

WYROK
z dnia 12 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2016 r. przez **Odwołującego –Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków**,

przy udziale:

- A) Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B) Zakładu Systemów Komputerowych Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty;**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych 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.2015.2164 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Wyłonienie Wykonawcy w zakresie dostawy, montażu i uruchomienia urządzeń sieciowych, dla nowego budynku Wydziału Chemii Uniwersytetu Jagiellońskiego, zlokalizowanego przy ul. Gronostajowej 2 w Krakowie”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 086-152253 z dnia 3 maja 2016 r.

W dniu 19 sierpnia 2016 r., Odwołujący – Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy oferta Innergo jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ);
- 2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego rozwiązania z wymaganiami Zamawiającego, co doprowadziło do błędnego uznania, że Odwołujący nie wykazał zgodności treści oferty z treścią SIWZ, a ponadto stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż pozostali wykonawcy zostali wezwani do uzupełnienia dokumentów;
- 3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, że Zamawiający nie mógłby przyznać Odwołującemu pełnej puli punktów w kryterium „parametry techniczne urządzeń” zgodnie z deklaracją Odwołującego, tj. również punktów w zakresie poz. 3 i 8a w tabeli opcjonalnych parametrów technicznych;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o z siedzibą w Krakowie (dalej: „ZSK”), mimo iż treść złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom SIWZ;
ewentualnie, również art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów w zakresie, w jakim ZSK nie był jeszcze wzywany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane rozwiązanie wymagań Zamawiającego;
- 5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez niezasadne przyznanie ZSK dodatkowych punktów w kryterium „parametry techniczne urządzeń”, tj. punktów w zakresie poz. 8b, 8c i 9 w tabeli opcjonalnych parametrów technicznych;
- 6) art. 87 ust. 1 pkt 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie ZSK, co spowodowałoby przyznanie Odwołującemu niższej liczby punktów w kryterium „zużycie prądu”, niż w przypadku, gdyby Zamawiający dokonał poprawienia omyłki w ofercie ZSK.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, prawidłowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i ewentualnego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i złożonych dokumentów w trybie art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 Pzp;
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez ZSK, ewentualnie: wezwanie ZSK do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w zakresie, w jakim ZSK nie był jeszcze wzywany do uzupełnienia dokumentów;
- 4) ponownego dokonania oceny ofert i przeliczenia należnej wykonawcom punktacji, w tym: przyznania Odwołującemu pełnej puli punktów za deklarowane opcjonalne parametry techniczne urządzeń oraz nie przyznania ZSK dodatkowych punktów w zakresie parametrów technicznych wskazanych w poz. 8b, 8c i 9 tabeli opcjonalnych parametrów technicznych;
- 5) poprawienia omyłki w ofercie ZSK i przyznania Odwołującemu prawidłowej liczby punktów w zakresie kryterium „zużycie prądu”;
- 6) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Innergo jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym Postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona, zostałaby prawidłowo oceniona i miałby on możliwość uzyskania zamówienia. Ocena punktowa, którą uzyskałby Odwołujący, gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił jego ofertę, umożliwiłaby uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą (Innergo uzyskałoby łącznie więcej punktów niż ZSK). W sytuacji, w której Zamawiający kwestionuje zadeklarowaną przez Innergo liczbę punktów uzyskiwanych w kryterium „parametry techniczne”, Odwołujący posiada również interes w kwestionowaniu oferty złożonej przez ZSK (oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą) zarówno, co do zaniechania jej odrzucenia, jak i co do przyznanej temu wykonawcy oceny punktowej. Tym samym, wskutek niezgodnych z ustawą działań Zamawiającego, Odwołujący poniósł szkodę polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący referując stan faktyczny podał, że do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło 3 wykonawców. W dniu 9 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez ZSK. Zgodnie z przesłaną informacją Zamawiający odrzucił 2 z 3 ofert złożonych w postępowaniu, w tym ofertę Odwołującego. W przesłanej informacji, Zamawiający wskazał również, iż nawet gdyby oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, nie przyznałby Innergo wszystkich punktów za zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie opcjonalne parametry techniczne.

Odwołujący zakwestionował w całości dokonaną przez Zamawiającego negatywną ocenę złożonej przez siebie oferty, jak również, podważył ocenę oferty ZSK. Podniesiono, że oferta ZSK podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Poza tym, Zamawiający niezasadnie przyznał ZSK dodatkowe punkty w zakresie 3 opcjonalnych parametrów technicznych urządzeń oraz zaniechał poprawienia oferty ZSK, co ma wpływ na liczbę punktów przyznawanych Odwołującemu w kryterium „zużycie prądu”.

W zakresie dotyczącym niezgodności treści oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ, Odwołujący podniósł, że:

Zamawiający jako pierwszą podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał niewykazanie przez niego zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami SIWZ, ze względu na niedołączenie dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań oferowanych urządzeń w wymaganej przez Zamawiającego formie, tj. w postaci: wydrukowana strona

tytułowa dokumentu, wydrukowana strona z wersją i datą dokumentu oraz strony, na które powołuje się Wykonawca.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdził, iż po analizie treści złożonej oferty i odpowiedzi Wykonawcy z dnia 15 Lipca 2016 r., uznał, że Innergo nie wykazało spełniania wymagań SIWZ „mimo stosownego wezwania w tym aspekcie, a w szczególności ...” - po czym Zamawiający zamieścił listę kilkunastu wymagań SIWZ, co do których „w szczególności”, Odwołujący nie wykazał ich spełnienia: Załącznik A do SIWZ pkt 16.1.11, 16.1.15, 16.1.18.3, 16.1.25, 16.1.29, 16.2.2, 16.3.2, 16.3.5, 16.4.1, 16.6.5.2, 16.6.6, 16.6.9-16.6.9.8, 16.6.13, 16.8.7, 16.9.4-16.9.4.3, 16.1.27, 17.1.16, 17.1.19.3, 17.1.26, 17.3.6, 17.3.9, 17.4.1, 17.5.10.3, 17.5.11, 17.5.14-17.5.14.8, 17.5.21, 17.6.7, 17.7.8, 17.8.4-17.8.4.3, 17.1.28, 18.1.17, 18.1.20.3, 18.1.27, 18.3.6, 18.3.9, 18.4.1, 18.5.10.3, 18.5.11, 18.5.14-18.5.14.8, 18.5.20, 18.6.7, 18.7.8, 18.8.5-18.8.5.3, 18.1.29, 19.1.9, 19.1.12.3, 19.1.19, 19.2.4, 19.3.6, 19.3.11.3, 19.3.12, 19.3.15-19.3.15.6, 19.3.19, 19.4.5, 19.5.8, 19.6.3, 20.1.9, 20.1.20, 20.2.3, 20.4.5, 20.3.14-20.3.14.6, 20.3.18, 20.3.19, 20.5.8, 20.6.3, 22.1.7-22.1.16, 22.1.18.5, 22.1.19-22.1.24.3.

Odwołujący stwierdził, iż co prawda, Zamawiający poprzedza listę wymagań stwierdzeniem „w szczególności”, jednakże w świetle obowiązku Zamawiającego, aby precyzyjnie i jednoznacznie określić podstawy niezgodności oferty wykonawcy z wymaganiami SIWZ (m.in. poprzez wskazanie wymagań SIWZ, których spełnienie nie zostało potwierdzone), nie sposób uznać, iż Zamawiający nie wymienił pełnego zakresu zarzucanej przez niego niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Stanowiłoby to rażące naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Posłużenie się powyższym, nieprecyzyjnym sformułowaniem jest istotne w kontekście treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 11 lipca 2016 r.

Argumentowano następnie, że działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Innergo było nieprawidłowe. Zamawiający przed odrzuceniem oferty Wykonawcy zobowiązany był bowiem do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymaganych parametrów, w zakresie, w jakim w jego ocenie dokumentacja załączona do oferty nie była wystarczająca. Wezwanie, które Zamawiający skierował do Innergo w dniu 11 lipca 2016 r. nie pozwala na uznanie, iż Zamawiający wyczerpał procedurę wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnianie tych wymagań, które zostały wymienione w uzasadnieniu odrzucenia oferty Innergo.

Odwołujący podniósł, iż w wezwaniu z dnia 11 lipca 2016 r. Zamawiający nie wskazał Odwołującemu, iż uznaje za niepotwierdzone spełnienie wymagań SIWZ zawartych w ww.

punktach Załącznika A do SIWZ. Wezwanie, po ogólnej formule wskazującej na konieczność wyjaśnienia treści oferty oraz uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, podzielone zostało na trzy punkty. W pkt „1.” Zamawiający wskazał postanowienia SIWZ dotyczące przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań SIWZ, a następnie w podpunktach 1), 2), 3), 4) i 5), wyszczególnił punkty SIWZ, co do których stwierdzał, że „nie mają potwierdzenia w dostarczonej dokumentacji i wymagają wyjaśnień oraz uzupełnienia”. Wskazane w wezwaniu w pkt „1.” punkty SIWZ to: 17.1.8, 17.1.9, 18.1.8., 18.1.9, 17.5.1.1., 17.5.2, 17.1.28, 17.6.3. Kolejne punkty „2.” i „3.” wezwania wskazują na konieczność złożenia przez Innergo wyjaśnień.

Jedynie zatem w zakresie wymagań wyszczególnionych w pkt „1.” wezwania, doszło do prawidłowego wyczerpania procedury wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów na potwierdzenie spełniania wymagań SIWZ. W tym zakresie, Odwołujący prawidłowo uzupełnił wymagane dokumenty i Zamawiający uznał te ww. wymagania, których dotyczyło wezwanie, za potwierdzone (za wyjątkiem wymagania 17.1.28, co do którego w dalszej części odwołania, Innergo zarzuca Zamawiającemu błędną ocenę oferty Wykonawcy).

Odwołujący podniósł, iż wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp powinno być jednoznaczne i precyzyjnie wskazywać Wykonawcy, jakie braki oferty dostrzega Zamawiający i na czym one polegają. Zamawiający w przedmiotowej sprawie opisał, na czym polegają braki oferty, natomiast nie wskazał innych, poza ww. wymienionymi wymagań SIWZ, których spełnienia w jego ocenie Odwołujący nie potwierdził. W szczególności, w wezwaniu nie wskazano tych wymagań, które zostały następnie wymienione w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Dopiero uzasadnienie odrzucenia oferty Innergo ujawniło oczekiwania Zamawiającego, które nie zostały wyrażone w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z 11 lipca 2016 r. Nie jest wystarczające przykładowe czy opisowe określenie przez Zamawiającego, jakie nieprawidłowości dostrzega w ofercie Wykonawcy, gdyż Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakiego zakresu dotyczy wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto, że skoro dokonując odrzucenia oferty, Zamawiający był w stanie dokładnie wymieniść punkty SIWZ, co do których oczekiwał potwierdzenia spełniania wymagań, powinien był je jednoznacznie wskazać w kierowanym do Wykonawcy wezwaniu.

Podkreślono następnie, że wezwania do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający w dniu 11 lipca 2016 r. skierował do każdego z trzech wykonawców, przy czym zarówno w wezwaniu do ZSK, jak i wezwaniu do Qumak S.A., Zamawiający przy zastosowaniu takiej

samej części ogólnej wezwania do uzupełnienia dokumentów i tych samych sformułowań, wskazał wyraźnie kilkadziesiąt punktów SIWZ, co do których wymaga uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań.

Odwołujący stwierdził, iż działanie Zamawiającego stanowi rażący przykład nierównego traktowania wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji i naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Gdyby bowiem wzywając Innergo do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający wyraźnie wskazał, iż wymaga przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełniania nie tylko tych wymagań, które wyraźnie wskazał w treści wezwania, ale również w pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do punktów Załącznika A do SIWZ, które wymienił w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Odwołujący prawidłowo dokonałby uzupełnienia dokumentów również dla pozostałych punktów, tak jak zrobił to prawidłowo dla wymagań wymienionych w punkcie nr 1 wezwania z 11 lipca 2016 r.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z wyrażonym w orzecznictwie poglądem: *„Instytucja odrzucenia oferty winna być stosowana po wyczerpaniu przez zamawiającego wszystkich prawnie dopuszczalnych instytucji mających na celu sanowanie oferty złożonej przez wykonawcę. Każdorazowo nadużycie instytucji odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania przesądza o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowanie, gdyż pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych czynność Zamawiającego w odniesieniu do któregośkolwiek z wykonawców różnicuje ich sytuację w postępowaniu w sposób nie znajdujący oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.”* (wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r. KIO 584/12)

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy i nieprawidłowo dokonał odrzucenia oferty Innergo ze względu na niepotwierdzenie wymagań określonych w ww. punktach SIWZ, gdyż w pierwszej kolejności, powinien był (tak jak dokonał tego w przypadku pozostałych dwóch oferentów) wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do punktów Załącznika A do SIWZ wymienionych w podstawie odrzucenia. Biorąc bowiem pod uwagę, że wezwanie nie wyrażało wprost i jednoznacznie żądania Zamawiającego, należy stwierdzić, że wezwanie z dnia 11 lipca 2016 r. nie dotyczyło tych wymagań, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty Innergo, a zatem - Odwołujący nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Odwołujący wniósł zatem o nakazanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie.

