

Sygn. akt: KIO 1482/16

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 sierpnia 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **08 sierpnia 2016 r.** przez wykonawcę **ANDRA Sp. z o. o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-26 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża ANDRA Sp. z o. o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-26 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ANDRA Sp. z o. o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-26 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie dostawy urządzeń systemu bezpieczeństwa sieciowego typu firewall oraz ochrony przed atakami DDoS wraz z instalacją, konfiguracją, świadczeniem serwisu gwarancyjnego, przeszkoleniem pracowników zamawiającego z dostarczonego rozwiązania o numerze DPR.DPR-2.2414.3.2016.DH.13, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 094 - 169125 z 18.05.2016 r., przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 29.07.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa zwana dalej: „*Integrated Solutions Sp. z o.o.*” albo „Przystępującym” Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: ANDRA Sp. z o. o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-26 Warszawa zwana dalej: „ANDRA Sp. z o. o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 08.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO): ANDRA Sp. z o. o. wniosła odwołanie na w/w czynność i zaniechania z 29.07.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.08.2016 r. (faxem). Stwierdził, że oferta Integrated Solutions Sp. z o.o. podlega odrzuceniu: 1) za treść nieodpowiadającą treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” - art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp; 2) jest niezgodna z ustawą - art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp. W związku z tym Odwołujący żądał:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty Integrated Solutions sp. z o. o.;
- b) uznania wybranej oferty za podlegającą odrzuceniu;
- c) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- d) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i kosztami pełnomocnika Odwołującego.

Odnosnie pierwszego zarzutu. Zamawiający po zbadaniu złożonych ofert i porównaniu zakresów oferowanych świadczeń wystosował w dniu 21.07.2016 r. do Integrated Solutions sp. z o. o. wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty, w brzmieniu: „*Działając na podstawie art. 87 ust. 1 (p.z.p....), Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie Formularza Cenowego (Załącznik nr 8 do*

Formularza Oferta"). Zamawiający dokonując analizy ofert doszedł do wniosku, że obydwaj Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, zaoferowali tożsame rozwiązania. Z porównania złożonych ofert wynika, że Formularz Cenowy w ofercie Wykonawcy Andra sp. z o. o.:

- pozycja 1. Sprzęt typu firewall - zawiera dodatkowo: „SX Transceiver Module
- pozycja 4. Licencje i oprogramowanie dla sprzętu typu DDoS — zawiera dodatkowo: „Security Update Subscription (SUS) for DeefensePro 1016 IPS&Behayioral Protection”, Standard Support for APSolute Vision - VA”, APSolute Vision Security Reporter - Software Option”, „Standard Support for ApsOLUTE Vision Security Reporter - Software Option”, „Standard Support for DefensePro 1016 IPS&Behavioral Protection”.

Zamawiający prosił o potwierdzenie, że oferta Wykonawcy zawiera wszystkie składniki, w tym licencje niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia (zgodnie z wymaganiami SIWZ). W odpowiedzi udzielonej w dniu 25.07.2016 r. Wykonawca, którego ofertę wybrano, najpierw oświadczył: „Wykonawca potwierdza, że złożona przez niego w przedmiotowym postępowaniu oferta zawiera wszystkie składniki, w tym licencje niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia (zgodnie z wymaganiami siwz). Formularz cenowy został wypełniony zgodnie z zamieszczonym przez Zamawiającego wzorem.”. Następnie w tym samym dniu dostał dalszą część wyjaśnień w brzmieniu: „W celu sprecyzowania naszych wyjaśnień przesyłam specyfikacje urządzeń wraz z dokładnym zestawieniem, licencji, licencji serwisowych wchodzących w skład oferowanego rozwiązania.”. W dodatkowych wyjaśnieniach podano całą uszczegółowioną specyfikację zawierającą wyliczenie:

