017)

Odwołaniem wniesiono na czynność zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty M.I. Sp. z o.o. oraz zaniechaniu wykluczenia ww. wykonawcy, ewentualnie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnień.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 511869-N-2017z dnia 2017-05-18 r.

Odwołujący powołał się na interes we wniesieniu odwołania, z uwagi na to, iż jego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu punktacji. Podnosił w odwołaniu, że w wyniku uwzględnienia odwołania, uzyska możliwość udzielenia jemu przedmiotowego zamówienia publicznego. W jego ocenie błędna decyzja zamawiającego pozbawia zaś odwołującego tej możliwości, co czyni szkodę w postaci utraconych korzyści.

Informacja o rozstrzygnięciu postępowania została przesłana odwołującemu w dniu 13 czerwca 2017 r. a co za tym idzie odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie to jest w dniu 19 czerwca 2017 roku.

W związku z aktualnym brzmieniem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie w ocenie odwołującego przysługuje w niniejszej sprawie na podstawie pkt 6 ust. 2 art. 180 ustawy Pzp.

Prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, że zaskarżeniu podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, a także zaniechanie odrzucenia jego oferty.

W odwołaniu sformułowano następujące zarzuty:

1. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty M.I. Sp. z o.o. jako oferty niezgodnej z SIWZ, co stanowi sprzeczność z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Odwołujący zarzuca ponadto naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty w wyniku złożonych wyjaśnień.
3. Odwołujący zarzuca ponadto naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku zaniechaniem wykluczenia wykonawcy M. pomimo, że nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej.
4. Z ostrożności odwołujący zarzucił naruszenie 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy M. do uzupełnienia i wyjaśnienia wykazu zrealizowanych zamówień pomimo, iż pierwotnie złożony nie potwierdza spełniania warunku ustanowionego przez zamawiającego.

Na podstawie podniesionych żądań odwołujący wnosi o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym wykluczenie wykonawcy M.I. Sp. zo.o., odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ewentualnie, odwołujący wnosi o nakazanie wezwania wykonawcy M.I. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia lub wyjaśnienia wykazu zrealizowanych zadań.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił następującą argumentację formalną i prawną  
1. Niezgodność oferty z SIWZ oraz niedozwolona zmiana treści oferty

W załączniku nr 1 stanowiącym opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał „Przedmiotem Umowy jest modernizacja węzła centralnego i segmentacja sieci komputerowej w UPRP poprzez zakup i dostawę: 1. urządzeń aktywnych, 2. modułów optycznych, 3. okablowania światłowodowego, 4. systemu uwierzytelnienia i autoryzacji dostępu do sieci przewodowej wraz z instalacją w infrastrukturze zamawiającego.

Przedmiotem umowy jest także sprzedaż i dostawa oprogramowania do Sprzętu wraz z dokumentami licencyjnymi". Do oferty należało załączyć zgodnie z Roz. XVI ust. 1 pkt 2 SIWZ szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia. Wykonawca M.I. w złożonej ofercie na stronie 5 i 6 zamieścił opis oferowanego

rozwiązania, jednak nie wskazał w nim, że oferuje oprogramowanie. W pkt. IV załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał dostarczenia Systemu uwierzytelnienia i autoryzacji dostępu do sieci przewodowej (C.I.S.E. lub równoważne) zainstalowanego i skonfigurowanego redundantnie przynajmniej na 2 instancjach wraz z odpowiednimi licencjami na oprogramowanie. W pozycji 54 załącznika nr 1 tj. OPZ wskazując parametry równoważności zamawiający żądał, aby system dostarczył z licencjami umożliwiającymi równocześnie obsługę do 1500 urządzeń podłączonych do sieci kablowej L. oraz sieci bezprzewodowej WL. Zamawiający dokonując badania oferty M.I. powziął wątpliwości czy wykonawca w ogóle zaoferował ww. licencje, na co wskazuje wezwanie z dnia 07.06.2017 r., w którym Zamawiający zażądał wskazania w którym miejscu oferty znajduje się potwierdzenie spełniania ww. wymogu. W odpowiedzi przesłanej tego samego dnia wykonawca oświadczył, że spełnia ww. wymóg oferując produkty C. 2 szt. (...) oraz 1500 sztuk licencji ((...) oraz (...)) w pozycji 9 formularza cenowego.