Wskazano następnie, że Zamawiający zarzuca również Odwołującemu niezgodność oferowanego rozwiązania z wymaganiami zawartymi w pkt 16.1.27, 17.1.28 i 18.1.29 Załącznika A do SIWZ. Wymagania te są jednakowej treści (odnoszą się do tego samego

systemu operacyjnego zaoferowanego przez Innergo) w odniesieniu do trzech różnych typów urządzeń (przełączniki P1, P2 i P3). Odwołujący wskazał tym samym, że zarówno uzasadnienie odrzucenia, jak i poniższa argumentacja dotyczy każdego z nich.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nieprawidłowo stwierdza, iż oferowane urządzenia wraz z systemem operacyjnym nie spełniają wymagań SIWZ i nie realizują oczekiwanej funkcjonalności, tj.: *„Obsługa Wirtualnych Routerów - możliwość uruchomienia oddzielnych procesów protokołu dynamicznego routingu z oddzielnymi tablicami. Możliwość użycia tych samych podsieci w różnych wirtualnych routerach”*.

Wskazano, że wykonawca zapewnił rozwiązanie, które nie tylko spełnia wymagania opisane w SIWZ, ale oferuje również dodatkowe możliwości. Zaprezentowana przez Zamawiającego argumentacja jest nieprawidłowa pod względem technicznym i nie odnosi się do faktycznych właściwości i funkcjonalności oferowanego rozwiązania. Ponadto, w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający dokonuje doprecyzowania i rozwinięcia swoich wymagań, w sposób, który nie został w żaden sposób ujawniony w dokumentacji przetargowej.

Odwołujący podniósł, iż w SIWZ, która po upływie terminu składania ofert nie może ulec zmianie i jest wiążąca w określonej postaci zarówno dla wykonawców, jak i Zamawiającego, zawarto wyłącznie wymaganie zapewnienia określonej funkcjonalności: *możliwość uruchomienia oddzielnych procesów protokołu dynamicznego routingu z oddzielnymi tablicami. Możliwość użycia tych samych podsieci w różnych wirtualnych routerach*. Zamawiający nie zdeterminował sposobu, w jaki funkcjonalność ma być realizowana, ani nie dookreślał dalszych wymagań, co do jej wykorzystania czy szczególnych właściwości. Jeżeli Zamawiający posiadał dodatkowe szczegółowe wymagania, co do ww. funkcjonalności, czy też oczekiwał zapewnienia szczególnych potrzeb, zobowiązany był je wyraźnie określić w SIWZ - dokonywanie oceny oferty Odwołującego w odniesieniu do wymagań, które nie zostały jednoznacznie wyrażone w treści SIWZ, jest niedopuszczalne i nie może rodzić wobec Odwołującego negatywnych konsekwencji. Zamawiający, zobowiązany do określenia przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i kompletny, jak najpełniej wyrażający jego wymagania, nie może oczekiwać od Wykonawców, że będą stosować się do tych ograniczeń czy wytycznych, który nie zawarł w SIWZ.

Argumentowano, że dotyczy to w szczególności sposobu zapewnienia przedmiotowej funkcjonalności, którą Odwołujący realizuje z wykorzystaniem MPLS. W SIWZ nie znalazło się zastrzeżenie, iż Zamawiający nie dopuszcza zastosowania takiego rozwiązania i uruchomienia tej funkcji poprzez MPLS. Wręcz przeciwnie, Zamawiający wymaga obsługi

MPLS na głównych przełącznikach (P1) oraz punktuje obsługę tego protokołu dla przełączników P2 i P3. Dawało to podstawy do przyjęcia, że Zamawiający zakładał możliwość otrzymania urządzeń z tym, bardzo uniwersalnym, mechanizmem. Logicznym i uzasadnionym technicznie było zatem wykorzystanie tego mechanizmu do zapewnienia funkcji wirtualnych routerów.

Odwołujący podniósł przy tym, że w opisie wymaganej funkcjonalności, brak również wskazania, że Zamawiający wymaga separacji sieci w określonym obszarze i nie przedstawił planowanego wykorzystania tej funkcji. Stąd też, nie sposób wymagać, aby Wykonawcy uwzględnili te wytyczne w oferowanym rozwiązaniu.

Podniesiono następnie, że argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu odrzucenia ujawnia, iż Zamawiający nie posiada pełnej wiedzy, co do funkcjonowania MPLS, w szczególności - usługi L3VPN. L3VPN pozwala na realizację wymaganych wirtualnych routerów w dużo większych sieciach, nie eliminując możliwości uruchomienia tej funkcjonalności dla mniejszych jednostek. W małych sieciach natomiast, funkcja wirtualnych routerów ma bardzo wąskie zastosowanie.

Odwołujący stwierdził, iż to, że oferowane rozwiązanie przedstawia również inne możliwości i szersze zastosowanie niż to, które jak się okazało, przewiduje Zamawiający, nie może być interpretowane jako niezgodność oferty z treścią SIWZ. Zwłaszcza w sytuacji, gdy wymagana funkcjonalność została zapewniona, a Zamawiający nie ujawnił w treści SIWZ wszystkich oczekiwań, które posiada wobec oferowanego rozwiązania. W istocie, w uzasadnieniu odrzucenia, Zamawiający tworzy zupełnie nową treść wymagań i dopiero na tym etapie dokonuje ich doprecyzowania.

Podkreślono następnie, że po zapoznaniu się z nowym, rozszerzonym opisem funkcjonalności, Odwołujący stwierdza że *de facto* prosta funkcja, którą Zamawiający opisuje po raz pierwszy dopiero w uzasadnieniu odrzucenia, jest w istocie dostępna na zaoferowanych urządzeniach. Funkcja ta nazywa się Multi-VPN-Instance CE i wprost realizuje dodatkowe wymagania Zamawiającego, bez potrzeby uruchamiania MPLS (potwierdzenie zaoferowania tej funkcji znajduje się w dokumentacji przywołanej w ofercie - Dokumenty R115x-HPE FlexFabric 12900E & 12900 MPLS Configuration Guide i R11xx-HPE FlexNetwork 5510 HI MPLS Configuration Guide).

Wskazano, iż ogólnikowość zarówno postanowienia SIWZ w pkt 16.1.27, 17.1.28 i 18.1.29, jak i wezwania z dnia 11 lipca 2016 r., w którym Zamawiający wzywa jedynie w sposób ogólny do przedstawienia bardziej szczegółowego opisu oferowanego w tym zakresie rozwiązania, spowodowała, że Odwołujący uznał za zasadne zaprezentowanie

rozwiązania pozwalającego na możliwie najszerszą realizację wymaganej funkcjonalności. Funkcja L3VPN realizowana przez MPLS jest funkcją dającą większe możliwości i mającą szersze spektrum zastosowań. Dlatego też, nie mając wiedzy o tym, że wymagania Zamawiającego są bardziej szczególne i odmienne niż wynika to wprost z postanowień SIWZ, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 lipca 2016 r., Innergo nie wskazało funkcji Multi-VPN-instance CE, mimo jej dostępności dla Zamawiającego w oferowanym rozwiązaniu.

Odwołujący podniósł, iż jak wskazuje się w orzecznictwie: *„Zamawiający związany jest postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w takim samym stopniu, jak i wykonawcy. Stanowi on bowiem instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób mają sporządzić poprawną ofertę, przy czym jeśli wykonawcy postąpią zgodnie z tą instrukcją to zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy ani odrzucić jego oferty. Zaś skutkami swojego przeoczenia w dokonaniu prawidłowego opisu sposobu realizacji zamówienia zamawiający nie może obarczać wykonawców. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.”* (wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2012 r. KIO 1027/12).

Wskazano również, że możliwość przyjęcia równych interpretacji wymagań SIWZ, ze względu na nich jednoznaczność czy bardzo ogólny charakter, nie może wywierać negatywnych skutków dla Wykonawcy, zaś wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Tak m.in. wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 643/12 *„Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury”*.

Odwołujący stwierdził, iż pomijając nawet fakt, że obowiązkiem Zamawiającego było precyzyjne i pełne opisanie jego faktycznych wymagań, to Zamawiający nie umożliwił Wykonawcy, w drodze wyjaśnień wystosowanych w trybie art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 Pzp odnieść się do szczegółowych oczekiwań Zamawiającego. Zaznaczono jednocześnie, że wezwanie do wyjaśnień, nie ma charakteru jednokrotnego. W związku z powyższym, czynność odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ należy uznać za nieuprawnioną.

W zakresie oceny punktowej oferty Innergo w kryterium "parametry techniczne", Odwołujący podniósł, że:

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia, iż nie byłoby zasadne przyznanie Innergo punktów w zakresie pod kryteriów oceny ofert (w ramach kryterium „parametry techniczne urządzeń”) opisanych w pkt 13) ppkt 6.3 SIWZ oraz pkt 13) ppkt 6.8.1 SIWZ. Parametry te należało potwierdzić odpowiednio w poz. 3 i 8a tabeli parametrów technicznych, zaś przyznawana za nie ocena punktowa wynosiła odpowiednio 0,8 i 0,5 pkt przez każdego z członków komisji.

Jeśli chodzi o pierwszy z parametrów: zaoferowanie urządzeń z obsługą parametru ringowego zgodnego ze standardem RFC 3619, tj. EAPS, Odwołujący podniósł, że argumentacja Zamawiającego jest nieprawidłowa. Zaoferowane przez Innergo rozwiązanie - RRPP zapewnia zgodność parametru ringowego z wytycznymi protokołu RFC 3619, zaś Zamawiający nie wykazał, że wskazane przez niego różnice mają znaczenie dla stwierdzenia niezgodności obu protokołów, co do oferowanych funkcji, a w szczególności - uniemożliwiają współpracę urządzeń, z których jedno posługuje się protokołem RFC 3619, zaś drugie - RRPP.

Argumentowano, iż Zamawiający błędnie określa specyfikę i charakter dokumentu RFC 3619, co prowadzi m.in. do pominięcia faktu, iż to, że dokument ten zawiera wyłącznie ogólne wytyczne i nie jest tak szczegółowy jak dokumenty „o randze” standardu (dokumenty opisujące standardy, np. IEEE mają po kilkaset stron i opisują dziesiątki parametrów. RFC takim dokumentem nie jest, jego objętość to zaledwie 7 stron i nie definiuje wszystkich parametrów), umożliwia obsługę zgodnych z nim protokołów ringowych przy wykorzystaniu różnych rozwiązań. Argumentacja Zamawiającego wskazuje na brak pełnej znajomości przedmiotu sprawy, zaś usunięcie wynikających stąd wątpliwości, mogłoby nastąpić chociażby poprzez rzetelne, ponowne wezwanie Odwołującego do udzielenia niezbędnych wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, że protokół RRPP, którym posługują się zaoferowane przez Odwołującego urządzenia, zapewnia realizację tych samych funkcji. Co więcej, wbrew bezpodstawnym twierdzeniom Zamawiającego, przeprowadzone testy potwierdzają, że jak najbardziej możliwa jest współpraca w ogólnie dowolnej konfiguracji sieciowej dwóch urządzeń, z których jedno posługuje się protokołem RRPP a drugie - RFC 3619.

Wykazywane przez Zamawiającego różnice w zakresie zużycia VLAN-ów i budowy nagłówek, nie mają tutaj żadnego znaczenia dla faktycznej pracy urządzenia i zapewnienia realizacji potrzeb Zamawiającego. Dodatkowy VLAN ID używany przy posługiwaniu się

protokołem RRPP, nie stanowi problemu, ponieważ ilość dostępnych VLAN ID w sieci jest równa 4096, mówimy więc o zabranii 0,25 promila zasobów w zamian za możliwość realizacji bardziej zaawansowanych funkcji. Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ ilości VLAN które może poświęcić na VLAN'y kontrolne i nie postawił wymagania jednego VLAN'u kontrolnego. Ponownie, jeśli Zamawiający posiadał specyficzne potrzeby lub oczekiwał ściśle określonego rezultatu, powinien wskazać je w treści SIWZ, tak aby Wykonawcy mogli dostosować oferowane rozwiązanie do tych szczególnych wymagań.