- sprzętu typu firewall (poz. 1), - licencji, oprogramowania i kontraktów serwisowych dla sprzętu typu firewall (poz. 2), - sprzęt typu DdoS (poz. 3), - licencji i oprogramowania dla sprzętu typu DdoS (poz. 4), - kosztów instalacji i konfiguracji dostarczonych urządzeń (...) (poz. 5), w tym szkoleń (poz. 5.1), - świadczenia serwisu gwarancyjnego dla dostarczonych urządzeń przez okres 36 miesięcy (poz. 6). Porównanie treści załącznika nr 8 złożonego z ofertą z treścią specyfikacji przedstawionej w wyjaśnieniach treści złożonej oferty prowadzi do wniosku, że Integrated Solutions sp. z o.o. zmienił w drodze udzielonych wyjaśnień treść złożonej oferty z naruszeniem art. 87 ust. 1 Pzp, potwierdzając tym samym nie wyrażone wprost obawy Zamawiającego, że oferta złożona przez niego w terminie nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ. Przedstawiona w wyjaśnieniach specyfikacja stanowi rozwinięcie - uzupełnienie formularza nr 8 dołączonego do formularza „Oferta”. Wybrany Wykonawca, obowiązany do starannego działania - art. 355 § 2 k.c., powinien przedstawić uszczegółowioną specyfikację już na etapie składania ofert, albo - udzielając wyjaśnień - przedstawić Zamawiającemu wszelkie dowody na to, że specyfikacja złożona z ofertą, składa się z części zawierających wszelkie rozwiązania szczegółowe ujawnione na etapie

wyjaśnień treści złożonej oferty. Tego Przystępujący nie uczynił. W związku z tym należy uznać, że wybrany Wykonawca w niedopuszczalny sposób - w drodze oświadczenia woli - uzupełnił i doprecyzował treść złożonej przez siebie oferty w taki sposób, aby spełnić uzasadnione wymagania Zamawiającego. Bez dopisania w wyjaśnieniach dodatkowych elementów oferowanego systemu Wykonawca nie mógłby spełnić świadczenia, które zaoferował. Jest to oczywiste naruszenie zakazu wyrażonego w art. 87 ust. 1 Pzp. Złożona oferta w świetle udzielonych wyjaśnień o charakterze oświadczenia woli modyfikującego treść złożonej oferty, nie odpowiada treści siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Poniżej porównano treść formularza nr 8 złożonego z ofertą z treścią udzielonych wyjaśnień (istotne fragmenty):

| FORMULARZ NR 8 ZŁOŻONY Z OFERTĄ | SPECYFIKACJA ZŁOŻONA Z WYJAŚNIENIAMI Z DNIA 25 LIPCA 2016 r. | UWAGI |
|--|--|---|
| 1. Sprzęt typu firewall | | |
| 1.1. FOR-FG-500D-BDL *FortiGate-500D Hardware plus 1 Year 8x5 FortiCare and FortiGuard UTM Bundle Szt. 2 | 1.1. FOR-FG-500D-BDL FortiGate-500D Hardware plus 1 Year 8x5 FortiCare and FortiGuard UTM Bundle Szt. 2 | |
| 1.2. FOR-FA-IOOOD *FortiAnalyzer-1000D Szt. 1 | 1.2. FOR-FA-IOOOD Forti Analyzer-1000D Szt. 1 | |
| 1.3. Brak pozycji | 1.3. OP-APS815123CDL05 1000BASE-SX 850nm, VSCSEL MM, 550 m Szt. 13 | Dopisano nową pozycję. Zmiana istotna |
| 4. Licencje i oprogramowanie dla sprzętu typu DDoS | | |
| 4.1. 1927013 APSolute Vision – VA Szt. 3 | 4.3. 1927013 APSolute Vision - VA Szt. 1 | Zmieniono ilość zaoferowanego elementu z 3 szt. na 1 szt. Zmiana istotna Zmieniono kolejność pozycji Zmiana formalna |
| | 4.1. 19238024S Standard Support for DefensePro 1016 IPS & Behavioral Protection Szt. 3 | Dopisano nową pozycję. Zmiana nieistotna |
| | 4.2. 999212 Security Update Subscription (SUS) for DefensePro 1016 IS & Behavioral Protection 1 Year Szt. 3 | Dopisano nową pozycję. Zmiana istotna |
| | 4.4. 1927013S Standard Support for APSolute Vision - VA 1 Year Szt. 3 | Dopisano nową pozycję. Zmiana nieistotna |
| | 4.5. 927014 APSolute Vision Security Reporter - Software Option Szt. 1 | Dopisano nową pozycję. Zmiana istotna |
| | 4.6. 927014S Standard Support for APSolute Vision Security Reporter - Software Option 1 Year Szt. 3 | Dopisano nową pozycję. Zmiana nieistotna |