Jednak ze strony 7 oferty M.I., z pozycji 9 tabeli formularza wynika jedynie, że zakresem oferty objęty jest system uwierzytelnienia i autoryzacji dostępu do sieci przewodowej bez jakiegokolwiek wzmianki na temat licencji na oprogramowanie. Również załącznik do oferty w postaci szczegółowego opisu oferowanego rozwiązania (str. 5 i 6 oferty) nie zawiera informacji o rodzaju i ilościach tych licencji. Jedynie w pozycji 4,0 tabeli nr 1 tego załącznika wynika, że wykonawca uwzględnił 2 sztuki produktu (...) jednak bez stosownych licencji.

Oferta więc jest niezgodna z zapisem SIWZ zawartym w pkt IV załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie licencji na oprogramowanie.

Z orzecznictwa wynika, że jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty - poza ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia - podania konkretnego opisu oferowanego przedmiotu oferty, pozwalającego na jednoznaczną identyfikację świadczenia wykonawcy - porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności (analogicznie w wyroku KIO 25/17).

Nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za

naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym (np. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009).

Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że 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 (np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13).

Definitywnie pominięcie w złożonym przez wykonawcę M. opisie oferowanego rozwiązania kwestii dotyczących oprogramowania wymaganego przez zamawiającego należy zakwalifikować w myśl powyższych rozważań jako uchybienie wykonawcy, co do wymogów zamawiającego, tj. niezgodność, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro bowiem na dzień składania ofert wykonawca nie wskazał, że jego oferta oprogramowanie to obejmuje, to należy uznać, że de facto nie złożył oświadczenia woli w tym zakresie.

Z uwagi na art. 87 ust. 1 zd. 2 należy ponadto uznać, że poszerzenie zakresu świadczenia oferowanego o 1500 sztuk licencji (tj. (...) oraz (...)) na etapie po złożeniu ofert jest niedozwolone gdyż stanowi zmianę oferty. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że wykonawca sporządzając samodzielnie szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia nie zawarł niezbędnych licencji, a jedynie zaoferował sam system (...).

Znamienne jest, że wykonawca w tym załączniku opisywał jako przedmiot zamówienia mało znaczące, wręcz bagatelne elementy, jak np. kable, zaś nie podał nazwy i rodzaju licencji zapewniających obsługę do 1500 urządzeń podłączonych do sieci Zamawiającego. Dopiero fakt wezwania uświadomił wykonawcy, iż licencje te powinien zaoferować. Jednak sanowanie tego typu braków w faktycznie oferowanym zakresie świadczenia wykonawcy ocenia się jako niedozwolone. Takie zachowanie Zamawiającego stoi bowiem w sprzeczności z zasadą równego traktowania

wykonawców i dyskryminuje tych, którzy dołożyli należytej staranności w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia i jego prezentacji w ofercie.

Uznanie działania zamawiającego za słuszne prowadzioby do wniosku, że Zamawiający może oceniać ofertę, a więc uznawać, że oferta gwarantuje możliwość wykonania zamówienia zgodnie z warunkami specyfikacji, na podstawie informacji w ogóle nie zawartych w treści oferty. Takie rozumowanie wydaje się w sposób rażący nieprawidłowe.

W orzecznictwie uznaje się, że „za zmianę treści oferty należy uznać wszystko to, co wykracza i wprowadza nowe elementy ponad to, co zostało objęte pierwotnym oświadczeniem wykonawcy” - np. wyrok KIO 1453/16, Wprowadzenie więc nowego elementu w postaci dodatkowych licencji nieprzewidzianych w ofercie należy uznać za zmianę oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, w związku z czym oferta podlega odrzuceniu również na mocy art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

2.zaniechanie wykluczenia wykonawcy M.I., ewentualnie zaniechanie

wezwania do wyjaśnień i uzupełnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający w Roz. IX ust. 1.2 ustanowił warunek, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie zrealizował lub realizuje, przy czym część zrealizowana obejmuje, co najmniej jedno wdrożenie urządzeń aktywnych w sieci komputerowej o wartości co najmniej 200 000 zł brutto.

Na wezwanie Zamawiającego wykonawca M.I. złożył wykaz zrealizowanych zamówień, z którego wynika, że wykonał zadanie w przedmiocie: „sprzęt i software do budowy bezpiecznej sieci” dla H.M.G. na kwotę 1 mln zł.