Ponadto, jak wykazano w wyjaśnieniach z 15 lipca 2016 r. identyczna jest struktura ramek, natomiast różnice wypunktowane przez Zamawiającego w zawartości linijek nie uniemożliwiają współpracy urządzeń posługujących się różnymi protokołami. Krótka rozprawa zawarta w RFC 3619 wspomina, między innymi, o pożądanym formacie ramki, który to format musi zostać zmieniony, jeżeli chcemy protokół rozbudować o kolejne funkcje. Zgodnie z tym, protokoły realizujące te funkcje i poruszające się w ramach terminologii zawartej w protokole RFC 3619 są z nim zgodne. Takim właśnie protokołem jest RRPP dostępny na oferowanych urządzeniach.

Podniesiono także, że Zamawiający błędnie wskazuje również, iż protokół RRPP jedynie „podąża”, czy „naśladuje” protokół RFC3619 - czasownik „follows” w j. angielskim, w odniesieniu do norm itp. oznacza bowiem „jest zgodny”, „stosuje się do”. Tłumaczenie przyjęte przez Zamawiającego jest stosowane bardziej w odniesieniu do osób, w kontekście wykonywanych przez nie czynności.

Zupełnie niezasadne jest również podważanie przez Zamawiającego przedstawionego przez Odwołującego dokumentu - wniosku patentowego, w oparciu o fakt, że został on złożony przez producenta Huawei a nie - HPE. RRPP jest protokołem który w ramach rodziny systemów operacyjnych Comware jest jednolity. Z tego systemu operacyjnego korzystają HPE (dawne HP), Huawei oraz firma H3C, przy czym urządzenia każdego z tych producentów obsługują ten sam protokół RRPP.

Poza tym, RFC3619 nie jest tożsame, jak twierdzi Zamawiający, z EAPS. RFC 3619 jest notatką o nazwie Extreme Networks' Ethernet Automatic Protection Switching (EAPS) Version 1. Jest to dokument sporządzony przez osobę pracującą w Extreme Networks, ale te dokumenty nie są ze sobą powiązane w sposób, który sugeruje Zamawiający. RFC to notatka opisująca koncepcję budowy protokołu ringowego, bazując na doświadczeniach zebranych podczas tworzenia protokołu EAPS, dostępnego wyłącznie na urządzeniach Extreme Networks. Nie jest opisem standardu EAPS, ponieważ taki standard nie istnieje - nie można więc mówić o tożsamości.

Odwołujący stwierdził tym samym, że Zamawiający nie ma podstaw, aby podważać, iż zaofertowane urządzenia posiadają wymagany parametr i umożliwiają obsługę parametrów ringowych zgodnych ze standardem RFC 3619, nawet jeśli posługują się innym protokołem, tj. RRPP. Tym samym, Innergo powinno otrzymać punkty w ramach tego podkryterium. Argumentacja przedstawiana przez Zamawiającego sprawia wrażenie, iż jest budowana wyłącznie w celu uzasadnienia odmowy przyznania punktów w tym podkryterium i skupia się na wykazywaniu różnic, które nie mają znaczenia dla istoty postawionego wymagania, tj. realizacji przez urządzenie określonych funkcji.

W zakresie możliwości edycji skryptów bezpośrednio na urządzeniu, Odwołujący podniósł, że podstawa nieuznania spełniania przez oferowane urządzenia tego parametru wynika z nadinterpretacji przez Zamawiającego postanowień SIWZ. Z opisu poz. 8a tabeli, nie wynika, że umożliwienie edycji skryptów bezpośrednio na urządzeniu ma dotyczyć również języka skryptowego, jakim jest TCL (nie jest to więc skrypt, przez który rozumie się mniej złożone niż język skryptowy proste programy komputerowe, ciągi poleceń lub instrukcji). Wymagania tego nie uwzględniono w opisie tego parametru.

Odwołujący wskazał, że oferowane urządzenia, co wykazał Odwołujący opisując w odpowiedzi z dnia 15 lipca 2016 r. wykorzystywaną metodę edycji skryptów CLI, umożliwiają edycję skryptów bezpośrednio na urządzeniu, a zatem - spełniają wskazany parametr. Fakt, iż urządzenie oferuje również, pomimo braku takiego wymagania ze strony Zamawiającego, wykorzystywanie plików z komendami TCL, które jednak obsługiwane są w inny sposób, nie wpływa na spełnienie przez Odwołującego parametru w zakresie innych skryptów. Zamawiający nie określił w SIWZ, że wymaga możliwości edycji określonego rodzaju czy też „wszystkich” skryptów. Natomiast, ponieważ oferowane przez Innergo urządzenia spełniają parametr taki, jaki został wskazany w poz. 8a tabeli parametrów technicznych, zasadne jest przyznanie Odwołującemu punktów w tym podkryterium.

W zakresie niezgodności oferty ZSK z wymaganiami SIWZ, Odwołujący podniósł, że:

W Załączniku A do SIWZ, w zakresie wymagań dla przełączników P4 i P5, Zamawiający wskazał: 19.2.3. Obsługa IGMP v2/v3 snooping; 20.2.2. Obsługa IGMP v2/v3 snooping.

Z dokumentów załączonych do oferty ZSK, z tabeli na stronie 149 oferty, wynika, że zaofertowany przez ZSK przełącznik X430 nie obsługuje funkcjonalności „IGMP v3 Snooping with Configurable Router Registration Forwarding”, co oznacza nie spełnienie przez oferowane rozwiązanie ww. wymagań SIWZ.

Z informacji zawartych na stronie 157 oferty ZSK, wynika, że oferowanego przez tego Wykonawcę urządzenia Extreme Networks Summit X430 (przełącznik P4 i P5) oraz Extreme Networks BlackDiamond X8 (przełącznik P1) obsługują system operacyjny ExtremeXOS w wersji maksymalnie 16.X, nie wspierając systemu w wersji 21.X. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 lipca 2016 r. do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień, w odniesieniu do szeregu wymagań, ZSK przywołało dokumenty odnoszące się do systemu Extreme XOS w wersji 21.1, co w odniesieniu do ww. przełączników, nie potwierdza spełnienia wymagań Zamawiającego. Dotyczy to wymagań: 16.1.15, 16.1.23-16.1.27, 16.4.4, 16.6.5-16.6.6, 16.6.9-16.6.9.8, 16.9.4-16.9.4.3, 19.1.17-19.1.19, 19.3.10-19.3.12, 19.3.15-19.3.16, 19.6.2, 20.1.18- 20.1.20, 20.3.10-20.3.12, 20.3.14-20.3.15, 20.3.17, 20.6.2, w zakresie których Wykonawca ten był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. Ponowne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest więc możliwe, a zatem Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty ZSK.

W zakresie niezasadnego przyznania ZSK punktów w kryterium "parametry techniczne urządzeń", Odwołujący podniósł, że:

W pozycji 8b tabeli określono następujący parametr: *„Możliwość zliczania pakietów lub bajtów trafiających do konkretnej ACL i w przypadku przekroczenia skonfigurowanych wartości podejmowania akcji np. blokowanie ruchu, przekierowanie do kolejki o niższym priorytecie, wystanie trapu SNMP, wystanie informacji do serwera Syslog lub wykonanie komend CLI. - możliwość rozszerzenia przez licencję oprogramowania.”*

Punkt 8b nie jest spełniany przez urządzenie Extreme Networks Summit X430 oraz przez urządzenie Extreme Networks Summit X460-G2 połączone w stos. Dowodzi tego dokument na stronie nr 149 oferty, gdzie znajduje się lista urządzeń obsługujących mechanizm CLEAR-Flow, który jest wymagany do realizacji wymaganej funkcji przez urządzenia Extreme. Wyraźnie zaznaczono tam, że nie ma możliwości uruchomienia tej funkcji na urządzeniu X430 (oferowane jako przełączniki P4 oraz P5) oraz że nie jest ona wspierana dla urządzenia Extreme Networks Summit X460-G2 (przełączniki P2 i P3), w sytuacji kiedy pracuje ono w stosie. W przypadku oferty złożonej przez ZSK (za wyjątkiem jednego węzła), wszystkie przełączniki P2 i P3 pracują w stosie.

Punktacja ZSK powinna zostać zatem obniżona o 0,5 punktów (od każdego członka komisji), tj. ZSK powinno otrzymać 0 pkt w tym pod kryterium.

W pozycji 8c tabeli określono następujący parametr: *„Obsługa IEEE AVB (Audio Video Bridging) standardów (IEEE 802,1ak, 802,1as, 802, Qat, 802. Qav), - możliwość rozszerzenia przez licencję oprogramowania”.*

Na stronie 144 oferty ZSK znajduje się tabela z funkcjonalnościami systemu operacyjnego ExtremeXOS, z której wynika, że protokół IEEE 802.1 Audio Video Bridging (AVB) nie jest wspierany przez urządzenie Extreme Networks BlackDiamond X8, które zostało zaoferowane jako przełącznik P1.

Zgodnie z wymogiem SIWZ, aby można było przyznać punkty za dodatkową funkcjonalność związaną z AVB (punkt 8c), musi być ona wspierana na wszystkich urządzeniach, tj. P1, P2, P3, P4, P5. W związku z powyższym, niezasadnie przyznano w tym podkryterium 0,4 punktów - ZSK powinno otrzymać 0 punktów.

W pozycji 9 tabeli określono następujący parametr: „Zaoferowanie urządzeń aktywnych w punktach dystrybucyjnych (tj. poza GPD), które zapewniają tworzenie Polityk Bezpieczeństwa w systemie zarządzania i szybkiej ich propagacji na wszystkie przełączniki znajdujące się w sieci. Polityka powinna się składać z następujących elementów:

- przydział do sieci VLANa
- przydział ograniczenia dostępu do sieci - ACL
- przydział QoS dla poszczególnych aplikacji klienta
- przydział ogranicznika przepustowości - rate limit"

Aby możliwe było uruchomienie Polityki Bezpieczeństwa, o której mowa w tym wymogu, niezbędna jest obsługa tzw. ról - polityk nakładanych na użytkownika, które składają się z elementów wymienionych w wymogu, tj. VLAN, ACL, QoS oraz rate limit. Mechanizm ról wspierany jest przez system ExtremeXOS, ale zgodnie z dokumentem załączonym do oferty ZSK na stronie 147, nie jest on wspierany przez przełącznik Extreme Networks Summit X430. Tym samym, nie ma możliwości zapewnienia tworzenia Polityk Bezpieczeństwa dla wszystkich urządzeń poza GPD.

Parametr jest spełniony jedynie dla urządzeń P2 i P3. W związku z tym, punkty się nie należą i punktację oferty należy obniżyć o 0,8 punktów za ten parametr (od każdego członka komisji), tj. w tym podkryterium ZSK powinno uzyskać 0 punktów.

W zakresie zaniechania poprawienia omyłki w ofercie ZSK, co ma wpływ na przyznanie Odwołującemu punktów w kryterium "Zużycie prądu", Odwołujący podniósł, że:

W ofercie ZSK na stronie 96 znajduje się tabela, w której błędnie podano::

- Model oferowanego urządzenia P5: Extreme Networks Summit x430- 24t
zamiast prawidłowego: Extreme Networks Summit x430-24p
- Ilość urządzeń: 40
zamiast prawidłowej: 13
- Moc zasilacza: 60 W

zamiast prawidłowych: 425 W

dla przełącznika Extreme Networks Summit x430-24p

Niezależnie od tego, czy powyższą omyłkę zakwalifikuje się jako oczywistą omyłkę pisarską lub inną omyłkę polegającą na niezgodności z SIWZ (art. 87 ust. 1 pkt 1 lub 3 Pzp), jej poprawienie powinno zostać obligatoryjnie dokonane przez Zamawiającego, w oparciu o informacje wynikające z innych miejsc oferty ZSK (str. 89 i str. 8 oferty) oraz po ewentualnym wezwaniu wykonawcy do udzielenia wyjaśnień.

W związku z tym zmieni się sumaryczna wartość mocy, ponieważ w wierszu dla przełącznika P5, wartość 2400 W należy zamienić na $13 \times 425 = 5525$ W. Sumaryczna moc dla wszystkich urządzeń wynosi zatem 127 557 W. W wyniku powyższego, zmianie ulegnie punktacja przyznana wykonawcom w kryterium „zużycie prądu”, obliczana ze wzoru (zgodnie z SIWZ).

W związku z powyższym, punktacja w przedmiotowym kryterium zmieni się następująco: Odwołujący powinien uzyskać 9,12 pkt od jednego członka komisji w tym kryterium, zamiast 8,89 pkt (przy założeniu, że ważnie złożono oferty ZSK i Innergo).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu zajętego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że:

W niniejszym postępowaniu jedna ze złożonych ofert, tj. oferta Firmy ZSK zawierała urządzenia sieciowe z oprogramowaniem zarządzającym firmy Extreme Networks, pozostałe dwie oferty (Odwołującego - innergo oraz Firmy Qumak) oferowały urządzenia sieciowe i oprogramowanie zarządzające firmy Hewlett Paekard Enterprise (HPH).