Odnosnie drugiego zarzutu. Zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim. Zamawiający nie dopuścił możliwości posługiwania się w tym postępowaniu innym językiem. Tymczasem do wybranej oferty dołączono dokument zatytułowany *Next Generation Intrusion Prevention System (NGIPS) Test Report*, charakteryzujący przedmiot oferty w języku angielskim bez tłumaczenia i wykorzystany do oceny oferty na podstawie kryterium skuteczności wykrywania zagrożeń przez system DPS. Na marginesie Odwołujący się wskazuje, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wzywa do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, to jest takich, które między innymi potwierdzają spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Tymczasem *Next Generation Intrusion Prevention System (NGIPS) Test Report* jest integralnym załącznikiem formularza ofertowego, który służy do oceny oferty według kryterium oceny ofert - skuteczność wykrywania zagrożeń przez system IPS. Nie może być więc zaliczony do dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp. W tej sytuacji oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp jako niezgodna z ustawą.

Zamawiający w dniu 09.08.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Integrated Solutions Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, że złożył ofertę obejmującą wszystkie składniki, tj. urządzenia, licencje i oprogramowanie, niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, w formie wymaganej przez Zamawiającego. Formularz cenowy został wypełniony zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego wzorem. Okoliczność, iż Wykonawcy biorący udział w postępowaniu wypełnili formularz cenowy agregując elementy przedmiotu zamówienia z różną szczegółowością, nie może stanowić podstawy do formułowania zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Raport, w którym określona jest skuteczność wykrywania zagrożeń IPS, został załączony do oferty w formie wskazanej przez Zamawiającego w treści załącznika nr 9 do formularza „Oferta” (pierwszy przypis *).

W dniu 23.08.2016 r. (e-mailem, a oryginał na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została

przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Zarzut 1. Zamawiający stoi na stanowisku, iż treść oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. jest zgodna z treścią SIWZ i oferta nie podlega odrzuceniu. Zamawiający w toku badania i oceny ofert skorzystał - w stosunku do Integrated Solutions - z przysługującego mu prawa zwrócenia się o wyjaśnienie treści oferty na mocy art. 87 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi Integrated Solutions potwierdził, że złożona przez niego oferta zawiera wszystkie składniki, w tym licencje niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia (zgodnie z wymaganymi SIWZ), Wskazał też, że formularz został wypełniony zgodnie z zamieszczonym przez Zamawiającego wzorem. Dodatkowo w kolejnym piśmie mającym na celu sprecyzowanie wyjaśnień dostał uszczegółowienie elementów wchodzących w skład oferowanego rozwiązania. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w wyniku powyższych wyjaśnień Integrated Solutions: *„w sposób niedopuszczalny - w drodze oświadczenia woli - uzupełnił i doprecyzował treść złożonej przez siebie oferty w taki sposób, aby spełnić uzasadnione wymagania Zamawiającego”*. Przede wszystkim zaznaczyć należy, że Integrated Solutions już w momencie złożenia oferty zaoferował rozwiązanie spełniające wymagania Zamawiającego. Potwierdził to m.in. składając oświadczenie zawarte w pkt 1 i 2 formularza Oferty o następującej treści: *„SKŁADAMY OFERTĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania.”* Powyższą deklarację potwierdził następnie we wspomnianych wyżej wyjaśnieniach z 25.07.2016 r. Rozwiązanie oferowane przez Wykonawcę od początku było tym samym produktem spełniającym wymagania Zamawiającego. Sposób wypełnienia formularza złożonego wraz z ofertą oraz jego uszczegółowienie złożone w wyniku wyjaśnień, w żaden sposób nie wskazują na zmianę oferowanego rozwiązania, gdyż wyjaśnienia jedynie doprecyzowują informacje dotyczące oferowanego rozwiązania - w dalszym ciągu jest mowa o jednym i tym samym rozwiązaniu. Zauważył, że wyjaśnienia Wykonawcy dotyczą jedynie doprecyzowania informacji zawartych w formularzu dołączanym do oferty nie odnosząc się, ani nie zmieniając ceny oferty. Zamawiający nie zgadza się z Odwołującym, że: *„bez dopisania w wyjaśnieniach dodatkowych elementów oferowanego systemu Wykonawca nie mógłby spełnić świadczenia, które zaoferował”*. Twierdzenie Odwołującego wręcz potwierdza fakt, że Integrated Solutions musiał od początku ująć w swojej ofercie wszystkie elementy wymagane w SIWZ - inaczej nie mógłby złożyć oferty. Natomiast wypełnienie Formularza nr 8 w sposób zagregowany (rozpisany mniej szczegółowo) nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, Zamawiający w SIWZ nie wskazywał szczegółowo w jaki sposób Wykonawcy są obowiązani wypełnić formularz nr 8. Dawało to wykonawcom pewną dowolność. Integrated