Po pierwsze z załączonego wykazu nie wynika czy wykonawca w ogóle wykonał wdrożenie czy też przedmiotem zamówienia były li tylko dostawy, po drugie nie jest wiadome czy sprzęt ten stanowiły urządzenia aktywne w sieci komputerowej, jak też nie wynika czy wartość ewentualnego wdrożenia (o ile było ono przedmiotem zrealizowanego zamówienia) wynosiła co najmniej 200 000 zł.

Z załączonej referencji również nie sposób odczytać ww. informacji. Co więcej, dokument ten stwierdza jedynie, że wykonawca wykonał dostawy elementów

infrastruktury bezpieczeństwa sieci, zaś nie ma mowy o ewentualnej usłudze wdrożenia, która była zasadniczym wymogiem Zamawiającego.

Znaczące jest również, że wykonawca ww. dostawy realizował w roku 2016, co wskazywałoby, że wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku zsumował wartość wielu zadań, co również należy ocenić negatywnie.

W związku z zaniechaniem Zamawiającego i nie dokonaniem jakichkolwiek uzupełnień czy choćby wyjaśnień należy stwierdzić, że Zamawiający przyjął spełnianie

warunku nie w oparciu o fakty, lecz w oparciu o domniemanie, co nie powinno mieć miejsca w procedurze przetargowej.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, jako błędne należy uznać działanie Zamawiającego, który w rzeczywistości wydedukował spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie tego, czego wykonawca nie wyartykułował, tj. na podstawie samego faktu złożenia dokumentów w celu wykazania spełnienia stawianego warunku udziału w postępowaniu. Izba stwierdza, że w takich sytuacjach nie jest możliwe dokonanie wyboru wykonawcy, który zaniechał staranności w opisie zawartym w wykazie (za wyrokiem KIO 1439/13).

Wykonawca powinien więc złożyć wykaz, z którego jednoznacznie będzie wynikało spełnianie warunku udziału w postępowaniu ustanowionego w SIWZ.

W związku z tym odwołujący wnosi jak we wstępie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje**

#### **Izba ustaliła**

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowodów złożonych na rozprawie, Izba ustaliła jak poniżej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości przywołał na poparcie wyrażonego stanowiska następujące dokumenty z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Ksero oferty złożonej przez wykonawcę wybranego przystępującego po stronie zamawiającego spółkę M.I. Sp. z o.o. w tym Szczegółowy opis oferowanego rozwiązania str.



5 i 6 oferty. Oferta z dn. 26.05.2017 r. Tabela Nr 1 zawiera Specyfikację techniczną proponowanego rozwiązania, tabela posiada 4 kolumny - liczba porządkowa, PN (part number- numer części), opis, ilość.

Powyższą tabelę zamawiający przywołuje na okoliczność potwierdzenia oferowania licencji w ofercie wykonawcy wybranego poz. 4.0, 4.0.1 oraz czynności, które zamierza wykonać oferent wdrażając system, przywołując fragment tego dokumentu o treści „przed przystąpieniem do wdrażania proponowanego rozwiązania nastąpi inwentaryzacja...” kolejno wskazuje na str. 2 tego dokumentu stwierdzenie o treści „po wykonaniu części sieciowej nastąpi uruchomienie systemu identyfikacji (NAC)...”. Uważa, że z tego należy wywieść, że oferowany jest system identyfikacji wraz z licencjami, o licencji mówi się w wymaganiach SIWZ. Przywołuje SIWZ zał. nr 1 pkt 54 str. 64 „system należy dostarczyć z licencjami umożliwiającymi równocześnie obsługę do 1500 urządzeń podłączonych do sieci kablowej L. oraz siedzi bezprzewodowej WL.”.

2. z wzoru formularza ofertowego zał. 2 do SIWZ pkt 1 wynika, że wykonawca wybrany oferuje wykonanie zamówienia w zakresie objętym SIWZ oraz z uwzględnieniem wszystkich elementów OPZ za łączną cenę brutto, załącznikami do niniejszej oferty stanowiącymi jej integralną część są: opis oferowanego przedmiotu zamówienia umożliwiający dokonanie oceny jego zgodności z treścią SIWZ, formularz cenowy. Pełnomocnik zamawiającego podczas rozprawy oświadczył, że zamawiający nie określił w formie przykładowego formularza jak należy wypełnić opis zaoferowanego przedmiotu zamówienia np. w formie tabeli ze wskazaniem, że zamawiający oczekuje określenia, jaki sprzęt i jakie oprogramowanie oferuje wg wskazań zamawiającego w ujęciu tabelarycznym. Nadmieniał, że przedmiotem zamówienia jest sprzęt sieciowy informatyczny wraz z oprogramowaniem i opisany on został w zał. 1 do SIWZ pt. opis przedmiotu zamówienia na str. 43-69 i przywołuje ponownie pkt 54 zał. Nr 1 do SIWZ.