Oferowane w ofercie firmy ZSK urządzenia firmy Extreme Networks były znane Zamawiającemu od strony praktycznej, gdyż były już zainstalowane na innych obiektach Uniwersytetu Jagiellońskiego. Dlatego dość łatwo Zamawiający zweryfikował, że oferowane urządzenia w pełni spełniają wymagania SIWZ. Zamawiający jednak zażądał od firmy ZSK uzupełnienia oferty, gdyż komplet kart katalogowych oferowanych urządzeń, dołączonych do oferty, nie zawierał kompletu informacji o tych urządzeniach i przez to nie potwierdzał wprost wszystkich punktów Załącznika A do SIWZ. W pismach skierowanych do firmy ZSK, Zamawiający poprosił o uzupełnienie dokumentacji w sprawie konkretnych zapisów SIWZ oraz poinformował o korekcie oczywistej pomyłki rachunkowej w ofercie ZSK dotyczącej „Zużycia prądu”. Poinformował, że dla obliczeń punktacji za ten parametr techniczny będzie brał poprawioną wartość 127557W. Dlatego też zarzut nr 6 w piśmie odwoławczym firmy Innergo z dnia 19.08.2016 r., w tej sprawie jest niezasadny, gdyż firma Innergo błędnie

zarzuca, że Zamawiający nie dokonał korekty pomyłki rachunkowej w ofercie firmy ZSK w sprawie „Zużycia prądu”.

Następnie Zamawiający wskazał, że oferowane w ofertach firmy Qumak oraz Innergo urządzenia firmy HPE były nieznanie wcześniej Zamawiającemu od strony praktycznej i dlatego dokonał analizy nie tylko dołączonej do oferty dokumentacji, ale też informacji znajdujących się na stronie producenta, tj. firmy HPE. Zamawiający stwierdził, że dołączona do ofert dokumentacja w postaci kart katalogowych typu „Data Sheet” i „QuickSpec” nie potwierdza spełnienia wszystkich zapisów SIWZ, lub wprost ich nie spełnia. Dlatego też wystosował odpowiednie pisma do firm Qumak oraz Innergo w sprawie uzupełnienia dokumentacji. Dodatkowo, w przypadku oferty firmy Innergo zawarł żądania wyjaśnień w kwestii szeregu punktów SIWZ dotyczących oferty lub konkretnych funkcjonalności oferowanych urządzeń. Również wskazał, że firma Innergo bezpodstawnie przyznała sobie w dwóch pozycjach punkty za opcjonalne parametry techniczne.

Wskazano ponadto, że Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień od wszystkich trzech Wykonawców rozstrzygnął postępowanie przetargowe w dniu 9 sierpnia 2016 i wybrał ofertę firmy ZSK, jako najkorzystniejszą. W treści rozstrzygnięcia odrzucił ofertę firmy Qumak z powodu niespełnienia przez zaoferowane urządzenia sieciowe jednego z warunków wymaganych w SIWZ. Zamawiający odrzucił również ofertę Odwołującego, tj. firmy Innergo, z dwóch powodów:

- pierwszy powód był identyczny jak w przypadku oferty Qumak tj., z powodu braku pewnej wymaganej funkcjonalności przez oferowane urządzenia.
- drugim powodem było nieuzupełnienie (mimo wezwania) dokumentacji dołączonej do oferty, która miała potwierdzić spełnienie wszystkich warunków SIWZ.

Poinformowano, że Zamawiający w dniu 25.08.2016 r. postanowił uchylić decyzję, o rozstrzygnięciu postępowania. Zamawiający przeprowadził ponowną analizę złożonych ofert. Zamawiający wystosował pisma o wyjaśnienia i uzupełnienia złożonych ofert do firm: Innergo i ZSK.

W pismach do firmy ZSK wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia oferty w sprawie spełnienia kolejnych punktów SIWZ (o które wcześniej Zamawiający nie zadawał pytań) oraz w kwestii zakwestionowanych przez Innergo pozycji w punktacji opcjonalnych parametrów technicznych, jak również w sprawie różnic pomiędzy wersjami 16.x i 21.x systemu operacyjnego XOS instalowanego w oferowanych urządzeniach. Po otrzymaniu stosownych wyjaśnień, Zamawiający w dniu 30.08.2016 r. ponownie rozstrzygnął postępowanie przetargowe. Zamawiający wybrał ofertę firmy ZSK, jako najkorzystniejszą powtarzając decyzję z dnia 9.08.2016 r. z korektą w zakresie obniżenia o 0.4 punktacji za opcjonalne

parametry techniczne w wybranej ofercie firmy ZSK. Zamawiający odrzucił oferty firm Qumak i Innergo. Podniesiono, że Zamawiający jest w pełni przekonany, że oferowane urządzenia przez firmę ZSK w pełni spełniają oczekiwania i zapisy SIWZ. Ponowna ocena, mimo obniżenia punktacji o 0.4 punktu za opcjonalne parametry techniczne nie wpłynęła na ostateczny wybór oferty.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający argumentował, iż:

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty ZSK z wymaganiami SIWZ:

Wskazano, że Zamawiający żądał „Obsługi IGMP v2/v3 snooping” dla przełączników typu P4 i P5 (odpowiednio warunki 19.2.3 i 20.2.2 Załącznika A do SIWZ). Zaoferowane w ofercie ZSK odpowiednie urządzenia posiadają tę funkcjonalność. Jest to udokumentowane w wyjaśnieniach firmy ZSK z dnia 25.08.2016 r. Firma Innergo w swym piśmie błędnie utożsamia funkcjonalność „Obsługa IGMP v2/v3 snooping” z „Obsługa IGMP v2/v3 snooping with Configurable Router Registration Forwarding”. Są to dwie różne funkcjonalności - pierwsza pracuje w warstwie L2 modelu OSI i jest obsługiwana przez wszystkie zaoferowane przełączniki, zaś druga (nie wymagana przez Zamawiającego) to funkcjonalność warstwy L3 modelu OSI i nie wszystkie przełączniki ją obsługują. W podstawowej karcie katalogowej systemu XOS dołączonej do oferty firmy ZSK była tylko informacja o drugiej funkcjonalności (warstwy L3) dlatego też Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentacji i stwierdził, że ta uzupełniona dokumentacja potwierdza obsługę „IGMP v2/v3 snooping” przez zaoferowane przełączniki typu P4 i P5. Zamawiający przez całe postępowanie miał świadomość spełnienia tej funkcjonalności, a zarzut firmy Innergo jest bezzasadny.

Argumentowano, że firma ZSK w swych wyjaśnieniach z dnia 11.07.2016 r. dołączyła fragmenty dokumentacji systemu XOS w wersji 21.1 na potwierdzenie spełnienia warunków SIWZ dla przełączników typu P1, P2, P3, P4 i P5. Firma Innergo zarzuca, że wersja systemu operacyjnego obsługiwane przez przełączniki P1, P4 i P5 to maksymalnie 16.x, a więc złożona dokumentacja nie potwierdza spełnienia odpowiednich warunków SIWZ. Zamawiający wskazał, że Firma ZSK w piśmie z dnia 25.08.2016 r. wyjaśniła tę sprawę. Dodatkowo dołączyła odpowiednie oświadczenie przedstawiciela firmy Extreme Networks. Firma Extreme Networks posługuje się jedną wspólną kartą katalogową opisującą funkcjonalności systemu operacyjnego ExtremeXOS. Karta ta (dołączona do oferty) informuje o realizacji określonych funkcjonalności bez podziału na wersje systemu. Podział funkcjonalności jest realizowany tylko na podstawie bazy platformy sprzętowej (tj. modelu przełącznika). W wymaganym przez Zamawiającego zakresie funkcjonalności, wersje 16.x i 21.x są tożsame i oferują dokładnie taką samą funkcjonalność. Wersja 21.x wywodzi się

wprost z wersji 16.1 i została wprowadzona tylko dla nowych platform sprzętowych. W ramach wsparcia technicznego Zamawiający decyduje o zastosowaniu konkretnej wersji oprogramowania ExtremeXOS. Zamawiający w SIWZ nie wymagał konkretnego numeru wersji systemu Operacyjnego dla oferowanych przełączników. Dostarczone przez ZSK. dokumenty potwierdzają więc spełnienie odpowiednich punktów SIWZ. Zamawiający przez całe postępowanie miał świadomość spełnienia tej funkcjonalności, a zarzut firmy Innergo jest bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutu nieuzasadnionego przyznania ofercie ZSK punktów w kryterium "parametry techniczne urządzeń":

Zamawiający podniósł, że Innergo błędnie twierdzi że w punkcie 8b tabeli punktacji nie można przyznać punktów ofercie ZSK bo nie każde oferowane urządzenie obsługuje protokół Clear-Flow. Firma błędnie zakłada, że warunk opisany jako *„Możliwość zliczania pakietów lub bajtów trafiających do konkretnej ACL i w przypadku przekroczenia skonfigurowanych wartości podejmowania akcji np. blokowanie ruchu, przekierowanie do kolejki o niższym priorytecie, wysłanie trapu SNMP, wysłanie informacji do serwera Syslog lub wykonanie komend CLI – możliwość rozszerzenia przez licencję oprogramowania”* jest wyłącznie realizowany przez funkcjonalność „Clear-Flow”. Jak wynika z wyjaśnień firmy ZSK, wraz z uzupełnionymi dokumentami i konkretnymi przykładami realizacji, całą funkcjonalność z punktu 8b można realizować bez użycia Clear-Flow. Clear-Flow jest tylko dodatkowym wygodnym dla użytkownika rozszerzeniem ACL, który nie był wymagany w SIWZ. Tak więc. Zamawiający miał prawo przyznać punkty ofercie ZSK w punkcie 8b i zrobił to zasadnie, mając potwierdzone zapewnienie jej realizacji.

Zamawiający zgodził się z firmą Innergo, że w punkcie 8c gdzie punktuje się *„Obsługa IEEE AVB (Audio Video Bridging) standardów (IEEE 802.1ak, 802.1as, 802.Qat. 802.Qav), - możliwość rozszerzenia przez licencje oprogramowania”* nie można przyznać punktów ofercie ZSK, bo oferowany przełącznik typu P1 (tj. X8) nie obsługuje AVB, dlatego też dokonał ponownej oceny w tym zakresie. Należy jednak podkreślić, że powtórna czynność Zamawiającego, mimo obniżenia punktacji o 0.4 punktu za opcjonalne parametry techniczne w tym zakresie, w żaden sposób nie wpłynęła na zmianę ostatecznego wyboru.

Zamawiający podniósł, że Innergo błędnie uważa, że w punkcie 9 *„Zaoferowanie urządzeń aktywnych w punktach dystrybucyjnych (tj. poza GPD), które zapewniają tworzenie Polityk Bezpieczeństwa w systemie zarządzania i szybkiej ich propagacji na wszystkie przełączniki znajdujące się w sieci (...).”* nie można przyznać ofercie ZSK punktów, bo nie każde zaoferowane urządzenie wspiera mechanizm ról. Firma Innergo błędnie zakłada, że

„polityka bezpieczeństwa” wymaga bezwzględnie mechanizmu ról. Zgodnie z dostarczonymi przez firmę ZSK wyjaśnieniami i konkretnymi przykładami realizacja zapisów z punktu 9 nie wymaga ról w przypadku oferowanych urządzeń sieciowych i oprogramowania firmy Extreme Networks. Można tworzyć Politykę Bezpieczeństwa całkowicie bez mechanizmu ról. Przykładem tego jest przykład z nieco innej dziedziny tj. Polityka dostępu do usług sieciowych Uniwersytetu Jagiellońskiego kontrolowana przez centralny system LDAP. LDAP kontrolował dostęp do takich usług jak poczta email, WiFi, VPN, USOS, i inne bez uruchomionego mechanizmu ról, choć ta funkcjonalność istniała w oprogramowaniu LDAP firmy SUN. Dopiero zakup centralnego serwera dostępu do baz prawniczych LEX z gotowym dedykowanym oprogramowaniem, stworzonym przez firmę zewnętrzną, które zostało napisane w oparciu o mechanizm ról wymusiło uruchomienie tego mechanizmu w LDAP-ie. W docelowym systemie teleinformatycznym Zamawiającego nie ma przesłanek do konieczności stosowania ról, wymagane jest jedynie zapewnienie możliwości tworzenia Polityk Bezpieczeństwa.

