

Sygn. akt: KIO 2055/13

## WYROK

z dnia 4 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 września 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Moniuszki 1A i Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, Al. Niepodległości 100**

przy udziale **wykonawcy Atende Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2055/13 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Trecom Enterprise Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mokotowska 4/6 i Trecom Enterprise Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo – Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mokotowska 4/6** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2055/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 8 sierpnia 2013 r., oraz powtórzenie czynności aukcji elektronicznej w sposób zapewniający przekazywanie na bieżąco każdemu**

wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez wykonawcę oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji oferty najkorzystniejszej oraz uwzględniający wymagania zamawiającego zawarte w regulaminie załączonym do zaproszenia do aukcji elektronicznej w tym zakresie minimalnych wartości postępień składanych w toku aukcji elektronicznej

**2. kosztami postępowania obciąża i Skarb Państwa – Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, Al. Niepodległości 100:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Moniuszki 1A i Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Skarbu Państwa – Komendy Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, Al. Niepodległości 100** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Moniuszki 1A i Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18** kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie : piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. .kosztów uiszczzonego wpisu

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup pakietów gwarancyjnych dla urządzeń sieciowych eksploatowanych przez Straż Graniczną zostało wszczęte przez zamawiającego – Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie, ul. Podchorążych 38 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2013r. za numerem 2013/S 087 – 147912.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2013r. poinformował wykonawców o wyniku postępowania i o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Trecom Enterprise Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mokotowska 4/6 i Trecom Enterprise Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo – Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mokotowska 4/6. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Atende Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21A, a na trzecim wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Moniuszki 1A i Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18.

W dniu 23 sierpnia 2013r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Moniuszki 1A i Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 czerwca 2013r. udzielonego mu przez lidera konsorcjum i podpisanego przez dwóch członków zarządu lidera konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji lidera ujawnionym w KRS lidera, załączonym do odwołania. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 czerwca 2013r. udzielonego mu przez partnera lidera i podpisanego przez pełnomocnika partnera, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 grudnia 2013r. udzielonego dwóch członków zarządu partnera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS partnera załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 sierpnia 2013r.

Odwołujący wniósł odwołanie na :

- czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- zaniechanie unieważnienia aukcji elektronicznej,
- zaniechanie wezwania konsorcjum: Trecom Enterprises sp. z o.o., Trecom sp. z o.o.

S.K.A oraz wykonawcy Atende SA, do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę,

- zaniechanie odrzucenia ofert konsorcjum: Trecom Enterprises sp. z o.o., Trecom sp. z o.o. S.K.A oraz wykonawcy Atende SA.

Odwołujący wskazał, że jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a także na skutek zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę. Odwołujący kwestionuje wybór oferty najkorzystniejszej, oraz domaga się unieważnienia aukcji elektronicznej, oraz odrzucenia ofert konsorcjum Trecom Enterprises sp. z o.o. i Trecom sp. z o.o. S.K.A (dalej „Konsorcjum Trecom”) oraz Atende SA. Uwzględnienie odwołania skutkować będzie ponownym przeprowadzeniem aukcji elektronicznej, ewentualnie odrzuceniem ofert wykonawców wyżej sklasyfikowanych niż oferta odwołującego. W obu wypadkach odwołujący posiada szanse na uzyskanie zamówienia. Wobec powyższego, należy uznać odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 –dalej ustawy).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 c ustawy, w związku z art. 7 ustawy, przez zaniechanie unieważnienia aukcji elektronicznej, która została przygotowana i przeprowadzona w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, to jest z umożliwieniem prowadzenia aukcji przez dwóch pełnomocników Konsorcjum Trecom, którzy działając w imieniu tego samego wykonawcy składali postąpienia o wartości niższej niż minimalna wartość postąpień wskazana w zaproszeniu do aukcji elektronicznej, co wprowadziło również pozostałych wykonawców w błąd, co do rzeczywistej liczby wykonawców uczestniczących w aukcji,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, w związku z art. 7 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trecom, pomimo tego, że wykonawca ten poprzez działania dwóch pełnomocników złożył postąpienia o wartości niższej niż minimalna wartość postąpień, wskazana w zaproszeniu do aukcji, oraz wprowadził pozostałych wykonawców w błąd, co rzeczywistej liczby wykonawców uczestniczących aukcji, co narusza zasady uczciwej konkurencji,

3) art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, przez zaniechanie wezwania wykonawców Konsorcjum Trecom oraz Atende SA do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę,

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Trecom oraz Atende SA, jako zawierających rażąco niską cenę, ewentualnie

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Trecom oraz Atende SA, jako ofert nie obejmujących całego przedmiotu zamówienia.

Wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty Konsorcjum Trecom, jako sprzecznej z treścią siwz, której złożenie stanowiło ponadto czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) wezwanie wykonawców Konsorcjum Trecom oraz Atende do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, ze szczególnym uwzględnieniem tego, czy cena oferty obejmuje całość przedmiotu zamówienia, a w dalszej konsekwencji odrzucenie ofert Konsorcjum Trecom oraz Atende,
- 4) unieważnienie aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu podniósł, że w dniu 19 sierpnia 2013 r. zamawiający udostępnił Odwołującemu „Protokół z Aukcji Elektronicznej”, z którego wynika, że aukcja została przeprowadzona z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Jest tak z następujących względów:

- Platforma udostępniona przez zamawiającego w celu przeprowadzenia aukcji elektronicznej umożliwiła rejestrację oraz składanie postąpień przez dwóch pełnomocników tego samego wykonawcy (Konsorcjum Trecom). Wskutek tego Konsorcjum Trecom mógł składać postąpienia o minimalnej wartości mniejszej niż 50 000 zł, podczas gdy w zaproszeniu do aukcji zamawiający zastrzegł, że minimalna wartość postąpień składanych w toku aukcji wynosi 50 000 zł. (vide postąpienia z 13:42:29 oraz 13:45:06, str. 5 Protokołu z Aukcji Elektronicznej). Pozostali wykonawcy zostali pozbawieni tej możliwości oraz zobowiązani byli do składania postąpień zgodnie z wymogami zaproszenia do aukcji.
- W formularzu umieszczonym na stronie internetowej, przy pomocy którego prowadzona była aukcja, podana została informacja o tym, że do aukcji przystąpiło 6 wykonawców. Pozwalało to przypuszczać, że do aukcji przystąpili wszyscy zaproszeni wykonawcy. Z „Protokołu z Aukcji Elektronicznej” wynika jednak, że do aukcji przystąpiło jedynie 5 wykonawców, z których jeden, Konsorcjum Trecom, zarejestrowany został dwukrotnie.

Niezależnie od nieprawidłowego przygotowania platformy aukcyjnej przez zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli do składania postąpień o wartości minimalnej 50 000 zł. Konsorcjum Trecom nie spełniło tego wymogu składając postąpienia o wartości niższej (vide postąpienia z 13:42:29 oraz 13:45:06, str. 5 Protokołu z Aukcji Elektronicznej). Natura prawna aukcji wyraża się możliwością sukcesywnego składania ofert przy jednakowym dostępie do informacji w czasie rzeczywistym w ramach postępowania eliminacyjnego, którego celem jest wyłonienie oferty najkorzystniejszej dla organizatora i zawarcie umowy. Oferta złożona w toku aukcji przestaje wiązać (wygasa), gdy uczestnik aukcji złoży ofertę korzystniejszą (tzw. postąpienie). Złożenie postąpienia, de iure stanowi złożenie nowej oferty. Do oferty takiej, z wyjątkami wskazanymi w art. 91 c ust. 1 ustawy, zastosowanie

mają te same przepisy, co przy ofertach złożonych w formie pisemnej. Oznacza to, że postąpienia powinny być zgodne z warunkami ustalonymi przez zamawiającego. Konsorcjum Trecom składając postąpienia w trakcie aukcji elektronicznej naruszyło warunki przetargu ustalone przez zamawiającego, co skutkowało powinno odrzuceniem oferty jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trecom oznacza, że zamawiający odstąpił od egzekwowania ustanowionych przez siebie reguł, co skutkuje nierównym traktowaniem pozostałych wykonawców, którzy zastosowali się do warunków prowadzenia aukcji.

Ponadto uczestnictwo w imieniu Konsorcjum Trecom dwóch pełnomocników wprowadziło w błąd pozostałych uczestników aukcji, co do liczby jej uczestników, oraz umożliwiło (od strony technicznej) składanie postąpień niezgodnie z warunkami aukcji. Działania jako sprzeczne z dobrymi obyczajami, zagroziło interesom zamawiającego oraz pozostałych wykonawców, i jako takie wypełnia hipotezę art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2003 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503).

Zgodnie z pkt 3 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, celem postępowania jest wyłonienie dostawcy, który będzie w stanie objąć świadczeniem usługi serwisowej w formie pakietów gwarancyjnych producenta eksploatowanych urządzeń i oprogramowania, a jednocześnie zapewnić usługi serwisowe na odpowiednim poziomie.

Przedmiot postępowania został sprecyzowany w pkt 2. OPZ, gdzie zamawiający wymaga dostarczenia następujących komponentów:

- 1) Pakietów gwarancyjnych - szczegółowy opis w pkt 4. OPZ ("Pakiety gwarancyjne"),
- 2) Usługi zaawansowanego wsparcia technicznego - szczegółowy opis w pkt 5. OPZ ("Zaawansowane wsparcie techniczne"),
- 3) Kredytów szkoleniowych dla inżynierów sieciowych Straży Granicznej - szczegółowy opis w pkt 6. OPZ ("Szkolenia dla administratorów sieci TI Straży Granicznej").