Solutions w Formularzu nr 8 dołączonym do oferty opisał oferowany przedmiot zamówienia w sposób zagregowany. Natomiast w wyjaśnieniach przedstawił składniki wchodzące w skład poszczególnych pozycji. Podkreślenia wymaga fakt, że oferowany przedmiot zamówienia nie uległ zmianie. Ponadto zauważył, że zarówno odwołujący, jak i Integrated Solutions zaoferowali tożsame rozwiązania. Jednak porównując sposób wypełnienia Formularza nr 8 przez Odwołującego z wykazem przedstawionym przez Integrated Solutions w wyjaśnieniach, stwierdzić należy, że nie jest on identyczny. Jednak obie oferty spełniają wymagania SIWZ. Sam Odwołujący w odwołaniu wskazuje tylko niektóre z dodatkowych pozycji znajdujących się w wyjaśnieniach Integrated Solutions jako „*zmiany istotne*”. O części pozycji uszczegółowionych w wyjaśnieniach Odwołujący nawet nie wspomina w treści Odwołania, a pozostałe klasyfikuje jako „*zmiany nieistotne*”. Świadczy to o tym, że Wykonawcy mieli możliwość wypełnienia Formularza nr 8 w sposób dowolny, również zagregowany (jak uczynił to Integrated Solutions). Zamawiający nie sprecyzował szczegółowych wymagań w odniesieniu do sposobu wypełniania formularza. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty stwierdzić należy, że Zamawiający dokonując analizy ofert oraz złożonych wyjaśnień upewnił się, że oferowane przez Integrated Solutions rozwiązanie w całości spełnia wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy, ponieważ jej treść odpowiada treści SIWZ.

Zarzut 2. Zamawiający stoi na stanowisku, iż oferta Integrated Solutions Sp. z o.o. w żaden sposób nie jest niezgodna z Pzp. Zamawiający w pkt 15.1, Tomu SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) zapisał, iż dokona weryfikacji przedstawionych przez Wykonawcę danych dotyczących skuteczności wykrywania zagrożeń IPS (jedno z kryteriów oceny ofert) na podstawie dołączonego do oferty raportu, w którym określona jest skuteczność wykrywania zagrożeń IPS, Jednocześnie zaznaczył, że zaakceptuje raport NSSLabs NGIPS z 2015 roku, który dostępny jest m.in. pod adresem: [http://www.exclusive-networks.fr/apres-le-fortl.gate-8Q0c-nss-labs-ffiCQmma.n.de-le*fortigate-1500d-comme-solution-de-next-generation^firewall-ips-la-p\).uSrperfQrmanM:.l.a.-plus-efficace-et-au-meilleur-tco/](http://www.exclusive-networks.fr/apres-le-fortl.gate-8Q0c-nss-labs-ffiCQmma.n.de-le*fortigate-1500d-comme-solution-de-next-generation^firewall-ips-la-p).uSrperfQrmanM:.l.a.-plus-efficace-et-au-meilleur-tco/).