Zamawiający stwierdził, że rozwiązanie zaproponowane przez firmę ZSK w pełni zaspokaja oczekiwania Zamawiającego, dlatego przyznano punkty w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania poprawienia omyłki w ofercie ZSK, Zamawiający wskazał, że zarzut jest bezzasadny, gdyż Zamawiający zauważył tą oczywistą pomyłkę i w piśmie z dnia 11 lipca 2016 r. skierowanym do ZSK poinformował, że dokonał korekty, co do ilości przełączników i mocy ich zasilaczy, i że do celów obliczeń punktów w kryterium “Zużycie prądu” będzie brał skorygowaną wartość 127557W.

W odniesieniu do niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ:

Zamawiający przytoczył fragment wezwania z dnia 11 lipca 2016 r. oraz stwierdził, że Wykonawca nie zrealizował żądania Zamawiającego. W piśmie odwoławczym Odwołujący twierdzi, że Zamawiający powinien wskazać konkretne punkty SIWZ wymagające uzupełnienia lub potwierdzenia. Otóż Zamawiający wyraźnie wskazał (w cytacie z fragemntu wezwania podanym w treści odwołania) na załącznik nr 12 do oferty firmy Innergo. Tam Odwołujący konkretnie wymienia kolejne punkty SIWZ, które mają być niby potwierdzone przez, nieliczne dokumenty dołączone do oferty lub przez inne niedołączone, a znajdujące się w Internecie pod podanymi w ofercie skomplikowanymi linkami. Zamawiający w punkcie 3 SIWZ wyraźnie zdefiniował rodzaj dokumentów, uznawanych przez Zamawiającego jako dokumenty potwierdzające wymagania SIWZ - linki internetowe nie są za takie uznawane. Tym samym, w sposób jednoznaczny są zdefiniowane punkty SIWZ, które nie mają

potwierdzenia w dołączonej dokumentacji do oferty firmy Innergo. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający analogiczne żądanie w stosunku do innych oferentów zrealizował inaczej. Wezwanie do uzupełnienia dokumentacji musiało przybrać inną formę, gdyż w ofertach pozostałych firm nie było zbiorczych tabel z punktami SIWZ, powiązanych z konkretną dokumentacją jak w ofercie firmy Innergo - dlatego wezwano do wyjaśnienia konkretnych punktów SIWZ. Odwołujący nie dokonał uzupełnienia wskazanej dokumentacji, więc Zamawiający oceniając ofertę, musiał wskazać nie potwierdzenie spełnienia licznej ilości punktów SIWZ. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że tabela w załączniku 12 oferty Innergo wskazywała nieprawdziwe dane. Otóż w przypadku punktów 16.2.2 i 16.3.2 w ofercie wskazywano, że żądane parametry w tych punktach są potwierdzone w dołączonych do oferty dokumentach „QuickSpec”. Niestety, nie jest to prawdą, gdyż we wskazanych dokumentach brak jest informacji na temat związany z punktami 16.2.2, i 16.3.2.

W kwestii zarzutu technicznego Zamawiający wskazał na wymóg zawarty w punktach 16.1.27, 17.1.28 i 18.1.29 oraz podniósł, że wszystkie oferowane przez Wykonawcę urządzenia typu P1, P2 lub P3 są obsługiwane przez tą samą wersję systemu operacyjnego tj. HPE Comware wersja 7.x. Z analizy dokumentacji dotyczącej tych urządzeń zrealizowanej przez Zamawiającego, urządzenia te (P1, P2 i P3) wraz z oferowanym obecnie systemem operacyjnym nie spełniają warunków SIWZ. Dlatego Zamawiający zażądał dodatkowych wyjaśnień na przykładzie urządzenia typu P2 i warunku 17.1.28. Odpowiedź Wykonawcy była niesatysfakcjonująca i wymijająca, gdyż wskazała na funkcjonalność „VPN Instance” związaną z L3VPN i protokołem MPLS - dlatego konkretnymi argumentami została odrzucona. Zamawiający wszystkie te zarzuty zawarte w piśmie o ponownym rozstrzygnięciu z dnia 30.08.2016 r. (str 9-11) podtrzymał. Warunki i wymagania SIWZ stanowią o protokołach routingu dynamicznego. Zgodnie z dokumentacją firmy HPE dotyczącą oferowanych urządzeń, tj. dla HPE 12900, 7500 w dokumentach „HPE Flexfabric 12900 i 12900E Switch Series Layer 3 –IP Routing Configuration Guide” i „HPE FlexNetwork 7500 Switch Series Layer Laycr 3 -IP Routing Configuration Guide” (strony o nr 2), dla tych urządzeń protokolarni dynamicznymi są wyłącznie takie protokoły jak: RIP, OSPF, IS-IS, EGP i BGP. Nie ma tam mowy o protokole MPLS. Warunki SIWZ wymagają zapewnienia możliwości definiowania wirtualnych routerów działających w obrębie jednego fizycznego urządzenia w oparciu o standardowe protokoły routingu dynamicznego, a szczególnie tych używanych w sieciach Lokalnych (LAN) jak np. RIP czy też OSPF. Z dołączonego przez Wykonawcę fragmentu dokumentacji technicznej, tj. „HPE FlexNetwork 7500 Switeh Sries MPLS Configuration Guide” wynika, że jest możliwość zdefiniowania w ramach MPLS funkcji tzw. „VPN instance”. Nie jest to jednak w żadnym przypadku Wirtualny Router, jakiego

wymaga w SIWZ Zamawiający. Funkcja „VPN instance” w rozwiązaniu HPE grupuje tylko szereg VPN jako osobne domeny dla potrzeb protokołu L3VPN MPLS. Samo istnienie „VPN instance” absolutnie nie realizuje żadnej funkcjonalności routowania, a tym samym wymagania opisane w SIWZ nie są spełnione. Zamawiający wskazał także, iż MPLS jest technologią, w której routowanie (trasowanie) pakietów typu IP (lub innych) zostało zastąpione przez przełączanie etykiet. Powstała ona dla potrzeb wymiany danych pomiędzy Providerem (dostawcą Internetu) i Klientem końcowym (tj. siecią LAN danej firmy). Normalne pakiety sieciowe są enkapsulowane do pakietów MPLS. Istotną częścią technologii MPLS jest funkcjonalność L3VPN. Uzupełnienie dokumentacji, dokonane przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w sprawie przywołanych wymagań SIWZ (tj. punktów 16.1.27 i 21.1.28 Załącznik A SIWZ), w zasadzie przedstawia tylko wskazanie istnienia „VPN Instance”, który ma teoretycznie dowodzić że spełnia to wymogi SIWZ odnośnie Wirtualnych Routerów. Jednak faktycznie są tylko i wyłącznie elementem L3VPN. Wykonawca w ogóle nie udokumentował faktu istnienia funkcjonalności Wirtualnego Routera. Funkcjonalność L3VPN, którą przedstawił Wykonawca, realizuje separację sieci (separacją tablic routingu) na brzegu sieci, na routerach PE (Provider Edge - router dostawcy Internetu), a nie wewnątrz całej sieci, czy też pojedynczego urządzenia.

Zamawiający argumentował, że w piśmie odwołującym firma Innergo błędnie twierdzi, że wskazana przez nich funkcjonalność (VPN instances) jest niby szersza - bo do zastosowania w sieciach rozległych, ale jak sam stwierdza nie ma ona zastosowania w sieciach lokalnych i nie realizuje zapisów SIWZ. Odwołujący twierdzi wymijająco, że ponieważ Zamawiający żądał funkcjonalność MPLS generalnie w głównym przełączniku P1 oraz punktuję ją dla P2 i P3, więc według niego element technologii MPLS w postaci „VPN instances” realizuje zapisy SIWZ w stosunku do Wirtualnych Routerów. Jak wykazał to Zamawiający nie jest to prawdą. Dodatkowo, warunek obsługi Wirtualnych Routerów jest w części zapisów generalnych wymagań dla switcha typu P1 (punkt 16.1.27 Załącznika A do SIWZ), a nie w punktach 15-15.5.9 opisujących wymagania w stosunku do protokołu MPLS. Wymagania Zamawiającego obsługi Wirtualnych Routerów (punkty 16.1.27, 17.1.28 i 18.1.29) nie mówią o protokole MPLS, tylko o protokołach dynamicznego routingu. Wymagania Zamawiającego są dużo szersze niż funkcjonalność typu „VPN Instances” będącą częścią MPLS. Wirtualny Router żądany w SIWZ pozwala na zastosowanie go w znacznie szerszym zakresie: od pojedynczego urządzenia poprzez małe sieci lokalne, następnie sieci rozległe i sieci komunikacyjne z zewnętrznym Providerem (z ewentualnym wykorzystaniem MPLS lub bez MPLS).

Zamawiający stwierdził także, że w piśmie odwołującym z dnia 19.08.2016 roku, Odwołujący próbuje wskazać, że niby istnieje inna funkcjonalność (o innej nazwie) realizująca żadaną w SIWZ funkcjonalność. Ale jak sam Odwołujący stwierdził to w swym piśmie (w stosunku do innej sprawy w tym postępowaniu) zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp Odwołujący był wzywany w tej sprawie do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień i nie może być ponownie wzywany, aby spróbował przedstawić inną funkcjonalność niby spełniającą wymóg SIWZ. Pojęcie „Wirtualnych Routerów”, choć Zamawiający zdefiniował je dodatkowo w punktach 16.1.17, 17.1.28 i 18.1.29 Załącznika A SIWZ, jest powszechnie znane w obszarze technologii urządzeń sieciowych dla pojedynczego urządzenia, sieci lokalnych jak i rozległych. Wiele czołowych producentów urządzeń sieciowych oferuje taką funkcjonalność w swych produktach np. urządzenia firm CISCO, Juniper Networks i inni. Oferowane w ofercie firm Innergo i Qumak urządzenia nie posiadają takiej implementacji Wirtualnych Routerów, choć w ofercie firmy HPE są produkty które mają to zaimplementowane jak np. urządzenie HPH - VSR1000 Virtual Services Router.

W odniesieniu do oceny punktowej oferty Odwołującego w kryterium “parametry techniczne”:

W zakresie pozycji nr 3 opcjonalnych parametrów technicznych, Zamawiający stwierdził, że zapis był jednoznaczny. Nie można przyznać punktów, gdyż oferowane urządzenia nie mają protokołu ringowego RFC3619 (EAPS v1). Żadne karty katalogowe HPE nie wskazują na obsługę RFC3619 (EAPS v1) przez oferowane urządzenia. Dlatego też nie można przyznać punktów w tym zakresie.

Zamawiający stwierdził ponadto, że Odwołujący chce przyznania punktów w tym punkcie za posiadanie przez oferowane urządzenia innego protokołu (RRPP). Do swych wyjaśnień dołączył jednak dokumentację innego producenta tj. firmy HUAWEI zamiast producenta oferowanych urządzeń tj. firmy HPE . Tym samym, z punktu widzenia formalnego, nie można przyjąć wyjaśnień i przyznać opcjonalnych punktów w pozycji nr 3.

Gdyby pominąć braki formalne i założyć, że HPE ma implementację protokołu RRPP, taką samą jak firma Huawei, to i tak nie można przyznać punktów, bo są istotne różnice pomiędzy protokołami RRPP i RFC3619. Zamawiający wykazał, że np.:

- W nagłówku protokołu RFC3619 w pewnym miejscu jest zawsze zero, zaś w przypadku protokołu RRPP zawsze wartość „1” lub większa (określająca numer ringu),
- Protokół RRPP zawsze używa dwóch VLAN-ów kontrolnych, zaś RFC3619 tylko i wyłącznie jeden.

Tym samym RRPP nie jest zgodne z RFC3619. Odwołujący sam też w swym piśmie potwierdza fakt istnienia różnic, ale próbuje je bagatelizować. Przy ocenie zgodności z zapisami SIWZ nie ma pojęcia mniejsza lub większa różnica. Ocena zgodności musi być negatywna i Zamawiający nie może przyznać punktów w pozycji nr 3 dla oferty firmy innergo.

Dodatkowo Zamawiający nadmienił, że inny Wykonawca w tym postępowaniu (tj. firma Qumak) również oferował urządzenia HPE, tylko w modelach nieco innych niż w ofercie firmy Innergo. Urządzenia z obu ofert pracują pod tą samą wersją systemu operacyjnego Comware 7x. Tym samym urządzenia z obu ofert mają te same cechy w stosunku do parametrów wynikających z cech systemu operacyjnego. Firma Qumak w swej ofercie sama stwierdza, że nie przysługują im opcjonalne punkty w pozycji 3. Tym samym pośrednio stwierdzają, że RRPP nie jest zgodne z RFC3619.