3. Zamawiający również nadmieniał, że załącznikiem do SIWZ był formularz cenowy zał. 8. Z treści którego wynika, że jest on sporządzony w formie tabelarycznej, która to tabela zawiera postanowienie, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu oświadcza, że zrealizuje zamówienie zgodnie z poniższymi cenami, tabela z kolumnami: lp., przedmiot zamówienia, j.m. w szt., ilość, cena jednostkowa brutto za szt., wartość zamówienia brutto. W 9 pozycjach wymienia grupy produktów wymienione w OPZ, których Zamawiający oczekiwał dostarczenia i wyceny. Podkreśla, że poz. 9 pn. system uwierzytelniania i autoryzacji dostępu do sieci przewodowej odpowiada cytowanemu pkt 54 OPZ dotyczącego dostarczenia licencji, jako jednego z elementów z całości systemu. System uwierzytelniania i autoryzacji polega na tym, że urządzenie końcowe komputer, drukarka, telefon mogą korzystać z zasobu tej sieci muszą się uwierzytelniać i autoryzować, jest to zamówienie dla pracowników urzędu do korzystania wewnętrznego. Według naszej oceny oferent składając ofertę wg ustalonego

SIWZ nie miał obowiązku wprost wyodrębnić w ofercie, że również dostarcza licencję, natomiast stwierdza, że odwołujący w złożonej ofercie użył formuły w szczegółowym opisie oferowanego rozwiązania formuły o treści po nr 4.0.1 po (...) umożliwiającymi obsługę do 1500 urządzeń podłączonych do sieci kablowej L. oraz sieci bezprzewodowej WL..

Pełnomocnik zamawiającego okazał opis w pkt 9 oferty odwołującego. Okazał na rozprawie do wglądu wyciąg z oferty w zakresie opisu oferowanego szczegółowego przedmiotu zamówienia. Przystępujący i odwołujący zapoznali się z dowodem z oferty wykonawcy wybranego w postaci:

4. Formularza ofertowego zgodnie z zał. 2 do SIWZ.

5. Formularza cenowego zgodnie z zał. 8 do SIWZ.

6. Pkt 29 ze spisu dokumentów przekazanych przez zamawiającego pismo BG –(...) z dn. 07.06.2017 r. do M.I. Sp. z o.o. wzywające do złożenia wyjaśnień do złożonej oferty. Z treści pisma wynika, że zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 PZP zwraca się o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, w zał. nr 1 do SIWZ w IV części zamawiający wymagał dostarczenia systemu uwierzytelnienia i autoryzacji dostępu do sieci przewodowej zainstalowanego i skonfigurowanego redundantnie (nadmiarowo) przynajmniej na dwóch instancjach wraz z odpowiednimi licencjami na oprogramowanie, system należy dostarczyć z licencjami umożliwiającymi równocześnie obsługę do 1500 urządzeń podłączonych do sieci kablowej L. oraz do sieci bezprzewodowej WL., prosimy o wskazanie, w którym miejscu Państwa oferty znajduje się potwierdzenie spełnienia wskazanego wymogu. Pan J.Ł. oświadcza, że pismo to zostało skierowane, bo nabraliśmy wątpliwości po otrzymaniu pisma od S. z dn. 06.06.2017 r. znajdujące się w poz. 28 przekazanego lzbie spisu dokumentów. Odwołujący nadmieniał w piśmie m.in., że w ofercie przystępującego nie ma formularza w opisie szczegółowym wyspecyfikowanej pozycji dotyczącej licencji. Dalej oświadcza, że nie miał do dnia otrzymania pisma wątpliwości, co do zgodności i kompletności oferty przedstawionej przez firmę M.I., jednak po otrzymaniu pisma w celu usunięcia wszelkich wątpliwości zamawiający poprosił o wyjaśnienia firmę M.I..