Zgodnie z pkt 4 OPZ, usługa pakietów gwarancyjnych obejmuje wymianę uszkodzonego sprzętu w gwarantowanym czasie, oraz dostęp do aktualizacji oprogramowania urządzeń oraz sygnatur systemu IPS w okresie trwania umowy. Z cytowanych postanowień pkt 3 OPZ wynika jednoznacznie, że pakiety serwisowe muszą pochodzić od producenta sprzętu posiadanego przez zamawiającego, czyli od firmy Cisco Systems. Świadczenia serwisowe realizowane przez producenta noszące handlową nazwę "Cisco SMARTnet®". W ramach serwisu Cisco SMARTnet® Producent zapewnia:

- gwarantowaną dostawę części zamiennych
- wsparcie eksperckie (producentckie) w usuwaniu awarii
- dostęp do aktualizacji oprogramowania i sygnatur systemu IPS.

Ze względu na to, że producent jest autorem oprogramowania urządzeń i posiada do niego wyłączne prawo i zdolność modyfikacji, usługa ta nie może być realizowana bez udziału producenta. Istotną składową kosztu wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu jest więc zakup pakietów Cisco SMART net®.

Omawiany komponent zamówienia nie ogranicza się tylko do zakupu pakietów - w myśl postanowień pkt 4 OPZ wykonawca zobowiązany jest zapewnić: przyjmowanie zgłoszeń, wsparcie inżynierów Wykonawcy w realizowaniu usług naprawy w miejscu instalacji urządzeń, zarządzanie zgłoszeniami prowadzonymi przez producenta i zarządzanie eskalacjami.

Kolejny istotny element kosztowy złożonej oferty wynika z opisanego w pkt 5 OPZ obowiązku zapewnienia eksperckiego wsparcia technicznego producenta. Wsparcie to obejmuje usuwanie awarii, diagnostykę, szczegółową analizę sieci pod kątem zapewnienia m.in. stabilności jej funkcjonowania czy bezpieczeństwa, oraz dostępu do zastrzeżonych zasobów producenta będących jego własnością intelektualną. Zamawiający sformułował specyficzne wymagania dotyczące wsparcia technicznego, takie jak:

- 1) bezpośredni i nieograniczony, co do liczby zgłoszeń dostęp do zespołu odpowiedzialnego za rozwój technologii i produktów,
- 2) bezpośredni dostęp do zasobów stanowiących własność intelektualną producenta. Zakres musi obejmować, co najmniej wewnętrzną bazę wiedzy producenta na temat konfiguracji, wewnętrzną bazę danych na temat błędów w oprogramowaniu, bazę wiedzy producenta Technical Knowledge Library,
- 3) możliwość bezpośredniej zmiany priorytetów i kolejowania zgłoszeń serwisowych,
- 4) dostęp pozwalający na uzupełnianie i zmianę numerów seryjnych urządzeń w bazach danych producenta",
- 5) zapewnienie co najmniej 3 inżynierów Network Consulting Engineer Cisco Advanced Services, posiadającymi odpowiednie kwalifikacje techniczne (potwierdzone odpowiednimi certyfikatami eksperckimi). Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że inżynierowie muszą być inżynierami producenta.

Usługa w takim kształcie realizowana może być wyłącznie z udziałem producenta (firmy Cisco Systems), gdyż tylko producent dysponuje potencjałem wykonawczym do realizacji usługi o takim stopniu zaawansowania. Wsparcie takie wykracza zakresem poza podstawowe wsparcie w ramach serwisu Cisco SMARTnet® i ma charakter usługi dedykowanej, która oferowana jest przez producenta, z uwzględnieniem szczególnych wymagań zamawiającego. Usługa producenta oferowana jest pod nazwą "Cisco Advanced Services".

Powyższe wymogi zamawiającego skutkują tym, że wszyscy wykonawcy uczestniczący w przetargu zmuszeni są do zapewnienia eksperckiego wsparcia technicznego, w tym samym zakresie ustalonym, przez firmę Cisco Systems.

Kolejny komponent usług opisany został w pkt 6 i dotyczy zakupu „kredytów szkoleniowych”. Powyżej zarysowany przedmiot zamawianych usług prowadzi do jednoznacznego wniosku, że złożenie oferty przez każdego z zainteresowanych wykonawców poprzedzone musi być uzyskaniem oferty firmy Cisco dotyczącej realizacji wszystkich komponentów. Wykonawcy nie mają tutaj żadnej możliwości rezygnacji z jakiegokolwiek części usług. Zakres usług opisany jest przez zamawiającego, a na tej podstawie Cisco przygotowuje tożsame treściowo oferty dla wszystkich zainteresowanych.

Należy podkreślić, że Cisco Polska w przetargach publicznych kieruje się generalną zasadą nieróżnicowania cen oferowanych partnerom biznesowym. Zasada ta miała też zastosowanie w tym przypadku. Ewentualne różnice w cenach końcowych mogą wynikać z założeń biznesowych wykonawców (wielkości marż, ryzyk kursowych, kosztów pieniądza w czasie itd.) oraz z poziomu kosztu pozostałych składników cenowych w tym konkretnym przypadku np. kosztów związanych z obsługą zgłoszeń serwisowych.

Firma Cisco Polska jest wyłącznym przedstawicielem producenta firmy Cisco Systems na terenie Polski, i jedynym kanałem dystrybucji ww. komponentów realizowanych przez Producenta. Na usługi na potrzeby postępowania „Zakup pakietów gwarancyjnych dla urządzeń sieciowych eksploatowanych przez Straż Graniczną”, nr sprawy 07/ZP/BŁil/13, na rzecz klienta Straż Graniczna, Firma Cisco Polska przedstawiło następujące specjalne warunki handlowe:

1. Pakiet Cisco SMARTnet® na potrzeby realizacji usługi wg pkt 4. OPZ ("Pakiety gwarancyjne"): 65% upustu od cen katalogowych wynoszących 5 968 288,00 USD netto, co daje kwotę 2 088 900,80 USD netto.
2. Usługa Cisco Advanced Services na potrzeby realizacji usługi wg pkt 5. OPZ ("Zaawansowane wsparcie techniczne"): 1 950 000,00 USD netto,
3. Kredyty szkoleniowe na potrzeby realizacji usługi pkt 6. OPZ ("Szkolenia dla administratorów sieci TI Straży Granicznej"): 10% upust od ceny katalogowej 180 000,00 USD netto, co daje kwotę 162 000,00 USD netto.

Suma powyżej wyszczególnionych komponentów dostarczanych przez producenta wynosi co najmniej 4 200 900,80 USD netto (przy zastosowaniu maksymalnych rabatów), co przy uwzględnieniu kursu USD z dnia przeprowadzania aukcji 3,3210 (01.07.2013) daje koszty zewnętrzne na poziomie 13 951 191,56 PLN netto, co odpowiada 17 159 965,61 PLN brutto (stawka VAT 23%).

Tak więc zsumowany koszt zakupu niezbędnych dla realizacji zamówienia usług Cisco przewyższa cenę ofert Konsorcjum Trecom oraz Atende. Nie można przy tym pominąć, że



poważnym kosztem oferty składanej przez wykonawców w postępowaniu jest koszt pieniądza czasie. Zamawiający określił warunki płatności w ten sposób, że zapłata wynagrodzenia z tytułu świadczonych usług następuje miesięcznie, podczas gdy Cisco sprzedając pakiety serwisowe wymaga zapłaty z góry za cały okres świadczenia serwisu. Wykonawcy zmuszeni są więc do uwzględniania tego kosztu w swoich ofertach.

Powyżej przedstawiona kalkulacja wskazuje na to, że ceny ofert Konsorcjum Trecom oraz Atende są niższe niż koszt świadczenia usług, lub ewentualnie oferty te nie obejmują całości przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, ze szczególnym uwzględnieniem tego, czy cena oferty obejmuje całość przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie ma wątpliwości, że badanie takie doprowadzi do jednoznacznego wniosku, że oferty te nie obejmują całości przedmiotu zamówienia, lub też wykonawcy ci zamierzają w sposób niedozwolony ustawą subsydiować realizację zamówienia.

W dniu 23 sierpnia 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26 sierpnia 2013r. na piśmie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego wykonawca Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21A. Wskazał, że ma interes w przystąpieniu po stronie odwołującego, gdyż odwołujący domaga się unieważnienia aukcji elektronicznej i jej powtórzenia, więc rozstrzygnięcie tego żądania na korzyść odwołującego umożliwi przystępującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w następstwie uczestnictwa w prawidłowo przeprowadzonej aukcji. Jednocześnie przystępujący oświadczył, że co do zarzutów dotyczących zaniechań zamawiającego związanych z jego ofertą jest gotowy złożyć wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej przez siebie ceny. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 26 sierpnia 2013r.