W odniesieniu do pozycji nr 8a Zamawiający wskazał, że oferowane urządzenia nie pozwalają na edycję wszystkich rodzajów skryptów obsługiwanych przez te urządzenia bezpośrednio na urządzeniu. Zamawiający stwierdził, że wykazał, iż oferowane urządzenia nie pozwalają na edycje skryptów TCL bezpośrednio na urządzeniu. Zapis warunku w punkcie 8a jest jednoznaczny. Fakt niemożności edycji części skryptów musi powodować konieczność nieprzyznania punktów w tej pozycji. Dodatkowo nadmieniono, że inny Wykonawca w tym postępowaniu (tj. firma Qumak) również oferował urządzenia HPF, tylko w modelach nieco innych niż w ofercie firmy innergo. Urządzenia z obu ofert pracują pod tą samą wersją systemu operacyjnego Comware 7x. Tym samym, urządzenia z obu ofert mają te same cechy w stosunku do parametrów wynikających z cech systemu operacyjnego. Firma Qumak w swej ofercie sama stwierdza, że nie przysługują im opcjonalne punkty w pozycji 8a. Dla nich zapis warunku 8a jest jednoznaczny. Zaś firma Innergo próbuje dopasować do swoich potrzeb interpretacją zapisów, przenosząc ciężar problemu w obszar wartości rzekomo przez nich dodanych. Tymczasem Zamawiający przez określenie *„Możliwość edycji skryptów i ACL bezpośrednio na urządzeniu”* rozumie możliwość edycji wszystkich obsługiwanych skryptów. Wskazuje na to odpowiedź na pytanie 26, w której Zamawiający stwierdza, że nie uznaje za rozwiązanie równoważne, w którym edycja skryptów wymaga przesyłania ich na urządzenia zewnętrzne w celu ich edycji. Poprzez tak udzieloną odpowiedź zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca doskonale zdawali sobie sprawę, że chodzi o skrypty TCL. Zatem każde inne pojmowanie tej kwestii jest nadinterpretacją, próbą wymijającej argumentacji i wpasowania się w zapisy.

Powyższe dowodzi, iż zarzuty Firmy Innergo wobec treści oferty Firmy ZSK nie mają żadnego uzasadnienia faktycznego, a tym samym brak jest podstaw do ich uwzględnienia.

W ocenie Zamawiającego ich złożenie stanowi nieudolną próbę doprowadzenia do ewentualnego unieważnienia postępowania, w przypadku potwierdzenia słuszności i zasadności decyzji dotyczącej odrzucenia oferty Firmy Innergo z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Zamawiający stwierdził ponadto, że powyższa argumentacja wskazuje jednoznacznie, iż oferta Firmy ZSK z siedzibą w Krakowie, jest prawidłowa, oferuje przedmiot zamówienia odpowiadający wymaganiom technicznym i funkcjonalnym opisanym w specyfikacji, czyli jej treść odpowiada w całości treści SIWZ i brak podstaw w tym przypadku do zastosowania dyspozycji wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r., sygn. akt KIO 488/14 oraz z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt KIO 2006/14, KIO 2007/14.

Zamawiający podkreślił, że uzyskane w toku postępowania wyjaśnienia składane przez tego Wykonawcę, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, nie naruszały obowiązujących przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 87 ust. 1, a w efekcie nie doszło w tym przypadku do niedopuszczalnego uzupełnienia oferty. Zamawiający powołał się na pogląd Pawła Granckiego, który stwierdził że: *„Zamawiający-w przypadku wątpliwości, co do informacji zamieszczonych w ofercie (...) w pierwszej kolejności powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia, do czego uprawnia go przepis art 87 ust. 1 PrZamPubl, a w przypadku dalszych wątpliwości – np. co do prawdziwości już uzyskanych informacji od wykonawcy - może zwrócić się bezpośrednio do producenta precyzując jednoznacznie zapytanie w przedmiocie cech urządzenia, co do których nie dał wiary składającemu oświadczenie wykonawcy”* (Paweł Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2014r., uwaga nr 5 komentarza do art. 87).

Zamawiający podkreślił, że również zarzut zaniechania przez Zamawiającego instytucji wyjaśnienia treści oferty Firmy Innergo jest chybiony. Zamawiający przytoczył wyrok KIO z dnia 09.06.2015, sygn. akt: KIO 1090/15 i wskazał, że: *„Instytucja wyjaśnień, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 1 p.z.p.; nie służy doprowadzaniu treści oferty do stanu zgodności z przepisami prawa i wymaganiami zamawiającego”*.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że przepis ten nie nakłada na Zamawiającego bezwzględnego obowiązku wzywania Wykonawców do uzupełnienia wymienionych tam dokumentów. Argumentem przemawiającym za takim stanowiskiem jest pogląd Małgorzaty Stachowiak. Autorka ta jasno stwierdziła, że: *„Szeroko zdefiniowany obowiązek wzywania wykonawców do uzupełniania dokumentów i oświadczeń wymaga usłajenia, kiedy zamawiający jest z tego obowiązku zwolniony. Z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 wezwanie do uzupełnienia dokumentów,*

oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione, tj. wystąpiłaby którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. (...). Zamawiający może odstąpić od wezwania do uzupełniania oświadczeń i dokumentów również w sytuacji, gdy mimo ich braku (lub wad) z całą pewnością da się ustalić, że warunek, który miały potwierdzać, nie jest spełniony (np. przy braku oświadczenia dokument będzie wskazywał na występujące zaległości podatkowe). Ustawa pozwala na odstąpienie od żądania dokumentów również od wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu. W przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia oraz zapytaniu o cenę oferty zawierają dokumenty / oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W wymienionych trybach, jak też w pozostałych, oferty mogą zawierać dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego oraz pełnomocnictwa. Jeżeli zachodzą okoliczności, w których zamawiający byłby zobowiązany do wystąpienia z żądaniem uzupełnienia dokumentów, ale jednocześnie z treści ofert wynika, że podlegają one odrzuceniu, wykonywanie czynności związanych z uzupełnieniem byłoby bezcelowe i sprzeczne z ekonomiką kontraktowania" (Małgorzata Stachowiak [w:] Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2014r., uwaga nr 9 komentarza do art. 26). Zamawiający podniósł, że ocenę oferty dokonał w oparciu o załączoną do niej przez Innergo dokumentację, w tym w szczególności treść Załącznika nr 12 do oferty (gdzie podano nazwy dokumentów i ich adresy internetowe). Ta ocena przekonała Zamawiającego o konieczności odrzucenia tej oferty. W konsekwencji uzupełnianie oferty o brakujące dokumenty, w świetle powyższych wywodów na temat stosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP okazało się być zbędne. Zamawiający przywołał ponadto stanowisko wyrażone w wyroku KIO 2226/11.

Zamawiający stwierdził także, że nie można dowieść naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, na co wskazano w treści odwołania, gdyż nie doszło do wyboru oferty, która powinna być odrzucona. Bowiem „Zgodnie z ustawą - Prawo zamówień publicznych wybór najkorzystniejszej oferty może być dokonany wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania." (wyrok o sygn. akt KIO 230/14 z dnia 19.02.2014 r.), a tak jest w przedmiotowej sprawie. Dlatego też, zarzuty Odwołującego dotyczące najkorzystniejszej oferty, zasługują także na oddalenie w całości.

Podkreślono końcowo, że analiza ofert, ich weryfikacja oraz czynności podejmowane w toku postępowania, a w konsekwencji ocena i porównanie ofert oraz, wybór oferty najkorzystniejszej, były oparte wyłącznie na zebranym w postępowaniu materiale i

przepisach ustawy PZP. Dyspozycje wynikające z obowiązujących przepisów stosowano bezwzględnie i analogicznie wobec wszystkich Wykonawców w nim uczestniczących, adekwatnie do treści złożonych ofert, w tym oświadczeń i dokumentów, czy też wyjaśnień zebranych w toku postępowania.

W konsekwencji Zamawiający podniósł, że nie naruszono art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP. Bowiern *„Należy zważyć, że normy zawarte w art. 7 ust. 1 PrZamPubl kierowane są przede wszystkim do zamawiającego i stanowią klauzule generalne adresowane do zachowań przewidzianych wyłącznie w przepisach Prawa zamówień publicznych. W związku z powyższym w orzecznictwie wyraża się zapatrywanie, że art. 7 ust. 1 PrZamPubl nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze powinien odnosić się do czynności lub zaniechania wynikającego z Prawa zamówień publicznych (tak: wyr. KIO z 5.11.2010 r.: KIO/UZP 2287/10, KIO/UZP 2307/10). Z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych mamy więc do czynienia w każdym przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania czynności wbrew obowiązkom lub zakazom zawartym w Prawie zamówień publicznych (tak wyr. KIO z 30.11.2010 r., KIO/UZP 2514/10). Z treści ustawy - Prawo zamówień publicznych można wyinterpretować także inne zasady niż te, które zostały określone w art. 7 PrZamPubl. Na przykład inne zasady wskazuje KIO w wyr. z 25.7.2013r., KIO 1686/13: "Jedną z podstawową zasad zamówień publicznych jest tożsamość podmiotu, z którymi zawarto umowę, z podmiotem, który umowę realizuje". (Paweł Grancki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2014r, uwaga nr 3 komentarza do art. 7).*

Zamawiający argumentował końcowo, że Odwołujący w żadnym miejscu nie potwierdził, iż w postępowaniu doszło do naruszenia obowiązujących przepisów, w szczególności wskazanych przez niego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy PZP.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili:

Po stronie Zamawiającego wykonawca Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Po stronie Odwołującego wykonawca Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił o uchyleniu decyzji o rozstrzygnięciu (wyniku) postępowania. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że: *„W związku z faktem złożenia przez jednego z Wykonawców w dniu 19 sierpnia 2016 r.*

odwołania, w którym podniesiono również zarzuty w stosunku do dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający zawiadamia, iż uchyla decyzję z dnia 9 sierpnia 2016 r. o rozstrzygnięciu (wyniku postępowania).

Informujemy, iż w ocenie Zamawiającego koniecznym jest realizacja nowych czynności polegających na uzyskaniu od Wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę kolejnych wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz ewentualnego uzupełnienia dokumentów dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia, a następnie ich weryfikacja i ocena. Po ich przeprowadzeniu należy dokonać ponownej oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oraz podjąć, stosowną do jej wyniku decyzję o rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania”.

Przystępujący ZSK złożył pismo procesowe zgodne z kierunkiem zgłoszonego przystąpienia. Odwołujący w złożonym piśmie procesowym przedstawił polemikę z argumentacją Przystępującego ZSK, przy czym zarówno Przystępujący, jak i Odwołujący odnosili się w pismach procesowych do nowych okoliczności zaistniałych w związku z czynnościami Zamawiającego podjętymi po uchyleniu pierwszego rozstrzygnięcia.

Na posiedzeniu Odwołujący cofnął zarzut z pkt III pkt 6 oraz III pkt 5 w części dotyczącej poz. 8 c.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba opierała się na przepisach ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020). Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

O kierunku wydanego rozstrzygnięcia przesądziło uznanie przez Izbę zasadności zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za przedwczesne bądź nieaktualne, co jednak nie zamykało drogi do uwzględnienia odwołania.

Należy podkreślić w pierwszej kolejności, że w sprawie – wskutek działań podjętych przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania – zaistniała szczególna sytuacja procesowa. Zamawiający unieważnił bowiem skarżony wybór oferty i dokonał kolejnych czynności w postępowaniu oraz ponownie wybrał tego samego wykonawcę. Powyższe musiało rzutować na zakres zarzutów, które Izba poddała merytorycznemu rozpoznaniu, jak również rzutowało na żądania, które w związku z kierunkiem wydanego wyroku podlegały uwzględnieniu.

Poza zakresem oceny Izby w tym postępowaniu odwoławczym musiały pozostać kwestie dotyczące oceny oferty Przystępującego ZSK. Dotyczy to zarówno twierdzeń Odwołującego o niezgodności oferty Przystępującego ZSK z treścią SIWZ i o zaniechaniu wezwania Przystępującego ZSK do złożenia dokumentów (zarzut z pkt III pkt 4 odwołania) – gdzie w dodatku z uwagi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2016 r. kwestia zaniechania wezwania Przystępującego ZSK mogła zostać uznana również za spór nieaktualny – jak również twierdzeń dotyczących niezasadnego przyznania ofercie Przystępującego ZSK dodatkowych punktów (zarzut z pkt III pkt 5 odwołania).

W powyższym bowiem zakresie wytworzył się nowy stan faktyczny i nowe okoliczności, wynikające z czynności podjętych przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania. To w istocie działania Zamawiającego uczyniły powyższe zarzuty zarzutami przedwczesnymi, a częściowo nieaktualnymi. Izba nie mogła bowiem oceniać i przesądzać w tym postępowaniu odwoławczym, czy oferta Przystępującego ZSK jest niezgodna z treścią SIWZ, bądź czy powinna otrzymać mniej punktów w kryterium “parametry techniczne” – skoro w tej materii zaistniał nowy stan rzeczy, którego ocenę i rezultat Zamawiający wyraził w kolejnym rozstrzygnięciu postępowania, które nie mogło być przedmiotem zaskarżenia niniejszego odwołania (a tym samym nie mogło być przedmiotem oceny Izby).