7. Pkt 30 spis dokumentów przekazanych przez zamawiającego, odpowiedź (emalii z dn. 07.06.2017 r.) od M.I. Sp. z o.o. na wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie treści oferty. Pismo z dn. 07.06.2017 r. odpowiedź na nasze pismo, z treści pisma wynika, że „odpowiadając na pismo informuje, że oferent M. spełnił wymogi z zapytania ofertowego polegający na dostarczeniu systemu... wraz z odpowiednimi licencjami na oprogramowanie ... oferując produkt C. 2 szt. oraz 1500 szt. licencji w poz. 9 formularza cenowego na str. 7 oferty”, dalej cytat poz. 9 formularza cenowego.

8. Pkt 2 spisu dokumentów SIWZ str. 3 pkt XIX warunki udziału w postępowaniu 1.1.2 warunek brzmiał należyście zrealizował lub realizuje, przy czym część zrealizowana obejmuje co najmniej jedno wdrożenie urządzeń aktywnych w sieci komputerowej o wartości 200 tys.

zł. brutto oraz pkt 11 SIWZ pt. wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia str. 5 SIWZ pkt 6 ppkt 1 mówi się tu o wykazie dostaw zgodnie z warunkiem z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których dostawy te zostały wykonane z załączeniem dowodów czy te dostawy wykonano lub są wykonywane należycie. Zał. nr 6 wzór wykazu należycie zrealizowanych zamówień, znajduje się oświadczenie potwierdzające posiadane doświadczenie wg SIWZ z tabelą wg kolumn lp., podmiot na rzecz, którego są wykonywane z nazwa i adresem, opis zamówienia umożliwiający ocenę spełnienia warunku, wartość zrealizowanego zamówienia, okres wykonania od do miesiąc rok.

9. w pkt 31 spisu dokumentów przekazanych znajduje się pismo BG-II/211/8/2017-6 z dn. 08.06.2017 r. do M.I. wzywające do uzupełnienia dokumentów. Pismo stanowi wezwanie wg art. 26 ust. 3 zamawiający zwraca się o uzupełnienie w terminie do 14.06.2017 r. wykazu dostaw m.in. z załączeniem dowodu należytego wykonania bądź wykonywania z podaniem treści warunków, załączono formularz wykazu.

10. W poz. 34 spisu dokumentów przekazanych Izbie wymienia się wykaz należycie zrealizowanych zamówień od M.I. wraz z dowodem – pismem referencyjnym otrzymane dn. 9.06.2017 r. Wykaz należytego wykonania zawiera w oświadczeniu hurtownię motoryzacyjną G. Sp. z o.o. (...) sprzęt i software do budowy bezpiecznej sieci 1 mln 01.12.2016 r. G. 08.06.2017 r. podpisał T.K., załączono referencje.

II. na okoliczność posiadanego doświadczenia zawodowego w trzech egzemplarzach. Odpisy przekazano Odwołującemu i Zamawiającemu.

1. Protokół częściowy potwierdzenia odbioru dn. 03.03.2016 r. z S. koło Z. h. m. G. potwierdzające, że urządzenia są przekazane i pracują są czynne. Z protokołu wynika, że dostawa została wykonana należycie zgodnie z warunkami kontraktu z zachowaniem należytej staranności. Pan T.K. oświadcza, że przekazany protokół odbioru przeczy twierdzeniom odwołania, że dostawa nie objęła zainstalowania i uruchomienia. W tym miejscu Pan T.K. oświadcza, że jest związany z firmą G., że dostarczy, skonfiguruje i uruchomi bezpieczny system transmisji danych w spółce G.. Z rodzaju tych urządzeń wynika, że są to urządzenia aktywne. My dla tej firmy wykonaliśmy budowę elektronicznego bezpiecznego systemu przesyłu danych dostarczając urządzenia pasywne, aktywne, oprogramowanie oraz usługę uruchomienia, wdrożenia, szkolenia dla firmy G., która to potwierdziła w referencji, ten dokument z dn. 03.03.2016 r. jest dowodem na to, że urządzenia te są urządzeniami aktywnymi. Jest to protokół częściowy jest to dodatkowy do dokumentów złożonych na wezwanie art. 26 ust. 3.

Pełnomocnik Odwołującego złożył wnioski dowodowe z dn. 03.07.2017 r.

Przedkłada 2 rodzaje dowodów, przy czym dowód 1-3 są to wydruki ze strony internetowej amazon oraz senetic na okoliczność, że wykonawca M.I. w chwili składania oferty nie

oferował dodatkowego oprogramowania tj. wymaganych licencji, a jedynie sam system „silnik” intencją wykonawcy w chwili składanie oferty nie było zaoferowanie dodatkowego oprogramowania tj. licencji. Reasumując oferował system bez licencji. Wyszczególniając w ofercie mało znaczące i mało kosztowne elementy dowodem na to jest OPZ zał. nr 2 do oferty przystępującego. Nadmieniam, że ze względu na określone zestandaryzowanie formularza cenowego nie wynika z niego zaoferowanie licencji w ogóle, a jedynie sam system, licencje nie są wyszczególnione w tej kalkulacji cenowej. Formularz ofertowy nie wyszczególnia kosztu licencji, jako odosobnionego elementu i właściwie miejsce wyceny licencji jest elementem dobrowolnym po stronie oferentów. Naszym zarzutem nie jest źle czy brak wycenienia kosztów licencji tylko naszym zarzutem jest brak zaoferowania licencji, a jedynie zaoferowanie samego systemu. Tak na rozprawie wywodził odwołujący.

W ocenie przystępującego z pkt 4 i 5 złożonego dowodu nie wykazuje, że oferta przystępującego nie zawiera wymaganych w SIWZ licencji poza tym odwołujący nie wykazał sprzeczności oferty z SIWZ, ponieważ nie wskazał gdzie w SIWZ wymaga się, iż w ofercie, a zwłaszcza OPZ złożonym do oferty koniecznym jest wyodrębnienie licencji tj. jaki pkt SIWZ jednoznacznie wymaga wskazania licencji w ofercie, uważa, że takiego punktu w SIWZ nie ma i takiego pkt-u w SIWZ dzisiaj nie wskazał odwołujący. Zwracam uwagę, że nie wiążemy się z wykonawcą na 45 dni, ale na 5 lat, bo to jest okres gwarancji na to zamówienie, w związku z tym obawy odwołującego zgłoszone na rozprawie są bezprzedmiotowe

Chciałabym też odnieść się do wskazywanych przez odwołującego wątpliwości w związku z naszym wystąpieniem o wyjaśnienia to wskazuje, że były one spowodowane wystąpieniem odwołującego do nas i udzielona odpowiedź wskazująca na ulokowanie kosztu licencji w poz. 9 formularza cenowego gdzie wymienia się system jest dla nas wiarygodna. Tej treści wyjaśnienia i oświadczenia na rozprawie złożył zamawiający.

### **Izba zważyła**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do pierwszego i drugiego zarzutu odwołania naruszenia postanowień art.89 ust.1 pkt 2 w związku z art. 7 ust.1 jak i art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust.1 zd.2 ustawy, Izba po rozpoznaniu tych zarzutów, na podstawie obowiązujących postanowień SIWZ jak i złożonej oferty wykonawcy wybranego oraz udzielonych przez niego wyjaśnień, na zapytanie zamawiającego, na skutek interwencji odwołującego oraz na podstawie przedstawionej wyceny przedmiotu zamówienia, nie stwierdza naruszenia powyżej wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący z powodu braku w Formularzu cenowym jak i w Szczegółowym opisie

oferowanego rozwiązania, w ofercie wykonawcy wybranego, wskazania jako pozycji licencji podniósł brak zaofiarowania licencji w ofercie wykonawcy wybranego. Zamawiający w związku z interwencją odwołującego wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnienia czy i gdzie zawarł wycenę wymaganych do licencji. Odwołujący udzielając wyjaśnienia zamawiającemu wskazał w której z pozycji wyceny zawarł koszt uzyskania licencji, chociaż licencja jako koszt nie została w Formularzu cenowym wyszczególniona ( wskazał na poz. 9 - system uwierzytelniania i autoryzacji dostępu do sieci przewodowej). W ocenie odwołującego nie uwzględnienie tej pozycji jest dowodem na okoliczność braku uwzględnienia w cenie oferowanego przedmiotu zamówienia licencji. Według przekonania odwołującego, wykonawca wybrany w takiej sytuacji oferuje zamawiającemu licencję darmową, która wygaśnie po upływie niespełna dwóch miesięcy bo na taki okres darmowa licencja jest udzielona. Odwołujący jest pewien, że po upływie tego okresu okaże się, że oferta odwołującego nie będzie zawierała licencji co narazi zamawiającego na dodatkowy koszt jakim jest zakup licencji na użytkownik sprzęt. Z kolei zamawiający po udzielonym wyjaśnieniu przez wykonawcę wybranego nie zmienił swojej decyzji co do wyboru najkorzystniejszej oferty uznając, że oferta zawiera licencję zgodnie z wyjaśnieniem złożonym przez wykonawcę w tym co do jej miejsca w Formularzu cenowym (poz.9). Zamawiający nie uwzględnił argumentacji odwołującego, że skoro wykonawca wybrany w złożonym formularzu cenowym oraz Szczegółowym opisie oferowanego rozwiązania uwzględnił tak drobne kosztowo pozycje wyceny jak np. kable to gdyby oferował licencje, które na pewno są znacznie większa pozycją cenową to na pewno by ją wymienił. Natomiast zamawiający uzyskując wyjaśnienie o miejscu, w którym uwzględniono koszt nabycia licencji poprzestał i uznał je za wystarczające. Ponadto na rozprawie oświadczył, że dla niego wystarczającym zapewnieniem jest oświadczenie zawarte w Formularzu oferty o charakterze ogólnym co do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, ponieważ przedmiot zamówienia opisany w SIWZ wskazuje na objęcie przedmiotem zamówienia również licencje. Ponadto okres gwarancji na przedmiot zamówienia obejmuje okres pięciu lat w związku z tym sugestia odwołującego co do oferowania bezpłatnej gwarancji na okres niespełna dwóch miesięcy jest bez znaczenia w sprawie (pkt 2 Formularz ofertowy "Oferujemy 5 letni okres gwarancji na sprzęt i oprogramowanie"). Tym samym treść oferty jak i udzielone wyjaśnienie przez wykonawcę wybranego, że wycena licencji mieści się w pozycji Tabeli Formularz cenowy pod nazwą: System uwierzytelniania i autoryzacji dostępu do sieci przewodowej jest wiarygodna i jednocześnie nie stanowi zmiany treści oferty.

W związku z powyższym zarzut braku zaofiarowania licencji w ofercie wykonawcy wybranego nie został udowodniony przez odwołującego. W związku z powyższym zarzut naruszenia powyżej wskazanych przepisów ustawy nie został udowodniony przez odwołującego.

Co do drugiego zarzutu odnoszącego się do wymaganego doświadczenia zawodowego wymaganego SIWZ również nie został udowodniony. Zarzut sprowadzał się do twierdzenia przez odwołującego, że wymagane doświadczenie zawodowe w zakresie wdrożenia a nie tylko dostawy nie było przedmiotem zamówienia wykazanego w ofercie wykonawcy usługi. W ocenie Izby analiza przedstawionych w ofercie dokumentów w postaci wykazu dostaw jak i przedstawiona referencja nie potwierdzają zarzutu odwołującego co do braku elementu wdrożenia przedmiotu dostawy zgodnie z postanowieniami SIWZ jak również co do twierdzenia, że dostawa obejmowała szereg zamówień a nie jedno zamówienie. Wykaz z dnia 08.06.2017 roku obejmuje dostawę w zakresie sprzętu i software do budowy bezpieczeństwa sieci 01-12 2016 roku na kwotę 1 mln. zł. dla H.M.G. Sp. z o.o. S. koło Z.. Z kolei wystawiona referencja wskazuje, że przedmiotem były nie tylko dostawy na przestrzeni 2016 roku ale również konfiguracja sprzętu jak i oprogramowania. Sama okoliczność wskazania w referencji, że przedmiotem zamówienia były dostawy trwające okres jednego roku na potrzeby ogólnopolskiego systemu bezpieczeństwa dla oddziałów firmy nie stanowi dowodu, że dostawy nie były objęte jednym zamówieniem na co powołuje się odwołujący. W związku z powyższym Izba nie uwzględnia również postawionego zarzutu wykonawcy wybranemu co do niespełnienia wymogu doświadczenia zawodowego.

W tym stanie rzeczy odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w trzecim i czwartym punkcie zarzutów odwołania naruszenia art.24 ust.1 pkt 12 i z ostrożności wskazanego art.26 ust.3 i 4 ustawy.

W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ odwołujący nie udowodnił naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy w myśl art.192 ust.2 ustawy, który warunkuje uwzględnienie odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 ze zm.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....