Dokładnie taki raport dołączył Integrated Solutions Sp. z o.o., do swojej oferty. W związku z powyższym nietrafiony jest zarzut odwołującego, że brak tłumaczenia raportu stanowi niezgodność oferty z ustawą. Pomimo tego, że Zamawiający zapisał w SIWZ, że: „*postępowanie prowadzone jest w języku polskim oraz że dokumenty sporządzone w innym języku winny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski*”, to jednocześnie w przypadku raportu wskazał wyraźnie jaki raport zaakceptuje. Podając konkretny adres internetowy w SIWZ założył, że zamieszczony tam dokument może zostać złożony i zostanie przyjęty. Na podanej przez Zamawiającego stronie www przedmiotowy raport jest zamieszczony m.in. w języku angielskim (raport nie występuje w języku polskim). Zamawiający zaznaczał jednocześnie na marginesie, że powyższy raport wraz

z tłumaczeniem został również dołączony do oferty Odwołującego. W związku z tym przyjąć należy, że Zamawiający jest w posiadaniu wersji raportu w języku polskim. Byłoby nadmiernym formalizmem wzywanie Integrated Solutions do przedstawiania tłumaczenia dokumentu, który Zamawiający posiada w swoich zasobach (choćby w ofercie Odwołującego). Podsumowując stwierdził, że Integrated Solutions Sp. z o.o., złożył dokument wskazany w SIWZ, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wyrażonym w SIWZ.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, Formularza oferty, załącznika nr 8 do Formularza „Oferta”, załącznika nr 9 do Formularza „Oferta”, treści oferty Przystępującego, wezwania z 21.07.2016 r. skierowanego do Przystępującego, dwóch wyjaśnień Przystępującego z 25.07.2016 r. oraz z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 29.07.2016 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje treść postanowień SIWZ przywołanych w odwołaniu, przystąpieniu oraz odpowiedzi na odwołanie, treść oferty Odwołującego wskazanej w odwołaniu (tabela), wezwania z 21.07.2016 r. skierowanego do Przystępującego, dwóch

wyjaśnień Przystępującego z 25.07.2016 r., w szczególności specyfikacji urządzeń przesłanych za drugim razem, wskazanej również w odwołaniu (tabela). Uznając, że spór nie dotyczy sytuacji faktycznych, ale oceny prawnej opisanych czynności Zamawiającego oraz uzyskanego w wyniku wezwania i odpowiedzi – dokumentu, tj. specyfikacji urządzeń, jak ich oceny przez Zamawiającego, tzn. oferty, w tym złożenia przywołanego w odwołaniu raportu w języku angielskim bez tłumaczenia, tudzież specyfikacji urządzeń (na ile jest to wyjaśnienie, a na ile uzupełnienie - załącznika nr 8 do Formularza „Oferta”). Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego – złożone przez Odwołującego na rozprawie następujące dowody:

Dowód 1 – kartę katalogową urządzenia FortiGate 500D, zaoferowanego tak przez Zamawiającego, jak i Przystępującego wraz z tłumaczeniem str. 2 na okoliczność tego, iż w zestawie znajdują się tylko 2 moduły SFP SX, gdy tymczasem Zamawiający wymagał większej ilości. Zgodnie z pkt 2.5 OPZ z części I.

Dowód 2 – karta katalogowa producenta FortiNet, odnośnie urządzenia FortiGate 500D, na okoliczność iż moduły SFP SX, występują też jako opcje, które można dodatkowo dokupić do urządzenia.

Dowód 3 – oferta z wyceną firmy Veracomp, dla Odwołującego odnośnie tych modułów, wraz z certyfikatem potwierdzającym, że firma Veracomp jest autoryzowanym dystrybutorem firmy Forti Net, wraz z tłumaczeniem certyfikatu.

Dowód 4 – wyciąg z karty katalogowej, odnośnie licencji dla sprzętu DDoS (str. 46) wraz z tłumaczeniem na okoliczność, iż dopiero w skutek odpowiedzi Przystępującego, została zaoferowana licencja w poz. 4.5 odpowiadająca wymogowi Zamawiającego w pkt 6.1.7. OPZ w części II str. 8.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu 1 naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że złożona oferta w świetle udzielonych wyjaśnień o charakterze oświadczenia woli modyfikującego treść złożonej oferty, nie odpowiadała treści SIWZ i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba oddaliła zarzut.

Względem pierwszej kwestii (odnośnie Sprzętu typu firewall), w ocenie Izby, dowody

złożone na rozprawie przez Odwołującego, a zwłaszcza dowód 1, 2, jak i 3, nie wykluczają możliwości złożenia oferty z uwzględnieniem dodatkowych modułów SFP SX. Nadto z poz. 1.1 pierwotnego załącznika nr 8 do Formularza „Oferta” wynika, iż takie moduły od początku zostały zaoferowane Zamawiającemu przez Przystępującego w pakiecie, biorąc pod uwagę użyte sformułowanie „BUNDLE”, Izba nie widzi podstaw do uznania, jak podnosił na rozprawie Odwołujący, że słowo „BUNDLE” dotyczyło stricte licencji, skoro przedmiotowa pozycja dotyczyła (była umiejscowiona), zgodnie z przywołanym załącznikiem – Sprzętu typu firewall (poz. 1), a licencji i oprogramowania dla sprzętu typu firewall dopiero kolejna (poz. 2). W konsekwencji stanowisko Zamawiającego z rozprawy, iż rozumiał to szerzej niż Odwołujący ma uzasadnienie w treści pierwotnego załącznika nr 8 do Formularza „Oferta”, a zmiana oferty przez wyjaśnienia nie miała miejsca.

Odnosnie kolejnej kluczowej kwestii (odnośnie licencji dla sprzętu DDoS), Izba stoi na stanowisku, że z dowodu nr 4 złożonego na rozprawie przez Odwołującego – nie wynikają okoliczności, świadczące o tym, że wymóg z pkt 6.1.7. OPZ tworzenia i wyświetlania raportów w oparciu o dane historyczne, został osiągnięty dopiero w wyniku udzielonych wyjaśnień poprzez dopisanie nowej poz. 4.5. Wręcz przeciwnie złożony katalog dotyczy właśnie – Licencji i oprogramowania dla sprzętu typu DDos zaoferowanego w poz. 4.1 pierwotnego załącznika nr 8 do Formularza „Oferta”. W ocenie Izby także, Przystępujący w sposób wiarygodny wykazał, że w ramach licencji głównej bezkosztowej mamy dodatkowe sublicencje, które mają charakter płatny i generują koszty, gdyż na liczbę - 3 licencji pierwotnego załącznika nr 8 do Formularza „Oferta” (poz. 4.1) składała się licencja główna w liczbie 1 – nowa poz. 4.3 oraz licencja o nr 1927013S nowa poz. 4.4, która musiała być zaoferowana w ilości 3, stąd w pierwotnym formularzu wskazano 3 sztuki, jako generujące określone koszty. Z powyższych względów uległa zmianie w skutek wyjaśnień z 25.07.2016 r., jedynie prezentacja liczby licencji, choć już w poz. 4.1 pierwotnego załącznika nr 8 do Formularza „Oferta” była już zagregowana licencja główna wraz z sublicencjami.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

2) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo złożenia wraz z ofertą wskazanego w załączniku nr 9 do Formularza „Oferta” raportu w języku angielskim bez tłumaczenia. Izba oddaliła zarzut.

Izba uznała że sformułowanie użyte w załączniku nr 9 do Formularza „Oferta” – „Zamawiający akceptuje raport (...) który dostępny jest m.in. pod adresem: (...)” miało wieloznaczny charakter i mogło zostać uznane w kontekście także wcześniejszych dwóch zdań: „(...) należy wprowadzić wartość liczbowa dla zaoferowanego rozwiązania według **dolażonego do oferty** raportu, w którym określona jest skuteczność wykrywania zagrożeń

IPS. Wartość ta musi być wyrażona w procentach z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”, za akceptacje raportu także w języku angielskim bez tłumaczenia. Z tej przyczyny biorąc pod uwagę wieloznaczność użytego sformułowania, Izba kierując się zasadą, że niejednoznaczne, wieloznaczne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawców oddaliła przedmiotowy zarzut.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....