Izba bada zaskarżone czynności lub zaniechania zamawiającego rozstrzygając o ich zgodności bądź naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Kluczowe znaczenie mają w tej materii okoliczności faktyczne sprawy, które stanowiły podstawę zaskarżonego odwołaniem działania bądź zaniechania zamawiającego. Jeżeli okoliczności te ulegają przykładowo zmianie, stają się nieaktualne (w tym znaczeniu, że są one przedmiotem dalszej oceny zamawiającego) to brak jest uzasadnienia do przesądzenia o poprawności bądź wadliwości postępowania zamawiającego. Ocena podejmowana wobec czynności lub zaniechań mających na moment rozstrzygnięcia w istocie walor historyczny byłaby oceną niepełną, a tym samym z założenia oceną obarczoną błędem.

W wyroku z dnia 13 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1804/13, Izba wyraziła pogląd, zgodnie z którym: „2. Wybór najkorzystniejszej oferty nie jest tylko formalną czynnością, której byt jest samoistny i niezwiązany z oceną złożonych ofert i dokumentów – to bezpośrednio następstwo tej oceny i z tą oceną musi być związane. Z momentem dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ze swej istoty traci byt ocena dokonana przez zamawiającego w odniesieniu do złożonych dokumentów i ofert. 3. Na gruncie obowiązujących przepisów p.z.p., brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawieszka w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. 4. Okoliczność następczego, po złożeniu odwołania, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nie może być pominięta przy ocenie złożonego odwołania. Złożenie odwołania nie czyni ponowionych czynności nieskutecznymi. Izba bierze natomiast za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy. 5. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za koniecznością analizy i oceny ewentualnych zastrzeżeń i zarzutów, jeśli takie zostaną skierowane, w odniesieniu do istniejącej na moment rozstrzygnięcia czynności zamawiającego. W ramach tej zasady nie mieści się rozstrzygnięcie o zarzutach jedynie "dla sztuki", mimo, że sama czynność, której te zarzuty dotyczą, jest historyczna – została już wyeliminowana przed ich rozstrzygnięciem. 6. Izba rozstrzygając o zarzutach danego odwołania, kierowanego wobec uchylonej na moment jego rozpoznania czynności, nie może w swym rozstrzygnięciu oceniać czynności, wobec której nie postawiono zarzutów oraz odpowiadających im żądań. Niezależnie od rozstrzygnięcia o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności, ponowiona czynność, w razie jej niezakwestionowania, byłaby w takim wypadku ważną i funkcjonującą obok wydanego rozstrzygnięcia. 7. Zasada

koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za uznaniem, że nie jest właściwą oceną czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez zamawiającego, jeśli w postępowaniu mamy do czynienia z ponowioną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzoną badaniem i oceną ofert, w ramach której podjęto czynności uzupełnienia określonych dokumentów, a rezultat tych czynności oraz ich oceny nie może podlegać ocenie w tym postępowaniu odwoławczym”.

W niniejszej sprawie skład orzekający Izby uznał jednak, że unieważnienie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej nie mogło stanowić wystarczającej okoliczności przesądzającej o oddaleniu odwołania.

Zamawiający po wniesieniu odwołania, pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r., zawiadomił o uchyleniu decyzji o rozstrzygnięciu (wyniku) postępowania. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego wskazuje, że motywem i przedmiotem działań Zamawiającego była ponowna ocena oferty Przystępującego ZSK (co związane było właśnie z podniesionymi w niniejszym odwołaniu zarzutami). W zakresie oferty Odwołującego Zamawiający nie podejmował kolejnych działań, które stanowiłyby reakcję na zarzuty odwołania związane, czy to z zarzutem dotyczącym zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów czy niezgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający powielił następnie argumenty, które wskazywał, jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Na moment rozstrzygnięcia niniejszego odwołania okoliczności dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego pozostawały niezmiennie i aktualne, a sama oferta Odwołującego pozostawała ofertą odrzuconą. W konsekwencji należało uznać, że zarzuty dotyczące oferty Odwołującego pozostawały aktualne, sama czynność odrzucenia oferty nie została wyeliminowana w sposób realny z postępowania i była czynnością istniejącą na moment wyrokowania.

Co istotne, oferta Odwołującego – gdyby nie została odrzucona – mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, niezależnie od skuteczności zarzutów skierowanych wobec oferty Przystępującego ZSK. Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena z wagą 45%, gwarancja z wagą 3%, zużycie prądu z wagą 7%, parametry techniczne z wagą 45%. Odwołujący zaoferował cenę brutto w wysokości 4.931.526,33 zł z 60 miesięcznym terminem gwarancji. Przystępujący ZSK zaoferował cenę brutto w wysokości 6.764.731,86 zł z 60 miesięcznym terminem gwarancji. Czynności Zamawiającego koncentrujące się na ponownym badaniu oferty Przystępującego ZSK nie warunkowały tym samym sytuacji Odwołującego, w tym znaczeniu, że już samo przywrócenie oferty Odwołującego (nawet bez jednoczesnego wyeliminowania oferty konkurenta) stwarzało sytuację, w której oferta

Odwołującego – gdyby została poddana punktacji, jako oferta ważna – mogłaby potencjalnie uzyskać najwyższą liczbę punktów.

Oddalenie odwołania może mieć miejsce w sytuacji, gdy brak jest podstaw do uznania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bądź, gdy co prawda naruszenie zostało wykazane, jednak nie miało ono lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp *a contrario*). Co istotne, stwierdzenie przesłanki w postaci istnienia bądź braku istotnego wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania wymaga przeprowadzenia merytorycznej oceny postawionych zarzutów. Jeżeli, tak jak w niniejszej sprawie, ocena zarzutów w części dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego, jest pozytywna, to nie sposób uznać, że wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego nie miało lub nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania – zwłaszcza, gdy wynik ten jest znany (z uwagi na kolejne rozstrzygnięcie Zamawiającego) i na moment wyrokowania oferta Odwołującego nadal pozostawała odrzucona, w dodatku z uwagi na tożsame podstawy, jakie zostały podane przy pierwszym rozstrzygnięciu przetargu.

Nie można tracić z pola widzenia faktu, że prawo wniesienia środka ochrony prawnej połączone jest z obowiązkiem poniesienia kosztów. Wykonawca realizujący swoje uprawnienie ma prawo oczekiwać oceny czynności Zamawiającego. Jeżeli wynik rozprawy nakazuje uznanie wadliwości działań Zamawiającego, wadliwe czynności, uchylone w sposób pozorny, są powtarzane i przenikają do dalszego etapu postępowania, mając lub mogąc mieć jednocześnie wpływ na wynik postępowania, to nie sposób argumentować o braku spełnienia przesłanki z art. 192 ust. 2 Pzp, tylko z tego powodu, że Zamawiający podjął, obok toczącego się postępowania odwoławczego, pewne czynności – zmierzające zdaniem Izby w tej sprawie do ponownej oceny oferty Przystępującego ZSK, a nie do wyeliminowania błędów zaistniałych przy ofercie Odwołującego. Zamawiający ma oczywiście prawo do korygowania swoich czynności w każdym czasie. Nie może to jednak oznaczać w każdej sprawie braku możliwości uwzględnienia zasadnych odwołań, jeżeli okoliczności sprawy pokazują, że zarzuty te są aktualne, a zamawiający powiela wadliwe czynności w sposób tożsamy, jak miało to miejsce przy pierwszym rozstrzygnięciu. Stanowisko, że w takiej sytuacji oddalenie odwołania miałyby wynikać tylko z faktu uchylecia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (gdzie powodem uchylecia są w dodatku zarzuty podniesione w odwołaniu), prowadziłoby do takiego stanu rzeczy, w którym wykonawca wnoszący odwołanie, mając rację, co do postawionych zarzutów, byłby obciążany kosztami postępowania i niejako zmuszany przez zamawiającego do wnoszenia kolejnego odwołania w oparciu o okoliczności niezmienione i mogące zostać poddane ocenie Izby w tym postępowaniu odwoławczym. Niezależnie od tego, także ekonomika postępowania

przemawia za zasadnością uwzględnienia w takiej sytuacji zarzutów odwołania i wyeliminowania wadliwych czynności zamawiającego.

Kierując się powyższymi względami skład orzekający Izby uznał, iż zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego mogły zostać rozpoznane merytorycznie. Unieważnienie przez Zamawiającego pierwszego rozstrzygnięcia przetargu nie zamykało drogi do rozpoznania przedmiotowych zarzutów i uwzględnienia odwołania. Izba nie znalazła podstaw do uznania, by uchylene przez Zamawiającego pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty mogło mieć przesądzające znaczenie dla kierunku wydanego rozstrzygnięcia. Izba wzięła pod uwagę to, że oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, niezależnie od tego, czy oferta wybranego wykonawcy zostałaby odrzucona bądź niżej oceniona.

W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego stanowiło czynność, która sama w sobie miała wpływ na wynik postępowania. Ponadto, Zamawiający uchylił co prawda pierwszy wybór, ale w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego nic w rzeczywistości nie uległo zmianie. Zarzuty Odwołującego pozostały więc aktualne nawet po czynnościach podjętych przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania. Izba ponownie podkreśla, że orzeczenie Izby mogło tym samym koncentrować się tylko na zarzutach dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego. Sama czynność pierwszego wyboru została bowiem unieważniona, a podnoszone przez Odwołującego kwestie referujące do oferty Przystępującego ZSK stały się przedmiotem kolejnych czynności i oceny Zamawiającego, niepodlegających osądzeniu w ramach tego postępowania odwoławczego.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego istota sprawy koncentrowała się na dwóch kwestiach:

Pierwsza dotyczyła kwestii formalnej i uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie uzupełnił dokumentacji wymaganej dla potwierdzenia spełnienia wszystkich wymogów SIWZ.

W tym zakresie rozstrzygnięcie odwołania wymagało dokonania przez Izbę oceny prawnej działań Zamawiającego związanych z wystosowanym do Odwołującego wezwaniem z dnia 11 lipca 2016 r. Izba w całości podzieliła argumentację i stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający nie przeprowadził procedury wezwania w sposób należyty, który dawałby mu następnie podstawę do przypisania wykonawcy zaniechania uzupełnienia dokumentów dotyczących punktów wyspecyfikowanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty. W szczególności, Zamawiający nie wystosował wezwania w sposób precyzyjny i czytelny, a co najważniejsze nie sformułował żądania uzupełnienia dokumentów w zakresie, który

następnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, jako zakres niewykonany przez Odwołującego.

W treści wezwania z dnia 11 lipca 2016 r., Zamawiający przytoczył wymóg specyfikacji (pkt 3.3 SIWZ), iż wszystkie parametry oferowanych urządzeń miały być poparte odpowiednią dokumentacją, dołączoną do oferty. W sposób ogólny odniósł się do dokumentów złożonych wraz z ofertą Odwołującego, w tym do załącznika nr 12 do oferty, po czym Zamawiający wskazał przykłady punktów SIWZ, które nie mają potwierdzenia w dostarczonej dokumentacji, i które wymagają wyjaśnień oraz uzupełnienia. Zamawiając w sposób jednoznaczny zażądał wyłącznie uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień w zakresie podanych w wezwaniu pkt 17.1.8, 17.1.9, 18.1.8, 18.1.9 (pkt 1 ppkt 1 wezwania), 17.5.1.1 (pkt 1 ppkt 2 wezwania), 17.5.2 (pkt 1 ppkt 3 wezwania), 17.1.28 (pkt 1 ppkt 4 wezwania), 17.6.3 (pkt 1 ppkt 5 wezwania). W zakresie tego wezwania Odwołujący uzupełnił żądane dokumenty. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający przypisał natomiast Odwołującemu zaniechanie uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do szeregu innych punktów, co do których nie wyśtosował w sposób jednoznaczny i precyzyjny żądania uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień.

Izba nie uznała za przekonujące argumentów Zamawiającego, iż wezwanie było precyzyjne, w tym, że Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymogów, które następnie zostały wypunktowane w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Krytycznie Izba oceniała w tym zakresie również wywody Zamawiającego odwołujące się do załącznika nr 12 z oferty Odwołującego, w tym wywody zmierzające do tego, iż skoro wykonawca sporządził załącznik nr 12, w którym do poszczególnych wymogów specyfikacji przypisał odesłania do dokumentów, to będąc wezwany do uzupełnienia dokumentów w formie dopuszczonej specyfikacją, został tym samym wezwany do uzupełnienia wszystkich dokumentów, których nie złożył wraz z ofertą, oraz że wiedział, jaki jest rzeczywisty zakres wezwania. Na rozprawie Zamawiający wskazując na załącznik 12 do oferty, w tym na pierwszą kolumnę tabeli argumentował m.in., że: *“Odwołujący wskazuje wszystkie punkty specyfikacji, dla których wskazuje treść oraz wskazuje dokument, który powinien funkcjonalność potwierdzać. Odwołującemu było dokładnie wiadome, których dokumentów brakuje w jego ofercie”*; *„Podkreśla, że tabela 12 była autorskim opracowaniem oferenta i w tej tabeli jednoznacznie wskazano, który dokument jest na potwierdzenie danego parametru, tak więc Odwołujący wiedział do czego był wzywany”* (vide: protokół z rozprawy).