W dniu 26 sierpnia 2013r. na piśmie zgłosili swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Trecom Enterprise Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mokotowska 4/6 i Trecom Enterprise Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo – Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mokotowska 4/6 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ich oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a uwzględnienie

odwołania powodowałyby odrzucenie ich oferty, w konsekwencji uniemożliwiłoby uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 czerwca 2013r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez dwóch członków zarządu lidera, zgodnie z zasadami reprezentacji lidera zgodnie z odpisem z KRS lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 czerwca 2013r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez jednego członka zarządu Trecom Enterprise Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością upoważnionego do samodzielnej reprezentacji partnera, zgodnie z odpisem z KRS partnera. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu faksem i na biuro podawcze w dniu 26 sierpnia 2013r., a odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 26 sierpnia 2013r.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień i modyfikacji treści siwz, oferty Konsorcjum Trecom i oferty Atenda, protokołu postąpień aukcji elektronicznej.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale IV siwz zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób następujący:

Przedmiotem zamówienia jest zapewnienie obsługi serwisowej eksploatowanego przez Straż Graniczną systemu sieciowego Cisco Systems oraz zapewnienie wsparcia technicznego w rozwiązywaniu problemów i administracji systemem telekomunikacyjnym poprzez:

- dostawę pakietów gwarancyjnych dla wskazanych urzędzeń w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej, zapewniających naprawę lub wymianę urządzenia w przypadku awarii,
- dostawę pakietów gwarancyjnych dla wskazanych urzędzeń i oprogramowania w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej, zapewniającego dostęp do poprawek, aktualnych sygnatur dla urzędzeń IPS i uaktualniania oprogramowania
- zapewnienie zaawansowanego wsparcia technicznego w usuwaniu awarii i diagnostyce sieci przez inżynierów sieciowych producenta urzędzeń, w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej,
- dostarczenie kredytów szkoleniowych dla inżynierów sieciowych Straży Granicznej

Wykonawca wyłoniony w trakcie procedury udzielania zamówienia publicznego zobowiązany jest do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi szczegółowo w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ.

Dostarczone w ramach realizacji zamówienia pakiety gwarancyjne będą, pochodziły z legalnego kanału sprzedaży producenta i kierowane do użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej / Unii Europejskiej.

Jeżeli w OPZ użyto do opisu przedmiotu zamówienia oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta, konkretny produkt lub wskazano znaki towarowe, patenty lub pochodzenie urządzeń, Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych, przez które należy rozumieć produkty o parametrach nie gorszych od przedstawionych w OPZ spełniające wymagania zamawiającego co najmniej w tym samym zakresie co produkty opisane w OPZ. W takim wypadku do oferty należy załączyć dokładny opis oferowanych produktów, z którego wynikać będzie zachowanie warunków równoważności. Ponadto zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania nowszej, niż określona w OPZ, wersji oprogramowania we wszystkich urządzeniach dostarczonych w ramach realizacji zamówienia.

W załączniku nr 1 do siwz zamawiający wskazał:

Straż Graniczna wykorzystuje platformę teleinformatyczną w całości zbudowaną w oparciu o sprzęt i oprogramowanie firmy Cisco Systems. Zastosowane urządzenia umożliwiają przenoszenie wszelkiego rodzaju usług typu dane, głos, video w oparciu o protokół IP oraz implementację elementów ochrony. Wszystkie jednostki Straży Granicznej tj. Komenda Główna SG, Oddziały SG oraz inne placówki połączone są hierarchicznie siecią WAN. Głównym punktem systemu jest Centralny Węzeł Teleinformatyczny w Warszawie przy ul. 17 Stycznia 23, w którym koncentruje się cały ruch z WAN, znajdują się punkty styków z innymi sieciami, Centrum Przetwarzania Danych, Centralny Węzeł Głosowy oraz Centrum Zarządzania Siecią Teleinformatyczną. W sumie systemem objętych jest ponad 250 lokalizacji i eksploatowanych jest kilkanaście tysięcy urządzeń Cisco Systems.

Infrastruktura techniczna platformy teleinformatycznej Straży Granicznej obejmuje routery Cisco serii 2800, 3800, 7200, 7600 przełączniki Catalyst serii 6500, 4500, 3750, system telefonii IP (ponad 10 tysięcy telefonów IP, w tym aparaty wideotelefoniczne) monitorowany sondami Cisco 1040 oraz zarządzany serwerami Cisco CallManager, urządzenia bezpieczeństwa sieciowego Cisco IPS, Cisco FireWall, Cisco ASA zarządzany systemem Cisco MARS. Do akceleracji ruchu w sieci zastał zaimplementowany system Cisco WAAS. Ponadto w systemie uruchomiona jest telefoniczna poczta głosowa Cisco Unity oraz Cisco IVR. Całość rozwiązania monitorowana jest centralnie z Centrum Zarządzania Siecią w Warszawie poprzez dedykowane oprogramowanie Cisco Systems oraz odpowiednio przeszkolonych inżynierów systemowych Straży Granicznej.

W celu zapewnienia optymalnego poziomu obsługi oraz niezawodności eksploatowanego systemu telekomunikacyjnego Straż Graniczna planuje objęcie pakietami gwarancyjnymi producenta aplikacje oraz sprzęt sieciowy.

## 2. Opis przedmiotu zamówienia

Przedmiotem zamówienia jest serwis sprzętu sieciowego i oprogramowania Cisco Systems będącego w posiadaniu Straży Granicznej i zapewnienie wsparcia technicznego w

rozwiązywaniu problemów i administracji systemem telekomunikacyjnym Straży Granicznej. W ramach zamówienia Wykonawca musi;

- dostarczyć pakiety gwarancyjne producenta dla wskazanych urządzeń, gwarantujące naprawę lub wymianę urządzenia w przypadku awarii;
- dostarczyć pakiety gwarancyjne producenta dla wskazanych urządzeń i oprogramowania, zapewniające dostęp do poprawek, aktualnych sygnatur dla urządzeń IPS i uaktualnienia oprogramowania;
- przekazać Zamawiającemu zaświadczenia Producenta o wykupieniu pakietów gwarancyjnych przez Wykonawcę dla Zamawiającego;
- zapewnić zaawansowane wsparcie techniczne w usuwaniu awarii i diagnostyce sieci przez inżynierów sieciowych producenta urządzeń, w jednostkach organizacyjnych Zamawiającego;
- dostarczyć kredyty szkoleniowe dla inżynierów sieciowych Straży Granicznej.

### 3. Wymagania ogólne

Celem postępowania jest wyłonienie Dostawcy, który będzie w stanie objąć świadczeniem usługi serwisowej w formie pakietów gwarancyjnych producenta eksploatowanych urządzeń i oprogramowania a jednocześnie zapewnić usługi serwisowe na odpowiednim poziomie. Ze względu na długi okres trwania umowy, Zamawiający aby uniezależnić się od jednego Wykonawcy oczekuje, że dostarczone pakiety gwarancyjne umożliwią obsługę zgłoszeń awarii i zapytań o pomoc techniczną nawet w przypadku, gdy wybrany Wykonawca utraci autoryzację producenta. W związku z tym, wymagane pakiety mają dać gwarancję zachowania podstawowych praw serwisowych dla sprzętu niezależnie od przyszłej kondycji wybranego Wykonawcy. Dla zapewnienia możliwie największego bezpieczeństwa poczynionych inwestycji i wysokiego poziomu pewności usługi serwisowej Zamawiający wymaga by oferta serwisowa oparta była na bazie usług producenta posiadanego rozwiązania i zapewniała możliwość bezpłatnego przejęcia usług przez innego partnera lub producenta w przypadku nie wywiązywania się Dostawcy z przyjętych zobowiązań.

Ponadto, ze względu na krytyczną rolę systemu telekomunikacyjnego dla działania Straży Granicznej oraz duży stopień skomplikowania i często unikalne, najnowsze rozwiązania, Zamawiający wymaga by zaawansowane wsparcie techniczne było realizowane przez inżynierów producenta z bezpośrednim dostępem do wewnętrznych baz danych i developerów producenta oraz możliwością zmiany priorytetów i eskalacji zgłoszeń awaryjnych.

### 4. Pakiety gwarancyjne

Wykonawca jest zobowiązany objąć świadczeniem usługi serwisowej w formie pakietów gwarancyjnych producenta eksploatowanych urządzeń i oprogramowania zapewniających:

wymianę uszkodzonego sprzętu w terminie do następnego dnia roboczego po zgłoszeniu awarii, jeżeli zgłoszenie wpłynęło w dniu roboczym do godz. 12, lub kolejnego dnia w pozostałych przypadkach;

możliwość pobierania poprawek i aktualizacji oprogramowania (zarówno update jak i upgrade) oraz sygnatur dla systemów IPS przez okres trwania umowy.

Lista wymaganych objęciem pakietami gwarancyjnymi urządzeń umieszczona jest w Załączniku nr 1 do OPZ. Załącznik precyzuje ilościowo urządzenia i oprogramowanie na jakie należy dostarczyć pakiety gwarancyjne producenta, a także wskazuje okres na jaki wymagane jest objęcie pakietami gwarancyjnymi. Urządzenia wskazane w Załączniku nr 1 do OPZ znajdują się na terenie Polski w miejscach zlokalizowania siedzib Straży Granicznej. Ponadto Zamawiający informuje, że dane o numerach seryjnych, dla których mają być dostarczone pakiety gwarancyjne udostępni na etapie realizacji umowy w terminie siedmiu dni od podpisania umowy.

Zamawiający wymaga, aby świadczenie usługi obsługi serwisowej było objęte jednym centrum obsługi zgłoszeń serwisowych. Wymagane formy zgłaszania awarii to telefon, e-mail.

Wykonawca zobowiązuje się do przyjmowania od Zamawiającego zgłoszeń awarii/zgłoszeń serwisowych telefonicznie lub przez pocztę elektroniczną, przez 7 dni w tygodniu i 24 godziny na dobę, przez wszystkie dni w roku, a także do czasu reakcji na zgłoszenie (nie później niż w ciągu 2 godzin od momentu dokonania zgłoszenia). W ramach czasu reakcji Zamawiający wymaga potwierdzenia (telefonicznie, lub pocztą elektroniczną) otrzymanego zgłoszenia z podaniem w potwierdzeniu daty i godziny przystąpienia do naprawy. Czas naprawy

rozpoczyna swój bieg od momentu potwierdzenia przez Wykonawcę otrzymania zgłoszenia. W przypadku nie potwierdzenia przez Wykonawcę otrzymania zgłoszenia w czasie reakcji, czas naprawy rozpoczyna swój bieg od momentu dokonania przez Zamawiającego zgłoszenia.

##### 5. Zaawansowane wsparcie techniczne

System telekomunikacyjny Straży Granicznej jest całodobowo nadzorowany przez wykwalifikowaną kadrę inżynierską Zamawiającego, która monitoruje stan pracy systemu, dokonuje planowych rekonfiguracji, nadzoruje rozbudowę oraz reaguje na awarie.

Ze względu na wielkość, duży stopień skomplikowania oraz krytyczne znaczenie systemu telekomunikacyjnego Straży Granicznej dla bezprzerwowej obsługi podróżnych przekraczających granicę oraz ochronę zewnętrznego odcinka granicy UE, niezbędne jest dodatkowe wyspecjalizowane wsparcie inżynierskie podnoszące poziom niezawodności systemu.

W związku z powyższym, Zamawiający wymaga by Wykonawca zapewnił zaawansowane wsparcie techniczne w usuwaniu awarii i diagnostyce sieci Zamawiającego zbudowanej w całości na bazie sprzętu oraz oprogramowania Cisco Systems. Dla zapewnienia powyższego wykonawca będzie dysponował co najmniej 3 inżynierami Network Consulting Engineer Cisco Advanced Services, w tym:

1) jednym Inżynierem producenta z certyfikatem co najmniej Cisco Certified Internetwork Expert - CCIE - CCIE Routing&Switching.

2) jednym Inżynierem producenta ze stopniem certyfikacji dla bezpieczeństwa co najmniej

Cisco Certified Internetwork Expert - CCIE Security;

3) jednym Inżynierem producenta z certyfikatem co najmniej Cisco Certified Internetwork Expert - CCIEVoice.

Zamawiający wymaga, aby inżynierowie mieli bezpośredni dostęp do wewnętrznych baz danych producenta oraz do ekspertów technicznych w celu skutecznej diagnostyki sieci oraz szybkiej reakcji na awarie, a w szczególności muszą posiadać:

1) bezpośredni i nieograniczony, co do liczby zgłoszeń dostęp do zespołu odpowiedzialnego za rozwój technologii i produktów;

2) bezpośredni dostęp do zasobów stanowiących własność intelektualną producenta. Zakres dostępu musi obejmować, co najmniej wewnętrzną bazę wiedzy producenta na temat konfiguracji, wewnętrzną bazę danych na temat błędów w oprogramowaniu, bazę wiedzy producenta Technical Knowledge Library;

3) możliwość bezpośredniej zmiany priorytetów i kolejkowania zgłoszeń serwisowych;

4) dostęp pozwalający na uzupełnianie i zmianę numerów seryjnych urządzeń w bazach danych producenta.

Zadaniem inżynierów wsparcia technicznego będzie między innymi:

1) szczegółowa analiza i pomoc w rozwiązywaniu zgłoszeń serwisowych dotyczących awarii oraz włamań do systemu;

2) analiza trendów zgłoszeń serwisowych w oparciu o dane zawarte w systemie producenta;

3) analiza błędów oraz wartości parametrów obciążenia poszczególnych elementów sieci;

4) przygotowywanie zaleceń konfiguracyjnych dla administratorów Straży Granicznej w celu optymalizacji pracy sieci pod względem wydajności i niezawodności;

5) analiza sieci pod kątem bezpieczeństwa oraz przygotowywanie zaleceń konfiguracyjnych dla administratorów Straży Granicznej w celu poprawy bezpieczeństwa sieciowego;

6) wsparcie administratorów Straży Granicznej w utrzymaniu sieci teleinformatycznej na

następujących zasadach:

- a) czas reakcji - 2 godziny od momentu dokonania zgłoszenia (dotyczy również dni wolnych),
  - b) czas podjęcia działań (pomoc w usuwaniu awarii), np. dojazd do budynku CWT nie może być dłuższy niż 2 godziny.
- 7) przeprowadzanie wewnętrznych szkoleń dla administratorów Straży Granicznej o tematyce związanej z rozwiązaniami stosowanymi w sieci Straży Granicznej. Szkolenia będą prowadzone w CWT dla wskazanej grupy inżynierów Zamawiającego;
- 8) realizacja innych zleconych przez Zamawiającego bieżących zadań projektowych i diagnostycznych systemu telekomunikacyjnego Straży Granicznej w ramach ustalonego czasu pracy.

Zamawiający wymaga by wsparcie techniczne udzielane przez inżynierów CCIE producenta odbywało się z Centralnym Węzłem Telekomunikacyjnym SG (Warszawa ul. 17 Stycznia 23). Zamawiający zapewni dostęp do systemu oraz miejsce do pracy. Wsparcie prowadzone będzie w dni robocze w godzinach od 8.15 do 16.15, z tym że Zamawiający zastrzega sobie możliwość w uzasadnionych przypadkach (np. poważna awaria lub rekonfiguracja systemu wpływająca na dostępność systemu) zmianę godzin pracy.

Wsparcie będzie realizowane w wymiarze czasu łącznie 600 godzin kwartalnie, ale nie więcej niż 300 godzin miesięcznie. Zamawiający zastrzega sobie możliwość w uzasadnionych przypadkach (np. poważna awaria lub rekonfiguracja systemu wpływająca na dostępność systemu) przesunięcia części godzin miesięcznego wsparcia technicznego na miesiąc kolejny, jednak z zachowaniem zasady wymiaru czasu łącznie 600 godzin kwartalnie. Rozkład godzin w miesiącu pomiędzy poszczególnymi inżynierami wsparcia technicznego winien być dostosowany do aktualnych potrzeb Zamawiającego.

Harmonogram i zakres wsparcia określany będzie po podpisaniu umowy przez wyznaczonego przez Zamawiającego przedstawiciela.

Ponadto Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany wyznaczonego przez Wykonawcę inżyniera w uzasadnionych przypadkach niewywiązywania się z wyznaczonych zadań.

Kierowani inżynierowie do realizacji usług wsparcia muszą:

- 1) biegle posługiwać się językiem polskim;
- 2) posiadać poświadczenie bezpieczeństwa do poziomu minimum „Zastrzeżone”;
- 3) posiadać zaświadczenie stwierdzające odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

## 6. Szkolenia dla administratorów sieci TI Straży Granicznej

W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca dostarczy kredyty szkoleniowe w celu realizacji szkoleń dla administratorów systemowych Straży Granicznej zarządzających siecią do wykorzystania w okresie jednego roku od czasu dostawy.

Kredyty szkoleniowe muszą być dostarczane w ilości 5 sztuk miesięcznie w okresie realizacji Umowy - 10 kredytów szkoleniowych wykupionych u partnerów szkoleniowych Cisco (Cisco Learning Partners)

W dniu 13 maja 2013r. zamawiający zmodyfikował treść siwz wprowadzając następujące postanowienia :

I. Cały zapis punktu XVI - „OPIS KRYTERIÓW Z PODANIEM ICH ZNACZENIA I SPOSOBU OCENY OFERT” otrzymuje brzmienie:

1. Oceniane kryteria i ich znaczenie:

1) Ocena ofert zostanie przeprowadzona w oparciu o kryterium „Cena”.

2) „Cena” jest kryterium, o charakterze malejącym, posiadającym maksymalną wagę - 100 pkt;

2. Oferty będą oceniane w odniesieniu do najniższej ceny przedstawionej przez wykonawców. Oferta, która otrzyma najwyższą liczbę punktów zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą dla zamawiającego.

3. Złożenie przez wykonawcę oferty niespełniającej warunków określonych w SIWZ spowoduje odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Informacja o odrzuceniu oferty zostanie przesłana do wykonawcy zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W pkt 4 .3) – 7) siwz zamawiający wskazał, że po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, do aukcji elektronicznej zostaną dopuszczone oferty niepodlegające odrzuceniu, aukcja zostanie przeprowadzona poprzez automatyczną ocenę ofert (tj. bez ingerencji zamawiającego) w oparciu o kryterium „Cena”, na podstawie którego dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej.

Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie i siwz oraz zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w niniejszym rozdziale kryterium wyboru. Umowa z wykonawcą którego ofertę uznano za najkorzystniejszą zostanie zawarta niezwłocznie po zakończeniu postępowania o zamówienie publiczne (zgodnie z przepisami ustawy Pzp). Umowa zostanie podpisana wyłącznie na warunkach określonych w załączniku nr 4 do SIWZ, stanowiącym projekt umowy.

W rozdziale XVI pkt 5. siwz zamawiający opisał aukcję elektroniczną w następujący sposób:

Zamawiający przewiduje wybór najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, w oparciu o przepisy zawarte w ustawie Pzp. (art. 91 a, 91 b, 91 c), z wykorzystaniem Platformy aukcji elektronicznej, udostępnionej przez Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych SA pod adresem [www.ppp.pwpw.pl](http://www.ppp.pwpw.pl)



Udział w aukcji elektronicznej nie jest obowiązkowy. Oznacza to, że również wykonawcy, którzy nie dysponują wymaganymi, niżej opisanymi, rozwiązaniami technicznymi, w szczególności podpisem elektronicznym, mogą wziąć udział w postępowaniu, ograniczając się wyłącznie do złożenia oferty pisemnej.

#### Wymagania techniczne

Komputer osobisty klasy PC o minimalnych parametrach technicznych:

Procesor z zegarem 1 GHz.

256 MB pamięci RAM.

Zainstalowane oprogramowanie:

System operacyjny Windows w wersji 2000 (SP3 lub wyższy) lub XP (SP1 lub wyższy).

Przeglądarka Internet Explorer w wersji co najmniej 6 SP1.

Środowisko Java Runtime Enviroment w najnowszej dostępnej wersji.

Łącze internetowe o przepustowości co najmniej 128 kbps.

Konfiguracja infrastruktury teleinformatycznej użytkownika musi zapewnić stabilny dostęp stacji roboczej użytkownika do aukcji elektronicznej (AE). W szczególności w przypadku stosowania serwera Proxy należy upewnić się, czy nie zakłóca on dostępu do AE.

#### Podpis elektroniczny

Wykonawcy biorący udział w aukcji elektronicznej muszą dysponować bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej muszą być opatrzone takim podpisem pod rygorem nieważności.

Podpisem spełniającym wymogi ustawowe będzie podpis wydawany przez kwalifikowany podmiot certyfikujący - wpisany do rejestru prowadzonego przez Narodowe Centrum Certyfikacji. Wykonawcy, którzy dysponują podpisem elektronicznym wystawionym przez zagraniczny podmiot certyfikujący, powinni dostarczyć zamawiającemu wzór takiego podpisu wraz z ofertą. Zamawiający przekaze taki wzór podpisu do administratora systemu. Dochowanie powyższego zapewni prawidłową obsługę podpisu w toku aukcji elektronicznej II. Do treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ dodaje się punkt 13 o następującej treści:

13. Oświadczamy, że w toku aukcji elektronicznej postąpienia składane będą przez:3)

Pana/Panią: ..,,

(imię i nazwisko)

Nr tel: , e-mail:

Pana/Panią: ,

(Imię i nazwisko)

Nr tel: e-mail:.....

Wypełnić jedynie w przypadku, jeżeli wykonawca zamierza brać udział w aukcji elektronicznej

Każda z osób wskazanych w pkt 13 musi posiadać umocowanie do jednoosobowego reprezentowania Wykonawcy w toku aukcji elektronicznej (tj. do samodzielnego dokonywania postępień). Umocowanie to może wynikać bezpośrednio ze sposobu reprezentacji określonego w dokumencie rejestracyjnym Wykonawcy (np. z KRS, centralnej ewidencji I Informacji o działalności gospodarczej) lub z przedłożonego wraz z niniejszą ofertą pełnomocnictwa do składania ofert w toku aukcji elektronicznej. Wskazana osoba musi dysponować bezpiecznym podpisem elektronicznym.

Zamawiający wyjaśniał treść siwz, i na konieczność ścisłej współpracy z producentem Cisco wskazują przykładowo poniższe odpowiedzi na pytania:

Pytanie 21: Dotyczy pkt. 2, OPZ - Zamawiający oczekuje dostarczenia pakietów gwarancyjnych producenta dla wskazanych urządzeń I oprogramowania zapewniających dostęp do poprawek, aktualnych sygnatur dla urządzeń I PS i uaktualnienia oprogramowania. Oferent prosi o potwierdzenie, że dla urządzeń i oprogramowania, dla których producent nie oferuje już wsparcia, lub oferuje dostęp tylko do określonych zasobów (np. dostęp do poprawek, ale nie do dużych aktualizacji) Zamawiający oczekuje dostarczenia pakietów zgodnie z polityką cyklu życia produktów/usług firmy Cisco?

Odpowiedź na pytanie 21: Zamawiający oczekuje dostarczenia pakietów zgodnie z polityką cyklu życia produktów/usług firmy Cisco.

Pytanie 24: Dotyczy Pkt 4. OPZ : Zamawiający oczekuje zapewnienia możliwości pobierania poprawek i aktualizacji "zarówno update jak i upgrade". Czy Oferent ma rozumieć, że dla produktów, dla których producent (firma Cisco) oferuje jedynie pakiety gwarancyjne zapewniające poziom aktualizacji "poprawek" (tj. update), dostarczona usługa ma być zgodna z polityką firmy Cisco?

Odpowiedź na pytanie 24: TAK, dla produktów, dla których producent (firma Cisco) oferuje jedynie pakiety gwarancyjne zapewniające poziom aktualizacji "poprawek" (tj. update), dostarczona usługa ma być zgodna z polityką firmy Cisco

Pytanie 35: W dokumencie „Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ)” w punkcie 2, Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający specyfikuje; „ - dostarczyć pakiety gwarancyjne producenta dla wskazanych urządzeń i oprogramowania, zapewniające dostęp do poprawek, aktualnych sygnatur dla urządzeń I PS i uaktualnienia oprogramowania;” Jednocześnie w Tabeli w Załączniku nr 1 Lista wymaganych objęciem pakietami gwarancyjnymi urządzeń i oprogramowania” znajdują się pozycje: UC-CUCM-USR-C-11100szt. LiC-CUCM-ESS-C-2000 szt.

Czy Zamawiający wymaga aby w dostarczone pakiety umożliwiały dostęp do upgrade oprogramowania (dostęp do nowych wersji głównych) czy też dostęp do uaktualniania w ramach posiadanej wersji głównej?

Jeżeli wymagane jest aby pakiety umożliwiały dostęp do upgrade oprogramowania prosimy o podanie daty końca aktualnie posiadanego przez Zamawiającego pakietu producenta gdyż zgodnie z polityką producenta pakiety umożliwiające upgrade mogą jedynie być przedłużane. Mając powyższe na uwadze informacja jest niezbędna do weryfikacji możliwości realizacji przedstawionego wymagania oraz odpowiedniej wyceny.

Odpowiedź na pytanie 35: Zamawiający wymaga aby pakiety tego oprogramowania umożliwiały tylko update.

Pytanie 40: W tabeli w Załączniku nr 1 Lista wymaganych objęciem pakietami gwarancyjnymi urządzeń i oprogramowania" znajdują się pozycje, dla których producent ogłosił zakończenie wsparcia a co za tym idzie możliwości wykupienia wymaganych pakietów serwisowych na okres krótszy niż wymagany przez Zamawiającego.

W związku z powyższym prosimy o modyfikację Tabeli z Załącznika nr 1. Poprzez dodanie zapisu „do daty zakończenia wsparcia przez Producenta" dla tych pozycji (urządzenia i części zainstalowane), dla których wymagany okres jest dłuższy niż możliwy do realizacji,

Odpowiedź na pytanie 40: Zamawiający na powyższe urządzenia wymaga wykupienia pakietów serwisowych do daty określonej w tabeli w kolumnie „Wymagany okres" lub nie dłużej niż do daty zakończenia wsparcia przez producenta.

Pytanie 46: W związku z faktem, iż Zamawiający w SIWZ posługuje się wielokrotnie terminem "producent" (pisząc ten wyraz małą lub dużą literą), a zrozumienie tego pojęcia jest kluczowe dla zdefiniowania zarówno warunków udziału w postępowaniu, jak i wymagań dotyczących realizacji umowy, zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie, czy ilekroć w SIWZ Zamawiający posłużył się określeniem "producent" lub "Producent", należy przez to rozumieć producenta urządzeń, które mają być objęte serwisem?

Odpowiedź na pytanie 46: TAK, Zamawiający posługując się określeniem "producent" lub "Producent", rozumie przez to producenta urządzeń, które mają być objęte serwisem.

Pytanie 47: Czy Zamawiający uzna za dokumenty pochodzące od "producenta", dokumenty wystawione przez spółkę będącą przedstawicielem producenta na Polskę, czyli Cisco Systems Poland Sp. z o.o, ul. Domaniewska 39b, 02-672 Warszawa?

Odpowiedź na pytanie 47: TAK, Zamawiający uzna za dokumenty pochodzące od "producenta", dokumenty wystawione przez spółkę będącą przedstawicielem producenta na Polskę, czyli Cisco Systems Poland Sp. z o.o, ul. Domaniewska 39b, 02-672 Warszawa.

Pytanie 58: Prosimy o podanie rodzaju i ilości licencji/subskrypcji zainstalowanych/używanych dla urządzeń SMA-M670-K9 oraz WSA-S370-K9.

Odpowiedź na pytanie 58: WSA-S370-K9 - 6800 licencji na użytkowników oraz następujące funkcje:

- Cisco IronPort L4 Traffic Monitor
- Cisco IronPort HTTPS Proxy
- Cisco IronPort Web Usage Controls -Shops
- Webroot
- Cisco IronPort Web Proxy & DVS Engine
- Cisco AnyConnect Secure Mobility
- Cisco Web Reputation Filters.

Z zaproszenia do aukcji wynika, że aukcja zostanie otwarta 8 sierpnia 2013r. o godz. 12:00, zamknięta o 12:30 pod warunkiem, że w ciągu ostatnich 3 minut trwania aukcji żaden z wykonawców nie złoży oferty. Maksymalny czas trwania aukcji to 180 minut, ostateczne zamknięcie aukcji nastąpi o godz. 13:00. Minimalna wartość postąpień (kolejnych korzystniejszych ofert) wynosi 50 000zł. Postąpienia pod rygorem nieważności składa się opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej będą składać kolejne korzystniejsze postąpienia, które będą podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji. Sposób oceny ofert będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty z uwzględnieniem punktacji potrzymanej przed otwarciem aukcji. Do zaproszenia załączono formularz wykonawcy, który był podstawą przydzielenia loginów i haseł, było w nim miejsce na jednego przedstawiciela innego niż wynikającego z dokumentów dotyczących reprezentacji. Wedle regulaminu systemu PPP użytkownik to uprawniony pracownik organizatora lub oferenta posiadający dostęp do systemu PPP, oferent (uczestnik) to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, która za pomocą systemu PPP składa ofert lub zawiera umowy z Organizatorem, Login to unikalna nazwa nadana przez PWPW identyfikująca użytkownika w systemie PPP, hasło poufny ciąg znaków umożliwiający użytkownikowi dostęp do systemu PPP

W § 4 wskazano że rejestracja organizatora i oferentów (uczestników) może nastąpić po zawarciu umowy z PWPW lub przesłaniu wypełnionego formularza zamówienia przez organizatora i/lub oferenta. PWPW zastrzega sobie prawo weryfikacji informacji z formularza organizatora czy oferenta. Ma prawo domagania się od użytkownika dodatkowych wyjaśnień i przedstawienia stosownych dokumentów. W § 5 podano, że w celu umożliwienia bezpiecznego korzystania z systemu PPP, PWPW przydzieli użytkownikowi login i hasło.

Z pisma Grażyny Nowaczek do zamawiającego z 1 sierpnia 2013r. (drogą elektroniczną) wynika, że PWPW ma formularze firm:

Integrated Solutions, Intertrading system

Solidex Trecom – na p. Gawlikowskiego (ale firma przestała bezpośrednio do mnie na 3 osoby).

Brak informacji w aktach czy była odpowiedź na to pismo. W dokumentacji znajdują się dwa formularze wykonawcy firmy Trecom na pana Gawlikowskiego i na p. Stachułę.

Z protokołu aukcji elektronicznej wynika, że zaproszonych wykonawców było 6 w tym Trecom Enterprise Solutions sp. z o.o. z osobą kontaktową Sylwią Stachułą i Trecom Enterprise Solutions sp. z o.o. z osobą kontaktową Maciejem Gawlikowskim. W ramach ofert końcowych wskazano, że Trecom Enterprise Solutions sp. z o.o. z osobą kontaktową Sylwią Stachułą zajmuje 1 miejsce z ofertą początkową 20 879 250zł. i końcową 15 250 000zł. a Trecom Enterprise Solutions sp. z o.o. z osobą kontaktową Maciejem Gawlikowskim zajmuje 3 miejsce z ofertą początkową 20 879 250 zł. i końcową 15 789 999,00zł. Analogiczna sytuacja dotyczy ofert końcowych podsumowania.

W wyniku aukcji elektronicznej złożono oferty z cenami :

Konsorcjum Trecom – 15 250 000zł.,

Atende SA – 15 290 000zł.,

Konsorcjum Integrated Solutions – 18 100 000zł.

Solidex SA – 18 680 000zł.

Intertrading Systems Technology – 19 000 000zł.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 13 936 625, 25zł. Co po powiększeniu o podatek VAT daje kwotę 17 142 049, 06zł. i oświadczył w dniu otwarcia, że może sfinansować zamówienie do kwoty 18 690 000zł.

W ofercie Atende w formularzu ofertowym oświadczone, że przedmiot zamówienia będzie wykonany zgodnie z ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz, również w pkt 3 – 7 znajdują się oświadczenia dotyczące sposobu wykonania zamówienia, zgodne z wymaganiami zamawiającego. Analogiczne oświadczenia zostały złożone w ofercie Konsorcjum Trecom.

Z pisma Cisco International Limited z dnia 26 lipca 2013r. wynika, że zgodnie z zasadami licencjonowania oprogramowania dla urządzeń firmy Cisco Systems, tylko firma Cisco jest uprawniona do modyfikowania oprogramowania IOS oraz udostępniania poprawek i aktualizacji oprogramowania oraz sygnatur IPS, w ramach wykupionego dla urządzeń kontraktu serwisowego Cisco Smartnet, który jednocześnie umożliwia użytkownikowi końcowemu dostęp do pomocy technicznej Cisco Technical Center (TAC)

Z pisma Cisco International Limited z dnia 26 lipca 2013r. wynika, że Cisco przedstawiło odwołującemu ofertę na serwisy Cisco Smartnet 0 5 968 288 USD, serwisy Advanced Services – 1 950 000 USD, Learning Credits – 1 800 000USD. Zaprezentowane warunki cenowe nie uwzględniają podatku VAT.

W dniu 30 sierpnia 2013r. Konsorcjum Trecom wyjaśniło zamawiającemu, że w trakcie aukcji napotkało na problem, że nie widziało kolejnych postąpień uczestników aukcji, a widziało obniżającą się wartość swojej oferty. Zadzzwonili fo PWPW i zostali poinstruowani jak problem usunąć i dodatkowo, że osoby umocowane do uczestnictwa w aukcji ze strony Konsorcjum mogą się wzajemnie przelicytowywać, co pełnomocnicy konsorcjum czynili. Konsorcjum Trecom przyznało, że w toku aukcji doszło do kilku postąpień różnych przedstawicieli konsorcjum p wartości niższej niż 50 000zł. , co nie miało wpływu na wynika akcji, gdyż nastąpiło znacznie przed jej zakończeniem. Postąpienia poniżej 50 000zł. nie powinny być zdaniem konsorcjum przyjmowane przez system i powinny być uznane za nieważne jako niezgodne z warunkami akcji, ale całe postępowanie jest ważne i nie ma to wpływu na ostateczny wynik. Możliwość działania dwóch użytkowników nie była zakazana. Postępowanie winno być rozumiane jako mające na celu wyłonienie uczestnika, który złożył najkorzystniejszą ofertę, a uczestnik, to wykonawca, a nie uprawniony pracownik. Oczywistym jest, że w takim wypadku wybierana jest oferta uczestnika, a nie oferta pracownika.

Izba nie dopuściła wyjaśnień ATENDE i Konsorcjum Trecom dotyczących zaoferowanej ceny złożonych po wniesieniu odwołania na wezwanie zamawiającego, z uwagi na to, że przedmiotem oceny Izby jest czynność zamawiającego zaskarżona przez odwołującego, stąd skoro zamawiający nie dokonywał jej w trybie ustawy jako uwzględnienie części zarzutów odwołania, a jedynie w celu upewnienia się w słuszności swoich poglądów (jak oświadczył na rozprawie), to czynność ta nie może mieć wpływu na wynik postępowania i jako taka nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba postanowiła oddalić opozycję zamawiającego wskazuje, że wymogiem art. 185 Pzp jest przystąpienie po jednej ze stron. Nie ma natomiast obowiązku, na który wskazywał zamawiający popierania wszystkich zarzutów odwołania. W ocenie Izby przystępujący może ograniczyć się do popierania tych zarzutów, w których ogniskuje się jego interes. Jedynym zakazem jaki ustanawia w takiej sytuacji ustawa, jest zakaz o którym mówił przystępujący Atende składania oświadczeń sprzecznych ze stanowiskiem strony, do której przystąpił.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu sklasyfikowaną na trzeciej pozycji w rankingu ofert. Odwołanie

odwołującego zmierza do wyeliminowania dwóch poprzedzających go ofert, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 c ustawy, w związku z art. 7 ustawy, przez zaniechanie unieważnienia aukcji elektronicznej, która została przygotowana i przeprowadzona w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, to jest z umożliwieniem prowadzenia aukcji przez dwóch pełnomocników Konsorcjum Trecom, którzy działając w imieniu tego samego wykonawcy składali postąpienia o wartości niższej niż minimalna wartość postąpień wskazana w zaproszeniu do aukcji elektronicznej, co wprowadziło również pozostałych wykonawców w błąd, co do rzeczywistej liczby wykonawców uczestniczących w aukcji oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, w związku z art. 7 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trecom, pomimo tego, że wykonawca ten poprzez działania dwóch pełnomocników złożył postąpienia o wartości niższej niż minimalna wartość postąpień, wskazana w zaproszeniu do aukcji, oraz wprowadził pozostałych wykonawców w błąd, co do rzeczywistej liczby wykonawców uczestniczących w aukcji, co narusza zasady uczciwej konkurencji,

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Stan faktyczny, w którym doszło do przeprowadzenia aukcji elektronicznej ustalony przez Izbę kształtował się w sposób następujący. W siwz (po modyfikacji) zamawiający w załączniku formularz ofertowy do siwz w pkt. 13 umożliwił wykonawcom podanie dwóch pełnomocników, którzy będą reprezentować wykonawcę w trakcie aukcji elektronicznej. Przesyłając zaś zaproszenie do aukcji określił wartość minimalnych postąpień na poziomie 50 tysięcy złotych oraz przekazał wykonawcom regulamin aukcji PWPW oraz formularze wykonawcy do wypełnienia. Wykonawca Konsorcjum Trecom korzystając z zezwolenia zamawiającego wynikającego z siwz złożył dwa takie formularze wykonawcy dla dwóch pełnomocników. W formularzu była możliwość podania tylko jednej osoby do reprezentowania podczas aukcji, stąd czynność wykonawcy Konsorcjum Trecom polegająca na wypełnieniu dwóch formularzy. Do systemu aukcji PWPW wprowadzono oba formularze i potraktowano je jako dwóch oddzielnych wykonawców, pomimo zbieżności nazwy i adresu wykonawcy w obu formularzach oraz osoby podpisującej formularz. Jednocześnie do zamawiającego wystosowaniu korespondencję elektroniczną z której wynikało, że wykonawca Trecom zgłosił trzech pełnomocników, co jednak nie znajduje potwierdzenia w aktach postępowania. Nie mniej jednak w tej korespondencji elektronicznej nie zwrócono uwagi zamawiającego na

ewentualne problemy z udziałem dwóch lub więcej pełnomocników jednego wykonawcy podczas aukcji, a pismo nie wskazywało, że w związku z podaniem większej ilości pełnomocników w systemie wykonawca Trecom będzie traktowany jako dwa odrębne podmioty. W postanowieniach regulaminu aukcji PWPW to użytkownik – pracownik wykonawcy lub jego pełnomocnik, a nie oferent/uczestnik – w rozumieniu ustawy pzp wykonawca, otrzymuje login i hasło. W regulaminie nie ma postanowień regulujących sytuację udziału w aukcji kilku użytkowników w imieniu tego samego wykonawcy. W toku aukcji udział wzięło dwóch użytkowników Konsorcjum Trecom, przy czym w chwili rozpoczęcia aukcji mieli oni tylko wiedzę o ilości osób biorących w aukcji. Jak wynika z wyjaśnień Konsorcjum Trecom podczas trwania tej aukcji wykonawca zorientował się, że nie widzi punktacji oferty najkorzystniejszej, a wartość jego oferty maleje. W celu wyjaśnienia tej sytuacji zadzwonił pod wskazany przez zamawiającego numer do zgłaszania awarii platformy PPP i uzyskał informację, jak usunąć błąd, oraz, że jego pełnomocnicy mogą się przelicytowywać. W protokole aukcji elektronicznej widać wyraźnie, że Konsorcjum Trecom jako wykonawcy system PPP przydzielił dwa osobne numery oraz, że wynik aukcji uwzględniał dwie oferty ostateczne złożone przez wykonawcę Konsorcjum Trecom i sklasyfikowane odpowiednio na 1 i 3 pozycji w rankingu aukcji elektronicznej. Poza sporem jest to, że w toku aukcji każdy z pełnomocników – użytkowników Konsorcjum Trecom dokonywał postąpień i gdy łącznie zliczyć wartość postąpień to są one poniżej minimalnej wartości postąpienia. Sporna była tylko ilość tych postąpień, a nie fakt ich zaistnienia. W tak ukształtowanym stanie faktycznym Izba uznała, że aukcja została przeprowadzona niezgodnie z zaproszeniem do aukcji to jest jeden z wykonawców nie dopełnił wymagania minimalnej wartości postąpień, aukcja została przeprowadzona niezgodnie z art. 91 c pkt 3 ustawy gdyż jeden z wykonawców nie otrzymał informacji wymaganych w tym przepisie w toku aukcji tj. informacji o punktacji najkorzystniejszej oferty, nadto doszło do złożenia dwóch ofert ostatecznych przez jednego z uczestników aukcji, co stoi w sprzeczności z treścią art. 80 ust. 2 ustawy. Izba stwierdziła jednocześnie, że odpowiedzialność za zaistniałą sytuację ponosi organizator aukcji czyli zamawiający. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy nastąpiły bowiem z powodu zarejestrowania przez system PPP jednego oferenta/uczestnika/wykonawcy w dwóch postaciach. Nie sposób bowiem przyjąć, że wykonawca Konsorcjum Trecom w jakikolwiek sposób mógł wpłynąć na to jak jego pełnomocnicy- użytkownicy zostaną potraktowani przez system (brak jest jakiegokolwiek dowodu na tę okoliczność i przyjęcie tej hipotezy pozostawałoby w sprzeczności z wyjaśnieniami wykonawcy Trecom złożonymi zamawiającemu, których wiarygodność nie była na rozprawie kwestionowana. Niewątpliwie właściciel systemu PPP miał świadomość, że za Konsorcjum Trecom działać będzie dwóch pełnomocników, mimo to zarejestrował ich jako dwóch oddzielnych wykonawców (świadczy o tym korespondencja elektroniczna).



Organizator aukcji – zamawiający jest odpowiedzialny wobec wykonawców jako gospodarz postępowania za dobór platformy umożliwiającej zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad określonych przez zamawiającego w zaproszeniu do aukcji oraz wymogów ustawy wynikających z art. 91c ustawy. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego Konsorcjum Trecom, że skoro oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie w jakim złożył on korzystniejszą ofertę w toku aukcji, a ostatnie postąpienie Konsorcjum Trecom było zgodne z minimalną wartością postąpienia, to nie można dopatrzeć się naruszenia przepisów ustawy. Zarówno bowiem zamawiający jak i przystępujący Konsorcjum Trecom pomijają, że w tej sprawie problemem jest która z ofert Trecom jest ofertą tego wykonawcy i wobec tego która z ofert powinna być wybrana, czy Konsorcjum Trecom przy przyjęciu, że oferta w poz. 1 jest ofertą tego wykonawcy, czy oferta Atende, jeśli uznać, że Konsorcjum Trecom złożyło w rzeczywistości ofertę sklasyfikowaną w poz. 3, zwłaszcza, że obie oferty licytowali upoważnieni do tego pełnomocnicy. W ocenie Izby sytuacja, w której wykonawca kończy aukcję z dwiema ostatecznymi ofertami jest niedopuszczalna na gruncie ustawy, jako godząca przede wszystkim w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, której gwarantem ma być zamawiający w toku postępowania. Izba stoi na stanowisku, że do opisanej wyżej sytuacji w żaden sposób nie przyczynił się przystępujący Konsorcjum Trecom, brak jest dowodów na to, że jego wolą było złożenie dwóch ofert ostatecznych, brak jest także dowodów na to, że świadomie i celowo dokonywał postępień niezgodnych z zaproszeniem do składania ofert. Całość tej sytuacji wyniknęła z błędnego zarejestrowania wykonawcy przez system. Izba przeanalizowała orzecznictwo Izby zapadłe w sprawach, w których postępowanie było prowadzone z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Izba stwierdziła, że w części tych orzeczeń uznano za niedopuszczalne powtórzenie czynności aukcji elektronicznej z dwóch zasadniczych powodów:

- po pierwsze z uwagi na to, że ostatnie postąpienia, są traktowane tak jak oferty papierowe i brak zastosowania przepisów art. 82 ust. 1, art. 84 i 89 ustawy dotyczy jedynie toku aukcji elektronicznej, a po jej zakończeniu zakładana jest niezmiennosc oferty wykonawcy,
- po drugie wskazywany jest argument natury pozaprawnej jak celowość powtarzania aukcji w sytuacji, gdy wszyscy wykonawcy biorący udział w aukcji znają już swoje możliwości finansowej.

Odnosząc się do argumentu natury ekonomicznej, to Izba uważa, że w przedmiotowym stanie faktycznym tak naprawdę strony nie poznały swoich możliwości finansowych, gdyż nie wiadomo jaki byłby wynik aukcji i jak przebiegały by postąpienia, gdyby były naliczane tylko dla wykonawców – oferentów/uczestników, a nie ich pełnomocników/użytkowników. Ponadto Izba stwierdza, że wykonawcy nie byli zgodnie z art. 91 c ust. 3 informowani o rzeczywistej pozycji swojej oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty, co w

ocenie Izby miało niewątpliwy wpływ na decyzje biznesowe podejmowane podczas tej aukcji. Tym samym w przedmiotowym stanie faktycznym przeszkoda dla powtórzenia aukcji nie wydaje się być realna.

Drugi z argumentów jest zdecydowanie silniejszy. Izba jednak kierując się przede wszystkim celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy o zamówienie publiczne, nie uważa za dopuszczalną sytuacji, w której to wykonawca, którego dotyczy wadliwość aukcji miał być karany za brak należytego przygotowania aukcji przez zamawiającego. Izba uważa, że gdyby nakazała jedynie unieważnienie czynności aukcji i przyjęła niedopuszczalność jej ponownego przeprowadzenia, to byłoby to również sprzeczne z żądaniami odwołującego i przystępującego, który domagali się unieważnienia i powtórzenia aukcji, a nie unieważnienia postępowania. Biorąc pod uwagę to, że w postępowaniu bierze obecnie udział 5 wykonawców, to nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trecom, tak jak się tego domagał odwołujący za sprzeczność z zaproszeniem do aukcji i tak nie prowadziłoby do osiągnięcia celu postępowania o zamówienie publiczne, bo zamawiający miałby nadać 4 wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu i nie mogąc powtórzyć aukcji nie miałyby możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, bo pozostawałby w sprzeczności z własnymi postanowieniami ogłoszenia nakazującymi przeprowadzenie aukcji elektronicznej, postępowanie zatem należałoby unieważnić bez osiągnięcia jego celu i z narażeniem wykonawców na szkodę w postaci kosztów jakie ponieśli w związku z udziałem w przedmiotowym postępowaniu. Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę na to, że ustawodawca w ramach aukcji elektronicznej używa pojęcia oferty w trzech znaczeniach: oferty pisemnej wykonawcy złożonej przed aukcją elektroniczną – art. 91a ust. 1, 91b (trzy oferty niepodlegające odrzuceniu), art. 91 a ust. 3 (dokonano oceny oferty przed otwarciem aukcji elektronicznej), art. 91b pkt 1 (pozycji złożonych przez nich ofert) oferty w toku aukcji elektronicznej – czyli postąpienia (art. 91b ust. 4, art. 91c ust. 3 i 4 ustawy) i oferty wybranej po zakończeniu aukcji - art. 80 ust. 2 w związku z 91c ust. 5 ustawy. Izba doszła do wniosku, że oferty w toku aukcji – postąpienia to fragmenty oferty złożonej w terminie składania ofert, którymi wykonawcy konkurują w trakcie aukcji. Zatem oferta pierwotna nie wygasa jest wiążąca w tej części, która nie jest przedmiotem postąpień. Taki wniosek należy wyprowadzić przede wszystkim z art. 91c ust. 4 ustawy zgodnie z którym bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu, pomimo tego, że mniej korzystne postąpienie wygasa. Oferta wybrana o której mowa w art. 80 ust. 2 ustawy, to z kolei oferta pierwotna zmieniona o wartości ustalone w wyniku aukcji. Tym samym nadal jest to oferta, która została przez wykonawcę złożona w dniu składania ofert uzupełniona o nowe elementy zmienione zgodnie z wolą ustawodawcy w toku aukcji elektronicznej. Izba zanalizowała także czy oferty składane w zwykłym toku postępowania (to jest bez aukcji) nie podlegają

zmianom po zamknięciu ofert i doszła do przekonania, że tak nie jest. Świadczy o tym zarówno treść art. 87 ust. 2 jak i 91 ust. 3a przez doliczenie do ceny podatku od towarów i usług w celu oceny oferty, art. 91 ust.5 i 6 w zakresie ofert dodatkowych. Te okoliczności wskazują się ustawodawca dopuszcza zmiany ofert po ich złożeniu, a oferta składana przez wykonawcę w postępowaniu z aukcją elektroniczną ulega jedynie zmianie dopuszczanej przepisami ustawy, a nie wycofaniu. Tym samym Izba nakazując powtórzenie aukcji elektronicznej nie nakazuje wykonawcom ponownego składania ofert, gdyż te już zostały złożone w dniu składania ofert, ale nakazuje ponowne przeprowadzenie wadliwej procedury (czynności zamawiającego) zmiany oferty po jej złożeniu w trybie dopuszczonym przez prawo. W ocenie Izby zatem możliwy pozostaje do osiągnięcia cel postępowania o zamówienie publiczne w sytuacji, gdy w toku aukcji elektronicznej zamawiający dopuści się naruszenia przepisów ustawy. Izba pragnie jednak z całą stanowczością podkreślić, że nie dotyczy to sytuacji, gdy to uczestnik wpłynię lub wywoła błąd w toku aukcji elektronicznej, albowiem ustawodawca nie przewiduje sytuacji naprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w innym przypadku niż naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy. Podsumowując, Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 91c ust. 3 ustawy oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w myśl art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez przeprowadzenie aukcji w sposób wadliwy. Izba natomiast nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trecom. Izba jak już wskazano powyżej uznała, że ewentualne wady części oferty tego wykonawcy powstały z winy zamawiającego, a skoro tak nie mogą one obciążać wykonawcy. Co do czynu nieuczciwej konkurencji, to odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że Konsorcjum Trecom świadomie i celowo wykonało postąpienia niezgodne z minimalną wartością postąpień określonych w zaproszeniu. Izba uznała zatem, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, przez zaniechanie wezwania wykonawców Konsorcjum Trecom oraz Atende SA do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Trecom oraz Atende SA, jako zawierających rażąco niską cenę, ewentualnie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Trecom oraz Atende SA, jako ofert nie obejmujących całego przedmiotu zamówienia.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Izba stwierdza, że pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania bezsporne jest, że przedmiot zamówienia polega na zaoferowaniu zamawiającemu pakietów, serwisów i kredytów szkoleniowych firmy Cisco. Wynika to wprost z opisu przedmiotu zamówienia oraz udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień treści siwz. Dodatkowo okoliczność tę potwierdza złożone przez odwołującego pismo firmy Cisco International Limited z dnia 26 lipca 2013r. Nadto w toku przeprowadzonej rozprawy nikt tej okoliczności nie kwestionował. Nikt nie kwestionował także oferty handlowej złożonej przez firmę Cisco International Limited odwołującemu potwierdzonej pismem firmy Cisco International Limited z dnia 26 lipca 2013r. Sporne było natomiast twierdzenie odwołującego co do jednolitej polityki handlowej firmy Cisco wobec wykonawców ubiegających się o to samo zamówienie. Odwołujący mimo przedłożenia dwóch pism od producenta Cisco International Limited tej okoliczności nie wykazał. Z żadnego ze złożonych pism nie wynika bowiem, że wartości pakietów, serwisów i kredytów szkoleniowych zaoferowane odwołującemu, były w takich samych wysokościach oferowane innym uczestniczącym w tym postępowaniu wykonawcom, a zamawiający zaprzeczył temu twierdzeniu odwołującego. W tej sytuacji Izba uznała, że nie została udowodniona kluczowe twierdzenie odwołującego. Odwołujący nie wskazał ani na regulaminy firmy Cisco potwierdzające politykę jednakowych cen, ani na jakiegokolwiek oświadczenie producenta o stosowaniu takiej polityki. Nieudowodnienie tej okoliczności musiało zatem skutkować oddaleniem zarzutu zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum Trecom i Atende na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani zaniechania wezwania tych wykonawców do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Jedynie bowiem w przypadku wykazania braku możliwości zakupu przez Konsorcjum Trecom i Atende pakietów, serwisów i kredytów szkoleniowych w wymaganej ilości za cenę niższą niż zaoferowana odwołującemu przez producenta Cisco, można było powziąć wątpliwości tak co do realności zaoferowanej przez tych wykonawców ceny jak i co do tego czy zaoferowali oni cały przedmiot zamówienia. Co do zaoferowania całości przedmiotu zamówienia Konsorcjum Trecom i Atende złożyły wymagane przez zamawiającego oświadczenia w formularzu ofertowym. Zamawiający w siwz nie wymagał przedłożenia innych dokumentów mających służyć wykazaniu, że oferowane zamówienie spełnia wymagania zamawiającego tak co do pochodzenia, jak i ilości. Tym samym w braku wykazania polityki cenowej firmy Cisco, zgodnie z twierdzeniem odwołującego, nie było podstaw do podważenia wiarygodności złożonych oświadczeń przez przystępujących w ich ofertach. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie potwierdził się. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jedynie bowiem w przypadku wykazania, że Konsorcjum Trecom i Atende nie mogą nabyć pakietów, serwisów i licencji po niższej cenie niż odwołujący, można byłoby dać wiarę

twierdzeniu odwołującego, że wykonawcy ci zaoferowali świadczenie poniżej kosztów jego wytworzenia. W braku takiego dowodu Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego Trecom, że firma Cisco nie prowadzi jednakowej polityki handlowej wobec wykonawców biorących udziału w postępowaniu i że przystępujący Trecom założył na przedmiotowym zamówieniu znaczny zysk. W tej sytuacji Izba zanalizowała, czy zamawiający miał podstawy uwzględniając okoliczności przedmiotowego postępowania do zwrócenia się do wykonawców Trecom i Atende o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Izba ustaliła, że stosunek cen wykonawców Konsorcjum Trecom i Atende do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o VAT to odpowiednio 88,96% i 89,20%, zaś oferty są niższe od średniej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert o odpowiednio 11,66% i 11,44%. W ocenie Izby te rozbieżności nie dawały zamawiającemu podstaw do uznania, że ceny wykonawców Konsorcjum Trecom i Atende mogą odbiegać rażąco od realnych cen za zamawiany przedmiot. W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu poniesionych kosztów uiszczanego wpisu.

**Przewodniczący:** .....