W ocenie Izby, to, że wykonawca załączył do oferty załącznik nr 12, w którym przyporządkował określone dokumenty do wymogów specyfikacji, nie zwalniało

Zamawiającego z obowiązku wystosowania precyzyjnego wezwania, jakie dokumenty i na potwierdzenie czego wykonawca ma obowiązek uzupełnić. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to na nim spoczywa obowiązek najpierw ustalenia jakich dokumentów brakuje, a następnie obowiązek jednoznacznego i precyzyjnego wezwania wykonawcy – zwłaszcza, gdy procedura uzupełnienia dokumentów w trybie art 26 ust. 3 Pzp jest działaniem, co do zasady, jednorazowym. Wykonawca nie może bowiem domyślać się, jaki jest rzeczywisty zakres wezwania i nie powinien być stawiany w takiej sytuacji, że po ogólnym, niejednoznacznym wezwaniu, gdzie tylko część zakresu wezwania została jasno określona – Zamawiający przypisuje mu następnie brak uzupełnienia dokumentów w pozostałej części, która nie została w sposób jasny wyartykułowana w treści wezwania.

Zamawiający nie tylko nie wskazał Odwołującemu w sposób jednoznaczny, wymogów specyfikacji, co do których uznał następnie brak złożenia wymaganych dokumentów, ale sformułował dodatkowo wezwanie w taki sposób, że wykonawca miał uzasadnione podstawy do uznania, że dokumenty ma złożyć tylko wobec punktów wyspecyfikowanych w treści wezwania, a ponadto, że Zamawiający nie uznawał, że wobec wszystkich punktów – podanych następnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty – nie istnieje możliwość potwierdzenia spełnienia wymogów. Gdyby Zamawiający, poprzez początkową ogólną treść wezwania wzywał do złożenia wszystkich brakujących dokumentów, innych niż tylko te, dla których wskazał określone punkty dotyczące wymogów SIWZ, to zawarcie ponownych wezwań do złożenia dokumentów lub wyjaśnień przy każdym z wyspecyfikowanych punktów należałoby uznać za zbędne. Ponadto, w treści wezwania Zamawiający podał m.in. – cytując – *“ponadto wskazanie w niektórych przypadkach (podkreślenie Izby) linków internetowych i samych tytułów nie potwierdza spełnienia wymogów SIWZ”*. Jakie były te niektóre przypadki, nie podano już w treści wezwania, i w ogóle jeżeli Zamawiający mówił o niektórych przypadkach (podkreślenie Izby) to sprzeciwiało się to wywodom przedstawianym na rozprawie, że wykonawca powinien wiedzieć, że wezwanie dotyczy wszystkich wymogów, dla których podano tylko linki internetowe. Powyższe tylko dodatkowo obrazuje, że wezwanie było niejasne, nieprecyzyjne, a z pewnością nie wynikało z niego w sposób jednoznaczny, że Odwołujący ma uzupełnić dokumenty dotyczące punktów specyfikacji podanych następnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Należy podkreślić, że wykonawca nie może pozostawać w niepewności, co do zakresu wezwania, ani nie może być niejako wprowadzany w błąd, co do tego zakresu, a następnie zaskakiwany stwierdzeniem Zamawiającego, że pewnych dokumentów nie uzupełnił.

Reasumując, Izba analizując treść wezwania, w tym również sposób sporządzenia tej treści, doszła do tożsamyh wniosków, jakie przedstawiał Odwołujący. Zamawiający w toku

dalszych czynności wezwie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w zakresie dotychczas nie sprecyzowanym, w szczególności w zakresie wypunktowanym w uzasadnieniu odrzucenia oferty, ewentualnie Zamawiający może połączyć wezwanie do uzupełnienia dokumentów z żądaniem złożenia wyjaśnień, jeżeli będzie to w ocenie Zamawiającego konieczne dla oceny oferty Odwołującego. Następnie Zamawiający dokona ponownej oceny ofert, czemu da wyraz w rozstrzygnięciu postępowania i w wyborze najkorzystniejszej oferty.

Druga sporna kwestia referowała do materii technicznej i uznania braku zapewnienia funkcjonalności dotyczącej obsługi wirtualnych routerów.

W tym zakresie przesądzające znaczenie miał zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Odwołujący złożył wiarygodne i mocne dowody na potwierdzenie zgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający dowodów tych nie obalił, ani nie przedstawił, w ocenie Izby, argumentacji dyskredytującej zarówno twierdzenia Odwołującego, jak również wnioski wynikające z przedstawionego materiału dowodowego.

Na wstępie należy wskazać, że w treści wezwania z dnia 11 lipca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o *“bardziej szczegółowe przedstawienie punktu 17.1.28, a tym samym umożliwienie Zamawiającemu stwierdzenia zgodności z założeniami”*. Zamawiający nie sprecyzował w wezwaniu, o jakiego rodzaju uszczegółowienie i odnośnie jakich konkretnie kwestii, zwraca się do wykonawcy. Zamawiający wskazał jedynie, że *“Wymaganiem Zamawiającego było, zapewnienie możliwości routowania przy zastosowaniu wirtualnych routerów tych samych klas adresowanych w sieci lokalnej (pomiędzy VLAN-ami, itd.) i dokładnie takiej funkcjonalności wymagają zapisy SIWZ”*. Punkt 17.1.28 załącznika A do SIWZ stanowił: *“Obsługa Wirtualnych Routerów – możliwość uruchomienia oddzielnych procesów protokołu dynamicznego routingu z oddzielnymi tablicami. Możliwość użycia tych samych podsieci w różnych wirtualnych routerach”*. Tożsama treść została zawarta w pkt 16.1.27 i 18.1.29 załącznika A do SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wskazał, że przełączniki P1, P2 i P3 obsługują MPLS, w tym tzw. instancje VPN. Odwołujący przywołał informacje zawarte w dokumencie MPLS Configuration Guide i wskazał, że instancje VPN pozwalają na realizację wszystkich wymagań SIWZ, w tym routingu tych samych klas adresowych pomiędzy VLAN'ami. Odwołujący wyjaśnił jednocześnie, że szczegółowe informacje znajdują się w dokumencie MPLS Configuration Guide dla przełączników P2 i P3. Odwołujący złożył ponadto dokument potwierdzający powyższe wyjaśnienia: HPE FlexNetwork 5510 HI Switch Series MPLS Configuration Guide.

To, czy Zamawiający na etapie odrzucenia oferty rozbudował stawiane wymogi, w okolicznościach niniejszej sprawy stanowiło kwestię drugorzędną, gdyż w ocenie Izby, Odwołujący wykazał i udowodnił, że złożona przez niego oferta odpowiada wymogom zawartym zarówno w literalnym brzmieniu specyfikacji, jak i w opisie funkcjonalności zawartym w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Należało przy tym zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie poczynił zastrzeżeń, co do sposobu zapewnienia funkcjonalności dotyczącej obsługi wirtualnych routerów. W szczególności brak jest zastrzeżenia, że Zamawiający nie dopuszczał osiągnięcia wymaganej funkcji z wykorzystaniem i poprzez MPLS.

W złożonym przez Odwołującego dowodzie w postaci oświadczenia producenta z dnia 6 września 2016 r., potwierdzono, że przełączniki zaoferowane przez Odwołującego, jako P1, tj. HPE FlexFabric 12900 oraz P2 i P3, tj. HPE FlexNetwork 5510 HI posiadają wymaganą funkcjonalność tzw. "Wirtualnych routerów", która zapewnia m.in. możliwość uruchomienia oddzielnych procesów protokołu dynamicznego routingu z oddzielnymi tablicami routingu. Wskazano ponadto, że możliwe jest użycie tych samych podsieci w różnych wirtualnych routerach utworzonych w tych przełącznikach.

Izba uznała ponadto wartość dowodową opinii sporządzonej przez dr hab. inż. A. Z. . Izba nie znalazła podstaw, by przedmiotową opinię uznać za nierzetelną bądź sporządzoną przez osobę nie posiadającą odpowiednich kompetencji i wiedzy. Zamawiający bynajmniej tego rodzaju okoliczności nie wykazywał. Dowód z opinii prywatnej, choć nie korzystający z rangi przynależnej opinii powołanego biegłego, w niniejszej sprawie stanowił jednak, zdaniem Izby, materiał dowodowy istotny dla sprawy. Dowód ten nie obrazował jedynie własnego stanowiska strony sporu, ale stanowił rzeczową i techniczną analizę zagadnień odnoszących się do wymaganej funkcjonalności obsługi wirtualnych routerów i odpowiadał na pytania referujące właśnie do sedna sporu. Odpowiedzi udzielone przez autora opinii zostały poparte rzeczową argumentacją, uzasadnieniem i odwołaniami do dokumentacji niniejszego postępowania oraz innej dokumentacji technicznej. W odpowiedzi na pytanie 1 – czy przełączniki zaoferowane przez Odwołującego zapewniają możliwość uruchomienia oddzielnych procesów protokołu dynamicznego routingu z oddzielnymi tablicami i czy możliwe jest użycie tych samych podsieci w różnych wirtualnych routerach utworzonych w tych przełącznikach (pytania odpowiadające treści wymogów postawionych w pkt 16.1.27, 17.1.28, 18.1.29), autor opinii wskazał, że: *"Odpowiedź na powyższe pytania jest twierdząca. Wskazane w pytaniu urządzenia posiadają mechanizmy związane z usługą MPLS L3VPN, która pozwala na separacje tablic routingu oraz używanie takich samych podsieci oraz Multi-*

VPN-Instance CE (MCE), który stanowi właśnie mechanizm oddzielnych procesów dynamicznego routingu z oddzielnymi tablicami routingu”.

Jak wskazano wcześniej, dowody złożone przez Odwołującego należało ocenić, jako solidny, wiarygodny i obiektywny materiał dowodowy. Izba nie miała żadnych podstaw, by dowody te bagatelizować, pomijać bądź czynić ustalenia wbrew faktom tymi dowodami wykazanymi, zwłaszcza gdy Zamawiający dowodów tych nie obalił, ani nie wykazał wadliwości bądź niezasadności wniosków z tych dowodów wynikających. W konsekwencji, Izba uznała, że argumenty Odwołującego, poparte stosownym materiałem dowodowym, nie pozostawiają wątpliwości, co do zgodności oferty z wymogami specyfikacji. Trafnie Odwołujący wskazał także, że jeżeli Zamawiający miałby nadal jednak jakieś wątpliwości to jest zabezpieczony poprzez możliwość przeprowadzenia testu, którą to możliwość zastrzegł w pkt 25 Załącznika A do SIWZ.

Zarzuty dotyczące nie przyznania pełniej puli punktów ofercie Odwołującego (pkt III pkt 3 według numeracji odwołania) Izba uznała za przedwczesne. Zamawiający wskazał w specyfikacji, że wyboru oferty na podstawie przyjętych kryteriów dokona spośród ofert nieodrzuconych (pkt 13 SIWZ). Skoro Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego to formalnie nie dokonywał jej oceny, według zasad wskazanych w specyfikacji, zwłaszcza że w dokumentacji brak jest dokumentów przedstawiających oceny przyznawane przez członków komisji, bądź uzasadnienie członków komisji co do odmowy przyznania punktów ofercie Odwołującego, a to członkowie komisji zgodnie ze specyfikacją zostali uprawnieni do oceny oferty według kryteriów oceny ofert. Z tego też względu Izba uznała, że materia dotycząca punktacji oferty Odwołującego została podana w uzasadnieniu odrzucenia oferty niejako sygnalizacyjnie, a nie jako wynik przeprowadzonej już, w sposób przewidziany w SIWZ, ostatecznej czynności Zamawiającego dotyczącej oceny oferty Odwołującego w ramach przewidzianych kryteriów oceny ofert. Ponadto, nie jest rolą Izby zastępowanie Zamawiającego w przeprowadzeniu oceny oferty według zasad i kryteriów wskazanych w specyfikacji. Izba zauważa jednocześnie, że dokonując oceny oferty według przyjętych kryteriów Zamawiający nadal może zażądać stosownych wyjaśnień, tak jak żądał wyjaśnień od innych wykonawców.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: