

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2014 r. przez **Odwołującego** - Passus Sp. z o.o., ul. Wiktorska 63, 02-587 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Główny Urząd Statystyczny, al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa

przy udziale **Wykonawcy** – Konsorcjum: Dimension Data Polska Sp. z o.o., Comp S.A., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Passus Sp. z o.o., ul. Wiktorska 63, 02-587 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Passus Sp. z o.o., ul. Wiktorska 63, 02-587 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Dostawa wraz z wdrożeniem urządzeń sieciowych na potrzeby modernizacji sieci LAN, dostawa wraz z wdrożeniem systemu monitorującego wydajność sieci i aplikacji oraz budowę sieci bezprzewodowej WiFi w Urzędach Statystycznych oraz w Głównym Urzędzie Statystycznym na potrzeby projektu System informacyjny Statystyki Publicznej - 2 (SISP-2)*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 maja 2014 r. pod numerem 2014/S 100-174405.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2. zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego mimo, że świadomie posłużył się nieprawdziwymi informacjami zawartymi zarówno w Wykazie dostaw, jak również w opisie oferowanego produktu, w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia,
- 2) z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt 1 - art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego pomimo braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego mimo, iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) z uwagi na niezgodność zaofiarowanego produktu z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez pozorne wezwanie do wyjaśnień w zakresie spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu,
- 5) 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez pozorne wezwanie do wyjaśnień Przystępującego w zakresie przedmiotu oferty,
- 6) art. 20 ust. 1 ustawy Pzp poprzez pozorne ocenianie spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu oraz pozorne badanie i ocenę ofert przez powołaną w tym celu Komisję,

- 7) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie jako wyboru oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego mimo, iż jej treść nie jest zgodna z treścią SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona, a Przystępujący winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności oceny i badania ofert i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Dimension Data Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, a także obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł w odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości, iż z listu referencyjnego z dnia 30 stycznia 2014 r. wynika, że usługa jest nadal wykonywana. Odwołujący zwrócił uwagę, że w świetle obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, referencje nie spełniają wymogu, że poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, a zatem dokument załączony przez Przystępującego nie potwierdzał, że usługa jest wykonywana należycie.

Nadto, z treści protokołu odbioru oraz załączników do protokołu wynikało, iż w ramach realizacji usługi zostały dostarczone: przełączniki MPLS (juniper), urządzenia brzegowe (juniper), przełączniki zarządzane, system zarządzania siecią. Zdaniem Odwołującego, na podstawie przedmiotowych informacji nie można było jednoznacznie stwierdzić, że zakres tego wdrożenia obejmował i odpowiadał treści wymagań określonych w SIWZ. Z załączonego do oferty protokołu wprost wynikało natomiast, iż w ramach realizacji dostarczono sprzęt Cisco oraz „system do zarządzania”. Ponadto, strona główna protokołu określa: *„Przedmiotem odbioru są przełączniki, moduły SFP/ich zestawy i system zarządzania”*. Na tej podstawie nie sposób stwierdzić, w opinii Odwołującego, czy zakres tego wdrożenia obejmował i odpowiadał treści wymagań określonych w SIWZ, tj. doświadczenia we wdrożeniu zamawianego systemu do monitorowania wydajności sieci i aplikacji.

Odwołujący dostrzegł, że mimo tych rozbieżności i mało szczegółowych informacji zawartych w ofercie Przystępującego, Zamawiający bez wezwania do uzupełnień czy chociażby wyjaśnień w zakresie ww. elementów w dniu 11 lipca 2014 r. dokonał wyboru

oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający po zapoznaniu się z pismem Odwołującego, w którym Odwołujący wskazał niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ, podzielając pogląd Odwołującego, dokonał w dniu 15 lipca 2014 r. czynności unieważnienia wyniku przedmiotowego postępowania celem dokonania ponownej oceny ofert.

W trakcie ponownego badania i oceny ofert Zamawiający wystąpił, jak podaje Odwołujący, do Przystępującego z wezwaniem do uzupełnienia dowodu, potwierdzającego, że zamówienie wykonywane na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości było wykonywane należycie, wystawionego nie wcześniej niż na 3 miesiące przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto, Zamawiający wezwał do wyjaśnień dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ, zgłoszonych przez Odwołującego.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 16 lipca 2014 r. Przystępujący przedłożył dowód potwierdzający należyte wykonywanie usługi na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości wydany w dniu 6 maja 2014 r. oraz nowy Wykaz dostaw.

W nowym Wykazie Konsorcjum wskazało (również dodatkowe) usługi wykonane na rzecz: Ministerstwa Sprawiedliwości, Województwa Łódzkiego, Centralny Instytut Ochrony Pracy- Państwowy Instytut Badawczy, Akademia Administracji oraz Konsorcjum uczelni wyższych (usługa dotycząca projektu: „Rozbudowa 21 środowiskowych sieci teleinformatycznych nauki- NewMAN”). Do uzupełnionego Wykazu Przystępujący przedłożyło dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tychże usług.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w dniu 16 lipca 2014 r. wezwał Przystępującego również do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty (przedmiotu oferty). Przedmiotowe wezwanie było - zdaniem Odwołującego - pozorne i polegało w zasadzie na „dochowaniu procedury”, jednak nie służyło w żadnej mierze faktycznemu pozyskaniu informacji umożliwiających stwierdzenie Komisji powołanej m.in. do dokonania badania i oceny złożonych ofert oraz spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, czy Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Pytania zawarte w wezwaniu były sugestywne, a w szczególności nie zostały sformułowane w sposób, który umożliwiłby weryfikację, czy Przystępujący rzeczywiście spełnia wymogi określone przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie Przystępujący przedstawił, zdaniem Odwołującego, lakoniczne wyjaśnienia, sprowadzające się w zasadzie do stwierdzeń: „potwierdzamy, że...”. Do wyjaśnień, Przystępujący załączył oświadczenie firmy Bakotech Sp. z o.o., jako (rzekomo) jedyne na terenie Polski, autoryzowanego przedstawiciela - dystrybutora produktów marki Netscout nGenius. W przedmiotowym dokumencie przedstawiciel firmy Bakotech Sp. z o.o. oświadczył, że system monitorujący wydajność sieci

i aplikacji marki Netscout, zaoferowany w ofercie Konsorcjum „spełnia wymagania Zamawiającego”.

Odwołujący zauważył, że Przystępujący w wyjaśnieniach ograniczył się jedynie do słownego uznania, że dany element wskazany w ofercie spełnia wymogi Zamawiającego, bez przedstawiania konkretnych dowodów, potwierdzających jednoznacznie stan faktyczny. Po analizie treści przedstawionych wyjaśnień nie można nie zgodzić się z twierdzeniem, że są one lakoniczne i tak naprawdę nie wnoszą nic do sprawy. Dostarczone wyjaśnienia nie zawierają merytorycznych informacji ani parametrów technicznych, które potwierdziłyby, że oferta Przystępującego spełnia wymogi Zamawiającego. Na tej podstawie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu pozorność wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty, jak również to, iż badanie i ocena poprawności oferty Przystępującego dokonane zostały nie przez powołaną w tym celu Komisję, a przez przedstawiciela firmy Bakotech Sp z o.o., a konsekwencji naruszenie przepisów art. 87 ust. 1, art. 20 ust. 1 ustawy Pzp, co doprowadziło do naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę na uzupełniony Wykaz dostaw, złożony w wyniku wezwania przez Przystępującego. Zostało wskazane w nim pięć dostaw, jednakże nie znalazła się wśród nich usługa wskazana w pierwotnym Wykazie wykonana na rzecz Urzędu Miasta Łodzi. Zasadna jest więc odpowiedź na pytanie, czy Przystępujący wycofał się ze swojego stanowiska, jakoby usługa ta spełniała wymóg określony przez Zamawiającego. Na to pytanie nie starała się odpowiedzieć Komisja, badająca spełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Bazując na informacjach powszechnie dostępnych na stronach internetowych podmiotów, na rzecz których Konsorcjum wykonało zamówienia, zawartych w takich dokumentach jak SIW, OPZ, wzory umów, Odwołujący stwierdził, że w przypadku czterech z pięciu wskazanych dostaw, ich przedmiot nie obejmował swym zakresem dostawy i wdrożenia oprogramowania do monitorowania o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każde. Dotyczy to usług wykonanych na rzecz: Ministerstwa Sprawiedliwości, Województwa Łódzkiego, Centralnego Instytutu Ochrony Pracy - Państwowego Instytutu Badawczego oraz Konsorcjum uczelni wyższych (usługa dotycząca projektu: „Rozbudowa 21 środowiskowych sieci teleinformatycznych nauki- IMewMAN”).

Odnosnie usługi realizowanej na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości - Utworzenie oraz wdrożenie Systemu Dozoru Elektronicznego (SDE) Odwołujący podał, że zgodnie z dostępną dokumentacją (SIWZ, OPZ) projekt nie obejmował zakresu, jakiego wymagał Zamawiający, tj. dostawy i wdrożenia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia oprogramowania do monitorowania (systemu monitorowania wydajności sieci i aplikacji). Projekt: Usługa utworzenia, wdrożenia i eksploatacji Systemu Dozoru Elektronicznego.

Usługa realizowana na rzecz Województwa Łódzkiego - Budowa Zintegrowanego Systemu e-Usług Publicznych Województwa Łódzkiego - Wrota Regionu Łódzkiego. Projekt: Zakup, instalacja i wdrożenie: serwerów systemu obiegu dokumentów, oprogramowania portalu, systemu archiwizacji i backupu, oprogramowania antywirusowego, informatów, aktywnych urządzeń sieciowych (fire wall, przełącznik dostępowy, router) oraz szkoleń dla projektu Budowa Zintegrowanego Systemu e-Usług Publicznych Województwa Łódzkiego (Wrota Regionu Łódzkiego). Zdaniem Odwołującego, przedmiot zamówienia nie obejmował zakresu, jakiego wymagał Zamawiający.

Usługa realizowana na zlecenie Centralnego Instytutu Ochrony Pracy - Państwowy Instytut Badawczy - Wykonanie platformy informatycznej wspomagającej prowadzenie badań oraz prac rozwojowych i upowszechniających w zakresie bezpieczeństwa pracy. Wdrożenie systemu portalowej komunikacji elektronicznej. Projekt: Budowa docelowej infrastruktury teleinformatycznej, zwanej dalej Rozwiązaniem, obejmującej dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania wraz z instalacją, skonfigurowaniem, i uruchomieniem, oraz modernizację istniejącej infrastruktury Zamawiającego, a także wdrożenie gotowego i dostosowanego do potrzeb Zamawiającego systemu portalowej komunikacji elektronicznej klasy ECM (ang. Enterprises Content Management), łącznie z migracją danych, przy zapewnieniu dla całości Rozwiązania stosownych gwarancji i rękojmi oraz opieki serwisowej (technicznej). Jak podaje Odwołujący, zgodnie z dostępną dokumentacją (SIWZ, OPZ) projekt nie obejmował zakresu, jakiego wymagał Zamawiający, tj. dostawy i wdrożenia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia oprogramowania do monitorowania (systemu monitorowania wydajności sieci i aplikacji).

Usługa realizowana na rzecz Akademii Administracji Sp z o.o. - Dostawa infrastruktury badawczej: wyspecjalizowany sprzęt i oprogramowanie. Zamówienie realizowane w ramach Projektu „*Międzynarodowy model zarządzania miastem jako element przewagi konkurencyjnej*”, finansowanego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013, Priorytet 1 - Badania i rozwój nowoczesnych technologii, Działanie 1.4 - Wsparcie projektów celowych. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika, że przedmiot zamówienia nie obejmował zakresu, jakiego wymagał Zamawiający, tj. dostawy i wdrożenia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia oprogramowania do monitorowania (systemu monitorowania wydajności sieci i aplikacji).

Usługa realizowane na rzecz Konsorcjum uczelni wyższych, z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika, że przedmiot zamówienia nie obejmował zakresu, jakiego wymagał Zamawiający, tj. dostawy i wdrożenia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia oprogramowania do monitorowania (systemu monitorowania wydajności sieci i aplikacji).

W ocenie Odwołującego, doświadczenie Przystępującego nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. W związku z faktem, że jest to już drugi (uzupełniony)

Wykaz dostaw, złożony przez Przystępującego w tym postępowaniu, tym samym Przystępujący nie ma możliwości uzupełnienia tego Wykazu w razie dokonania ponownej czynności unieważnienia wyniku postępowania, a następnie kolejnej oceny ofert.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum po pierwsze posłużyło się nieprawdą w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia, zarówno w zakresie podmiotowym (Wykaz dostaw), jak również - a może przede wszystkim - w zakresie przedmiotowym (oferowany produkt nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w załączniku nr 1.2 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia dla części numer 2).

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotowe postępowanie było poprzedzone dialogiem technicznym, w którym udział wzięła m.in. Telsar Sp. z o.o. (oficjalny partner NetScout - producenta oferowanego przez Przystępującego rozwiązania). Firma Telsar Sp. z o.o. nie wzięła ostatecznie udziału w przedmiotowym postępowaniu (nie złożyła oferty) z uwagi właśnie na fakt, iż nie miała możliwości zaoferowania produktu odpowiadającego oczekiwaniom Zamawiającego. Firma Telsar Sp. z o.o. nie złożyła na potrzeby niniejszego postępowania oświadczenia o spełnieniu oferowanego przez nią oprogramowania parametrów technicznych zgodnych z OPZ. Takie oświadczenie złożył dystrybutor produktów tej firmy oświadczając nieprawdę, jakoby oferowane przez Przystępującego produkty osiągały wymagane parametry.

Posługiwanie się oświadczeniami dostawcy (nie producenta) nie pozwala (w przypadku ujawnienia nieprawdziwości informacji) na pociągnięcie do odpowiedzialności Przystępującego, bowiem odpowiedzialność taka została „przesunięta” niejako na podmiot trzeci, co z kolei może prowadzić do uniknięcia sankcji wynikających z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 297 § k.k.

Nadto, w procesie ponownego badania i oceny ofert, zdaniem Odwołującego, zastanawiający jest fakt, na jakiej podstawie, na bazie jakiego dokumentu, Komisja uznała, że zaoferowany przez Konsorcjum produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Zgodnie bowiem z przepisem art. 20 ustawy Pzp, komisja przetargowa jest powołana w celu oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert.

Komisja powinna zbadać ofertę poprzez zestawienie ze sobą parametrów technicznych produktów zaoferowanych przez Przystępującego z wymogami Zamawiającego (wyartykułowanymi w OPZ) i dokonanie ich rzetelnego porównania. Zamawiający, w imieniu którego działa komisja, otrzymał rzetelne informacje wskazujące na niezgodności oferowanego produktu z OPZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Przystępujący w Formularzu cenowym nie podał jakichkolwiek parametrów technicznych oferowanego produktu. Trudem jest więc ustalenie,

czy zaoferowany produkt faktycznie spełnia wszystkie wymagania SIWZ/OPZ. Niemniej jednak, nie jest to niemożliwe. Wystarczy dokonać analizy wszystkich produktów (nie jest to rozbudowana lista) produkowanych i udostępnionych przez firmę NetScout. Analiza tych produktów prowadzi do jednoznacznego wniosku, że produkty te w żaden sposób nie mogą zostać uznane za spełniające parametry oczekiwane przez Zamawiającego.

Pomimo faktu, że Komisja nie pokusiła się o wykonanie takiej analizy (mimo rodzących się wątpliwości wobec faktu, że firma Telsar Sp. z o.o. uczestnicząc w dialogu technicznym nie złożyła oferty), Odwołujący dokonał tej analizy i poinformował Zamawiającego, wskazując mu konkretne pozycje, których oferta Przystępującego nie spełnia. Jako przykładowe Odwołujący wskazuje:

- poz. 11, 13, 14 OPZ (*Wymagana jest funkcjonalność monitoringu i diagnostyka jakości połączeń VoIP i wideo. Moduł VoIP / wideo powinien umożliwiać monitorowanie i diagnostykę połączeń realizowanych w systemach Microsoft Lync,. Moduł VoIP / wideo powinien obsługiwać następujące kodeki*) - wymagany moduł w tym zakresie w ogóle nie został zaoferowany i nie jest częścią produktu nGeniusONE.
- poz. 36, 38 OPZ (*Sonda wchodząca w skład systemu powinna być przystosowana do monitorowania ruchu z portów SPAN oraz protokołu NetFlow; Sonda wchodząca w skład systemu powinna być przystosowana do monitorowania ruchu z portów SPAN o wolumenie min. 5Gbit/s oraz ruchu NetFlow do 30 000 flow/s.*) – wymagana sonda nie została zaoferowana i nie jest częścią produktu nGeniusONE.
- poz. 26 OPZ (*Dane o ruchu i wydajności aplikacji muszą być gromadzone z rozdzielczością 1-minutową przez min. 1 miesiąc. Dane starsze niż 1 miesiąc mogą być gromadzone z mniejszą rozdzielczością. Muszą być zbierane dane z rozdzielczością 1-dniową przez okres do 3 lat.*) - Według specyfikacji technicznej udostępnionej przez Producenta NetScout, system gromadzi dane przez maksymalnie 1 rok. [Granulacja danych - Online Help, strona 757, additional notes, pkt drugi]; 1-minutowa rozdzielczość nie jest dostępna dla danych starszych niż 7 dni, natomiast Zamawiający wymaga by dane te były gromadzone z taką rozdzielczością min 31 dni.
- poz. 30 OPZ (*Administrator musi mieć możliwość definiowania zaawansowanych filtrów określających ruch, jaki ma być rejestrowany. Sposób definiowania filtrów musi być analogiczny do stosowanego w aplikacji Wireshark, umożliwiając filtrowanie pakietów m.in. wg adresów IP, portów, protokołów, wielkości i wielu innych cech i dowolnej ich kombinacji.*) - Według specyfikacji technicznej udostępnionej przez Producenta NetScout, System nie pozwala definiować filtrów mówiących jaki ruch ma być rejestrowany oraz zawierających parametry: adres IP, port, protokół. System umożliwia jedynie filtr w zakresie tego jak duża część pakietu ma zostać przechwycona (cały, fragment). [Online Help - strona 1497, punkt 3.brak].

- poz. 39 OPZ (*Sonda musi być wyposażona w min 40TB przestrzeni dyskowej na przechowywane dane.*) - Oferowany appliance InfiniStream 4590/DS posiada jedynie 12TB przestrzeni dyskowej. Istnieje techniczna możliwość fizycznego rozszerzenia tej przestrzeni, ale wymaga to osobnego, dodatkowego produktu (part number/pozycja z cennika producenta to „ESU-ZS”), który nie został określony w ofercie.

Zdaniem Odwołującego, uzupełnianie produktów niewyspecyfikowanych w ofercie Przystępującego, na tym etapie postępowania, nie jest możliwe. Po drugie, twierdzenia Przystępującego jakoby produkt został spersonalizowany na potrzeby Zamawiającego mijają się z prawdą. Większości braków nie da się spersonalizować. Nie można spersonalizować czegoś, co (fizycznie) nie istnieje lub nie zostało zaoferowane. Przykładem jest „personalizacja” niezaoferowanej przestrzeni dyskowej (wymagane 40TB do zaoferowanego 12TB), tudzież brakującej sondy (poz. 36, 38 OPZ powyżej), lub „personalizacja” nieistniejącego produktu w palecie produktów producenta, którego system został zaoferowany. Po drugie, dystrybutor producenta NetScout nie ma uprawnień do modyfikowania produktów NetScout a jedynie do ich dystrybucji. Producent nie potwierdza ani faktu, że produkty zostały spersonalizowane, ani samej możliwości ich personalizacji przez dystrybutora.

Wyniki dokonanej analizy, Odwołujący przekazał Zamawiającemu, który finalnie uznał, że Przystępujący spełnia postawione wymogi, bazując wyłącznie na oświadczeniu dystrybutora produktów Netscout oraz na lakonicznych wyjaśnieniach Przystępującego.

Chcąc rzetelnie i zgodnie z prawem (przepisem art. 20 ust. 1 ustawy Pzp) zbadać i ocenić ofertę Przystępującego, w opinii Odwołującego, Komisja winna „na własną rękę” prześledzić dokumentację produktów firmy NetScout. Względnie - jeśli Firma Bakotech Sp. z o.o. przekazałaby (co nie było jej obowiązkiem) informacje techniczne - dokonać analizy opisów technicznych przekazanych przez dystrybutora Bakotech Sp. z o.o. oraz oceny ich zgodności z treścią SIWZ. Komisja natomiast przyjęła jednozdaniowe oświadczenie dystrybutora Bakotech Sp. z o.o. za niepodlegające jakiegokolwiek merytorycznej dyskusji.

Zdaniem Odwołującego, jeśliby przyjąć tok rozumowania Komisji za słuszny, to podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia w przetargach powinny na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zgodności oferty z OPZ składać tylko własne oświadczenia lub oświadczenia podmiotów trzecich, bez jakichkolwiek dodatkowych dowodów potwierdzających te oświadczenia. Jest to podejście sprzeczne z ustawą Pzp, powodujące, że w ofertach wykonawców niepotrzebne byłyby jakiegokolwiek wykazy przedstawiające doświadczenie danego wykonawcy w wykonywaniu podobnych zamówień, tudzież jakiegokolwiek opisy produktów.

Odwołujący podał, że Zamawiający zażądał m.in. wskazania nazwy producenta,

numeru seryjnego oferowanego produktu, więc powinien, rzetelnie oceniając oferty, skorzystać z tych udostępnionych mu w ofercie, jak również powszechnie dostępnych informacji. Tym bardziej, jeśli o sprzecznościach dowiaduje się od innego uczestnika postępowania.

W zakresie niezgodności oferowanego przez Przystępującego produktu Odwołujący wskazał na postanowienia Opisu przedmiotu zamówienia wraz z wyróżnieniem (podkreślenie) pozycji, których oferowany przez Przystępującego produkt nie spełnia. Dalej Odwołujący podał: „*W celu uniknięcia mnożenia stron niniejszego odwołania, dowody na potwierdzenie twierdzenia zostaną przedstawione w trakcie rozprawy*”.

Zgodnie z punktem I. (wymagania ogólne) załącznika nr 1.2 do SIWZ, „Oferowany system powinien stanowić scentralizowaną platformę do agregacji, przetwarzania, raportowania i przechowywania wszystkich danych, monitorować sieć i aplikacje w trybie 24/7, nie obciążać infrastruktury IT oraz wspomóc działające w sieci statystyki publicznej systemy NNM oraz STRM i CACTI.”

Zgodnie z punktem II. (Wymagania dla Systemu Monitorowania Wydajności Sieci i Aplikacji) ust. 2 przedmiotowego załącznika do SIWZ, „System powinien zbierać na bieżąco parametry opisujące wysyłany i odbierany ruch oraz wydajność stosowanych aplikacji z punktu widzenia grup końcowych użytkowników (zdefiniowanych jako grupy adresów IP stacji roboczych) oraz dla serwerów tych aplikacji. System musi umożliwiać zdefiniowanie do 4000 grup użytkowników.” Zamawiający, w ust. 3 określił wymagane parametry zbierane przez system. Są to:

- a) wielkość ruchu w bit/s i pakietach/s
- b) ilość pakietów przesyłanych w zadanym przedziale czasu
- c) czas transmisji danych w sesji TCP w warstwie IP przez klienta i serwer
- d) czas transmisji danych w sesji TCP w warstwie aplikacyjnej przez klienta i serwer
- e) % utraconych pakietów
- f) częstotliwość retransmisji pakietów
- g) wielkość retransmitowanego ruchu
- h) opóźnienie odpowiedzi aplikacji wprowadzane przez retransmisje
- i) opóźnienie pakietów na łączu pomiędzy klientem a serwerem
- j) całkowity czas odpowiedzi aplikacji jako suma czasu nawiązania sesji TCP + czasu odpowiedzi serwera + czasu transmisji danych + opóźnienia wprowadzanego przez retransmisje + opóźnienie pakietów na łączu
- k) częstotliwość zrywania sesji TCP po stronie klienta i serwera
- l) liczba zerwanych sesji TCP w zadanym przedziale czasu po stronie klienta i serwera
- m) czas trwania sesji TCP

- n) częstotliwość nawiązywania sesji TCP
- o) liczba nawiązanych sesji TCP w zadanym przedziale czasu
- p) częstotliwość żądań nawiązania sesji TCP
- q) liczba żądań nawiązania sesji TCP w zadanym przedziale czasu
- r) częstotliwość odrzuceń żądań nawiązania sesji TCP
- s) liczba odrzuceń żądań nawiązania sesji TCP w zadanym przedziale czasu
- t) czas nawiązania sesji TCP
- u) czas odpowiedzi serwera od momentu nawiązania sesji TCP do momentu rozpoczęcia wysyłania/odbierania danych przez serwer
- v) częstotliwość konwersacji klient-serwer (przesłanie pakietu - potwierdzenie)
- w) liczba konwersacji w zadanym przedziale czasu
- x) czas otwarcia pełnej strony WWW
- y) liczba błędów HTTP zgłoszonych przez serwer WWW dla każdej strony
- z) statystyki dot. użytkowników logujących się do serwisów WWW
- aa) treść zapytań SQL przetwarzanych przez serwery bazy danych (no. SELECT INSERT UPDATE)
- bb) czas wykonywania poszczególnych zapytań SQL przez serwery
- cc) ilość zapytań SQL na minute przetwarzanych przez serwery
- dd) średni czas realizacji zapytań SQL
- ee) wielkość ruchu generowanego przez serwer bazy danych w kB i pakietach
- ff) liczba wierszy danych zwracanych przez każde zapytanie SQL zrealizowane serwer
- gg) lista zapytań SQL, których wykonywanie trwało najdłużej
- hh) nazwy klientów załogowanych do baz danych
- ii) adresy IP klientów załogowanych do bazy danych
- jj) liczba aktywnych sesji bazodanowych obsługiwanych przez serwery
- kk) data i czas odebrania zapytania SQL przez serwer
- ll) status zapytania SQL (odebrane, wykonywane, wykonane, odrzucone, status nieokreślony)
- mm) nazwy instancji baz danych uruchomionych na serwerach
- nn) obciążenie procesorów i wielkość ruchu na interfejsach serwerów
- oo) obciążenie procesorów urządzeń sieciowych (routerów przełączników)
- pp) informacje o procesach działających na serwerach: obciążenie procesora i zajmowana pamięć
- qq) statystyki NetFlow dotyczące interfejsów urządzeń sieciowych: wielkość ruchu w bit/s i pakiet/s podziałem na urządzenia sieciowe, interfejsy, adresy IP, protokoły, porty TCP/UDP.

W dalszej treści przywołanego powyżej załącznika Zamawiający wskazał:

4. *Ww. statystyki stron WWW muszą być zbierane również dla zaszyfrowanego ruchu SSL. System na potrzeby analizy musi umożliwiać jego odszyfrowanie przy użyciu kluczy SSL wprowadzonych przez administratora.*
5. *WW. statystyki dotyczące baz danych muszą być zbierane dla baz danych Oracle, Microsoft SQL Server, Informix, Sybase, Terdata.*
6. *Ww. parametry powinny być na bieżąco zbierane i gromadzone w bazie danych. System musi umożliwiać wgląd w wartości bieżące i historyczne tych danych.*
7. *Administrator musi mieć możliwość wglądu w dane bieżące i historyczne dla każdej grupy użytkowników końcowych aplikacji, poszczególnych aplikacji jako całości, podsieci VLAN jak również indywidualnie dla każdego adresu IP użytkownika końcowego. Wymagana jest możliwość filtrowania danych wg dowolnej kombinacji kryteriów, tj. dla zadanej grupy użytkowników, aplikacji, przedziału czasu, adresów IP, par adresów IP, protokołów, itd.*
8. *System musi dostarczać listę grup użytkowników, adresów IP, par adresów IP, podsieci IP i aplikacji, dla których ww. parametry osiągają największe wartości w zadanym przedziale czasu.*
9. *Rozpoznawać typowe aplikacje sieciowe na podstawie standardowych portów TCP/UDP. jak również protokołów warstwy aplikacyjnej oraz zawartości pakietów (deep packet inspection). Wymagane jest rozpoznawanie następujących aplikacji:*
 - a) *FTP w trybie aktywnym i pasywnym*
 - b) *RTP opartym na protokole H.323*
 - c) *Oracle TNS*
 - d) *Microsoft Exchange Directory*
 - e) *Real Time Control Protocol*
 - f) *H.323 RAS*
 - g) *RTP audio (G711, G722, G7231, G728, G729, MPEG, Intel)*
 - h) *RTP wideo (H261, H262, H263, MPEG, Intel)*
 - i) *RTP non wideo lub audio (H224, H222, T120, T434, T84)*
 - j) *SIP (Session Initiation Protocol)*
 - k) *RTP audio oparty na protokole SIP*
 - l) *RTP wideo oparty na protokole SIP*
 - m) *RTP audio oparty na protokole SKINNY*
 - n) *RTP wideo oparty na SKINNY*
 - o) *Peer-to-Peer (P2P).*
10. *Umożliwiać wprowadzenie przez administratora własnych definicji aplikacji jako*

zestawu „adres IP serwera + protokół + port” (lub ich dowolnej kombinacji).

11. Wymagana jest funkcjonalność monitoringu i diagnostyka jakości połączeń VoIP i wideo.
12. Wymagana jest funkcjonalność filtrowania danych m.in. wg adresatów IP, numerów telefonów, przedziału czasu, wskaźnika MOS, czasu trwania połączenia.
13. Moduł VoIP / wideo powinien umożliwiać monitorowanie i diagnostykę połączeń realizowanych w systemach Microsoft Lync.
14. Moduł VoIP / wideo powinien obsługiwać następujące kodeki:
 - a) Motion JPEG
 - b) MPEG-1
 - c) MPEG-2
 - d) MPEG-2
 - e) MPEG-4
 - f) ITU-T H.261
 - g) ITU-T 1996 (H.263)
 - h) ITU-T 1998 (H.263+)
 - i) ITU-T H.264
 - j) Microsoft VC1

Następnie, w tym samym punkcie (li. Wymagania dla Systemu Monitorowania Wydajności Sieci i Aplikacji), Zamawiający określił, iż:

24. Powinien być wyposażony w procedury diagnostyczne (wizardy) umożliwiające administratorowi łatwe poruszanie się w zbieranych danych i szybkie zdiagnozowanie najczęściej występujących problemów z zakresu audytu sieci, rodzaju ruchu, jakości transmisji, bezpieczeństwa. Ponadto administrator musi mieć możliwość tworzenia własnych wizardów, specyficznych dla charakteru monitorowanego ruchu.

a) System powinien umożliwiać identyfikację kilku (ilość określana przez administratora) aplikacji, dla których wielkość generowanego ruchu lub inny parametr (wybierany przez administratora) przybiera największe wartości w zadanym przedziale czasu. Wartości wybranego parametru dla zidentyfikowanych aplikacji powinny być przedstawiane w postaci wykresu.

b) Identyfikację kilku (ilość określana przez administratora) grup użytkowników końcowych, dla których wielkość generowanego ruchu lub inny parametr (wybierany przez administratora) przybiera największe wartości w zadanym przedziale czasu. Dla każdej grupy użytkowników powinna być podawana średnia wartość wybranego parametru w zadanym przedziale czasu.

c) Identyfikację kilku (ilość określana przez administratora) podsieci IP dla których

wielkość generowanego ruchu lub inny parametr (wybierany przez administratora) przybiera największe wartości w zadanym przedziale czasu. Dla każdej grupy użytkowników powinna być podawana średnia wartość wybranego parametru w zadanym przedziale czasu.

d) Informacje o całkowitym monitorowanym ruchu przez każdą sondę, w zadanym przedziale czasu, tj:

- i. średnia wielkość ruchu w bit/s, pkt/s
- ii. ilość przesłanych danych w TB
- iii. średnie opóźnienie pakietów wprowadzane przez łącza
- iv. średnia utrata pakietów w %
- y. liczbę nieudanych prób nawiązania połączeń TCP

Wartości ww. parametrów powinny być automatycznie porównywane ze skonfigurowanymi wcześniej przynajmniej trzema wartościami progowymi, indywidualnymi dla każdego z ww. parametrów, i przekroczenie każdego progu powinno być sygnalizowane kolorem.

e) System powinien umożliwiać identyfikację kilku (ilość określana przez administratora) najbardziej obciążonych serwerów w zadanym przedziale czasu. Jako kryterium obciążenia serwerów musi być przyjęta ilość zapytań lub inny parametr (wybierany przez administratora). Dla każdego serwera powinna być podawana wielkość ruchu generowanego i odbieranego.

f) Identyfikację kilku (ilość określana przez administratora) łączy WAN pomiędzy grupami użytkowników końcowych, dla których wielkość generowanego ruchu lub inny parametr (wybierany przez administratora) przybiera największe wartości w zadanym przedziale czasu. Dla każdego łącza WAN powinna być podawana średnia wartość wybranego parametru w zadanym przedziale czasu.

g) Analizę trendu ruchu w dłuższych przedziałach czasu. Powinna być dostępna lista kilku (ilość określana przez administratora) grup użytkowników, dla których wielkość generowanego i odbieranego ruchu lub inny parametr (wybierany przez administratora) przybiera największe wartości w zadanym przedziale czasu.

h) Analizę czasu odpowiedzi kilku aplikacji z punktu widzenia użytkownika końcowego. Administrator musi mieć możliwość wybrania aplikacji, które mają być objętych analiza. Czas odpowiedzi każdej z aplikacji powinien być automatycznie porównywany ze skonfigurowanymi wcześniej przynajmniej trzema wartościami progowymi. Przekroczenie każdego progu powinno być sygnalizowane osobnym kolorem. Dodatkowo powinna być dostępna informacja, przez jaki % zadanego przedziału czasu czas odpowiedzi aplikacji przekroczył każdą z wartości progowych.

Administrator musi mieć możliwość określenia godzin roboczych (business hours), tj. dni tygodnia i przedziału czasu w ciągu dnia. Opisana analiza wydajności powinna być

wykonywana w zadanym przedziale czasu tylko dla godzin roboczych.

i) Identyfikację ruchu utylizującego łącza LAN / WAN. Powinna być dostępna lista kilku (ilość określana przez administratora) grup użytkowników końcowych / serwerów, dla których wielkość generowanego i odbieranego ruchu lub inny parametr (wybierany przez administratora) przybiera największe wartości w zadanym przedziale czasu. Dla każdej grupy powinna być podawana średnia wartość wybranego parametru w zadanym przedziale czasu.

j) Identyfikację opóźnień pakietów na łączach WAN. Analiza powinna być wykonywana w analogicznie do analizy utylizacji łącz LAN / WAN opisanej w p. k., przy czym podstawowym kryterium wyboru grup użytkowników końcowych / serwerów powinny być opóźnienia pakietów.

k) Identyfikację strat pakietów na łączach WAN. Analiza powinna być wykonywana w analogicznie do analizy utylizacji łącz LAN / WAN opisanej w p.k., przy czym o podstawowym kryterium wyboru grup użytkowników końcowych / serwerów powinny być straty pakietów.

l) Identyfikację najmniej wydajnych serwerów. Analiza powinna być wykonywana w analogicznie do analizy utylizacji łącz LAN / WAN opisanej w p. k., przy czym podstawowym kryterium wyboru grup serwerów powinien być czas odpowiedzi serwera.

m) Identyfikację wirusów skanujących adresy IP i porty TCP urządzeń sieciowych. Analiza powinna być wykonywana w analogicznie do analizy utylizacji łącz LAN / WAN opisanej w o. k., przy czym podstawowym kryterium wyboru grup użytkowników końcowych/serwerów powinna być liczba nieudanych prób nawiązania połączeń TCP.

n) Identyfikację aplikacji wrażliwych na opóźnienia łącz WAN. Powinna być dostępna lista kilku (ilość określana przez administratora) grup użytkowników końcowych / serwerów, dla których ilość zapytań do serwerów lub inny parametr (wybierany przez administratora) przybiera największe wartości w zadanym przedziale czasu. Dla każdej grupy powinna być podawana średnia wartość wybranego parametru w zadanym przedziale czasu.

Ponadto powinien być dostępny wykres przedstawiający wrażliwość każdej aplikacji na opóźnienia sieciowe, tj. zależność ilości zapytań od ilości danych przesyłanych w zapytaniu do serwera danej aplikacji.

Po wybraniu jednej z aplikacji powinny pojawiać się następujące wykresy dla wybranej grupy serwerów i aplikacji:

i. wartości wybranego parametru w zadanym przedziale czasu

ii. czasu odpowiedzi serwera

iii. czasu transmisji danych

o) Porównanie bieżącej i historycznej wydajności aplikacji. Powinna być dostępna lista kilku (ilość określana przez administratora) grup użytkowników końcowych / serwerów,

dla których ilość zapytań do serwerów lub inny parametr (wybierany przez administratora) przybiera największe wartości w zadanym przedziale czasu. Dla każdej grupy powinna być podawana średnia wartość wybranego parametru w zadanym przedziale czasu.

Na żądanie administratora PO wybraniu jednej z grup powinny być dostępna lista aplikacji wykorzystywanych przez wybrana grupę użytkowników końcowych / serwerów (wraz ze średnią wartością wybranego parametru dla każdej aplikacji).

25. Interfejs graficzny użytkownika musi pozwalać na tworzenie dowolnej kombinacji widoków danych (tabele, wykresy). Musi istnieć możliwość tworzenia dowolnej liczby różnych widoków, zapisywania ich, łatwego wybierania i przełączania się między nimi.

26. Dane o ruchu i wydajności aplikacji muszą być gromadzone z rozdzielczością 1-minutowa przez min. 1 miesiąc. Dane starsze niż 1 miesiąc mogą być gromadzone z mniejszą rozdzielczością. Muszą być zbierane dane z rozdzielczością 1-dniowa przez okres do 3 lat.

27. System powinien posiadać funkcjonalność graficznego przedstawiania struktury aplikacji wieloserwerowych, tj. wyświetlać diagram (mapę) aplikacji zawierający:

- a) serwery realizujące wybrana aplikację wraz z ich nazwami lub adresami IP
- b) relacje pomiędzy serwerami, tj. oznaczenia które serwery komunikują się między sobą i po jakich o ortach TCP
- c) diagramy powinny być interaktywne, tj. PO kliknięciu przez użytkownika serwera lub relacji powinny być pokazywane ww. dane wydajnościowe dotyczące tylko wybranego serwera lub wybranej relacji
- d) ww. dane wydajnościowe dostępne w interaktywnych diagramach powinny obejmować wszystkie dane zbierane przez sondy, wymienione w p. 3.

28. Diagramy aplikacji powinien być tworzenie w trybie:

- a) automatycznym, na podstawie danych zbieranych przez sondy
- b) ręcznym przez użytkownika.

29. System powinien stanowić integralną całość, tzn. wszelkie informacje dostarczane powinny być dostępne w jednym interfejsie graficznym użytkownika systemu. Nie dopuszcza się rozwiązań składających się z kilku osobnych systemów, wymagających dodatkowych pośrednich operacji wykonywanych przez użytkownika, jak np. eksportu/importu danych pomiędzy nimi.

30. Administrator musi mieć możliwość definiowania zaawansowanych filtrów określających ruch, jaki ma być rejestrowany. Sposób definiowania filtrów musi być analogiczny do stosowanego w aplikacji Wireshark, umożliwiający filtrowanie pakietów m.in. wg adresów IP, portów, protokołów, wielkości i wielu innych cech i dowolnej ich kombinacji. System musi mieć możliwość zapisywania zdefiniowanych filtrów w celu ich łatwego ponownego użycia.

31. Sondy wchodzące w skład systemu muszą mieć możliwość dołączenia do sieci LAN za pomocą interfejsów monitorujących 10GigabitEthernet SFP+. Sondy muszą być wyposażone w osobne interfejsy zarządzające FastEthernet/GigabitEthernet oraz porty COM.

32. System musi być skalowalny, tzn. powinna istnieć możliwość rozbudowy o kolejne fizyczne sondy, jak również opcjonalnie o oprogramowanie instalowane w środowisku VMware, posiadające te same funkcjonalności co fizyczna sonda.

33. System musi umożliwiać monitoring i diagnostykę wydajności aplikacji udostępnianych za pomocą usługi Citrix.

34. System musi umożliwiać zbieranie i gromadzenie dowolnych parametrów udostępnianych przez urządzenia sieciowe za pomocą protokołu SNMP. Wymagana jest możliwość tworzenia raportów i wykresów przedstawiających wartości zbieranych przez SNMP parametrów oraz filtrowania ich w zadanym przez administratora przedziale czasu.

35. System musi umożliwiać szczegółową analizę pojedynczych transakcji sieciowych, no. realizowanych w ramach otwierania strony WWW przez użytkownika. Moduł powinien przedstawiać w graficznej formie przepływ pakietów i umożliwiać szczegółową analizę i diagnostykę sesji TCP, no. pakiety zgrupowane w transakcje i przedstawione w czytelnej formie ułatwiającej ich analizę. Powinny być dostępne dodatkowe informacje, takie jak czas trwania transakcji, adresy URL (dla aplikacji HTTP), czas rozpoczęcia i zakończenia, ilość przesłanych danych, szczegółowe informacje w warstwie TCP i inne. Moduł powinien umożliwiać sprawdzenie (zamodelowanie) przebiegu transakcji w różnych warunkach sieciowych, np. w sieci LAN lub WAN przy różnych wartościach opóźnienia i strat pakietów w celu no. sprawdzenie wydajności aplikacji przed jej wdrożeniem w środowisku produkcyjnym.

36. Sonda wchodząca w skład systemu powinna być przystosowana do monitorowania ruchu z portów SPAN oraz protokołu NetFlow.

37. Sonda musi być wyposażona w 2 interfejsy SFP+ 10GigabitEthernet do monitorowania ruchu.

38. Sonda wchodząca w skład systemu powinna być przystosowana do monitorowania ruchu z portów SPAN o wolumenie min. 5Gbit/s oraz ruchu NetFlow do 30 000 flow/s.

39. Sonda musi być wyposażona w min 40TB przestrzeni dyskowej na przechowywane dane.

Przystępujący podniósł, iż w treści formularza cenowego jako System Zarządzania Wydajnością Sieci i Aplikacji wraz z platformą sprzętową został zaoferowany: NetScout, nGenius InfiniStream (part numer 4590/DS) w konfiguracji zgodnej z SIWZ oraz nGenius

ONE v.5.2.1. (part numer 5608L-WG1) w konfiguracji zgodnej z SIWZ. Zamawiający (Komisja) nie ma żadnej wiedzy, co kryje się pod hasłem: „w konfiguracji zgodnej z SIWZ”. Odwołujący wskazał, iż to rolą Komisji a nie samego (zainteresowanego w sprawie) wykonawcy jest badanie i ocena, czy konfiguracja danego oprogramowania jest zgodna z SIWZ. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zażądał od wszystkich wykonawców, aby wskazali, jaki produkt oferują. Informacja ta jest niezbędna do oceny, czy dany produkt jest właśnie zgodny z OPZ (np. za pomocą dostępnych katalogów produktów). Stąd wynika żądanie wskazania numerów seryjnych. Jeżeli wykonawca wskazuje na konkretny produkt z podaniem numeru seryjnego i jednocześnie dokonuje jego modyfikacji, to musi określić i wskazać Zamawiającemu, co i w jaki sposób zmodyfikował, aby umożliwić Komisji ocenę, czy tak zmodyfikowany produkt wciąż wypełnia opisane w OPZ parametry. Tylko takie opisanie - wskazanie numeru seryjnego oferowanego produktu wraz z wyspecyfikowaniem elementów zmienionych - oferowanego produktu umożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny oferty w zakresie zgodności z OPZ.

Odwołujący podniósł, że oświadczenie wystawione przez Bakotech z jednej strony wskazuje, iż do zaoferowanych produktów nie ma „zastosowania” ogólnodostępna karta katalogowa, czy też wydruki ze strony producenta - te jednoznacznie wskazują niespełnienie wymagań, z drugiej zaś - informuje, że produkt zaoferowany „jest produktem personalizowanym”. Nie można zaś, zdaniem Odwołującego, jednocześnie dostarczyć rozwiązania o określonych part numberach i parametrach oraz rozwiązania o takich samych part numberach, ale innych parametrach - jest to niezgodne z logiką, przepisami prawa oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.

Przystępujący powołując się na „personalizację” (co w ocenie Odwołującego, jak wskazano powyżej, jest niemożliwe) produktów, winien więc udowodnić, iż spełnią one wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w OPZ. Oświadczenie Przystępującego, dostarczone na wezwanie Zamawiającego, nie stanowi żadnego potwierdzenia/dowodu, gdyż jego treść ogranicza się do zasady „spełnia”, „nie spełnia”. Oświadczenie wystawione przez dystrybutora Bakotech Sp. z o.o. również nie stanowi takiego potwierdzenia, gdyż zaprzecza informacjom wygenerowanym i udostępnionym przez producenta rozwiązania (wydruki ze stron, karty katalogowe).

Wobec powyższego niezrozumiała jest dla Odwołującego podstawa, na której Zamawiający ocenił zgodność rozwiązania z SIWZ tylko i wyłącznie bazując na oświadczeniu Przystępującego, oraz oświadczeniu dystrybutora, dla których (obu tych podmiotów) istnieje istotny interes w uzyskaniu zamówienia przez Przystępującego.

Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Analiza tożsamości treści odbywa się poprzez porównanie wymogów określonych w SIWZ i w zakresie tam wskazanym z „produktem”

zaoferowanym przez wykonawcę, przy czym owo porównanie może odbyć się tylko i wyłącznie w zakresie treści wyrażonych w specyfikacji i negatywny wynik takiego porównania zobowiązuje Zamawiającego do skorzystania z dyspozycji normy prawnej wyrażonej we wskazanym powyżej przepisie, zaś każda próba dokonania interpretacji treści zawartych w specyfikacji, nastawiona na wyłonienie wykonawcy w sposób sprzeczny z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, uznana winna być za nieuprawnioną. Wskazuje na to wyrok KIO z dnia 16 lipca 2012 roku (KIO 1383/12).

Przystępujący opisał oferowany produkt, w sposób utrudniający (za pomocą stwierdzeń typu „personalizacja” produktu) ocenę jego zgodności z OPZ; po drugie - Komisja nie dokonała rzetelnego badania i oceny, czy oferowany produkt spełnia parametry OPZ. Oceny tej w istocie dokonał dystrybutor produktów NetScout, tj. spółka Bakotech.

W opisanym stanie faktycznym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego pomimo, iż podlega ono wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w tym celowo posłużył się nieprawdziwymi informacjami, aby uzyskać zamówienie. W związku z tym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem prowadzą do wyboru oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu oraz niezgodnej z SIWZ, a tym samym nie mającej waloru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu definicji określonej przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w zakresie części 2. jest dostawa oraz wdrożenie systemu monitorowania wydajności sieci i aplikacji (załącznik nr 1.2 do SIWZ). Wraz z ofertą należało przedłożyć Formularz cenowy według wzoru stanowiącego załącznik nr 3.2 do SIWZ. Zamawiający w przedmiotowym załączniku wymagał podania specyfikacji dostawy poprzez wskazanie nazwy producenta, nazwy i wersji oprogramowania oraz numeru produktu producenta (part number).

W rozdziale 13 SIWZ *„Badanie zgodności oferowanego przez wykonawcę sprzętu z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ”* zawarte są następujące postanowienia: *„13.1. Zamawiający zastrzega sobie prawo przeprowadzenia testów, wybranych funkcjonalności opisanych w SIWZ, zaoferowanych urządzeń przed wyborem oferty. 13.2. Celem testów będzie weryfikacja, czy dane urządzenie lub oprogramowanie spełnia zadeklarowane w ofercie parametry. 13.3. Testy te będą przeprowadzane w miejscu wskazanym przez Zamawiającego. Oferent będzie zobowiązany do bezpłatnego dostarczenia urządzeń, w ciągu 5 dni od wezwania, w oferowanych konfiguracjach:*

1) 2 szt. przełączników dostępowych opisanych w załączniku nr 1.1 do SIWZ,

2) 2 szt. przełączników szkieletowych wraz z kontrolerami przeznaczonych dla Urzędów Statystycznych opisanych w załączniku nr 1.3 do SIWZ,

3) 2 szt. punktów dostępowych opisanych w załączniku nr 1.3 do SIWZ.

13.4. Zamawiający wymaga dostarczenia 2 urządzeń w celu sprawdzenia podstawowej funkcjonalności jaką jest stakowalność urządzeń opisana w OPZ część 1 i część 3 w Wymaganiach dla przełączników. (...) 13.9. Planowany zakres testów będzie polegał na przeprowadzeniu jednego lub więcej testów potwierdzających zgodność oferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ. 13.10. Negatywny wynik tego sprawdzenia skutkować będzie odrzuceniem oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Nieprzedłożenie oferowanych urządzeń do przetestowania w terminie wezwania do testów, zostanie potraktowane, jako negatywny wynik sprawdzenia. Po wykonaniu testów dostarczone urządzenia i oprogramowanie zostaną zwrócone wykonawcom. Wyniki przeprowadzonych testów zostaną spisane w protokole testów.”

Zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale 7. pkt 7.3. ppkt 2 lit. B SIWZ o udzielenie zamówienia w ramach części 2. mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali: „(...) minimum 2 zamówienia odpowiadające przedmiotem i wartością przedmiotowi zamówienia określonymu w SIWZ, tj. polegających na dostawie i wdrożeniu oprogramowania do monitorowania o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każde”.

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (rozdział 7. pkt 7.3 ppkt 1 SIWZ).

Przystępujący w Wykazie dostaw, złożonym wraz z ofertą na potwierdzenie powyższego warunku wskazał realizację trzech projektów: 1) „Utworzenie oraz wdrożenie Systemu Dozoru Elektronicznego (SDE), w ramach projektu zostały wykonane min: dostawa i wdrożenie oprogramowania do monitorowania” wykonany na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości; 2) „Dostawa urządzeń aktywnych wraz z wdrożeniem w ramach projektu Metropolitalna Sieć Szerokopasmowa dostępu do Internetu, w ramach projektu zostały wykonane min: dostawa i wdrożenie oprogramowania do monitorowania”, wykonany na rzecz Urzędu Miasta Łodzi; 3) „Budowa i rozwój systemu informatycznego „Rozbudowa 21 środowiskowych sieci teleinformatycznych nauki - NewMAN”. W ramach projektu zostały

wykonane min: dostawa i wdrożenie oprogramowania do monitorowania” wykonany na rzecz Konsorcjum uczelni wyższych.

Ponadto, w Formularzu ofertowym Przystępujący złożył oświadczenie: „*Oferujemy realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*” (pkt 2). Zaś w Formularzu cenowym opisał oferowany produkt w następujący sposób: „*Netscout, nGenius InfinitiStream (part number 4590/DS.) w konfiguracji zgodnej z SIWZ oraz nGenius ONE v.5.2.1 (part number 5608L-WG1) w konfiguracji zgodnej z SIWZ.*”

Pismem z dnia 10 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części 2. zamówienia.

Pismem z dnia 15 lipca 2014 r. Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu na niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ wskazując, że zaoferowany produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie pkt 3, 5, 9, 26, 35, 36 i 38 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”). Nadto, zakwestionował list referencyjny dotyczący projektu referencyjnego z poz. 4. Wykazu w zakresie daty jego wydania oraz zakres wdrożenia w odniesieniu do pozostałych usług referencyjnych.

Pismem z dnia 15 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 2.

Pismem z dnia 16 lipca 2014 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do uzupełnienia „*dowodu, czy zamówienie wykonywane na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości jest wykonywane należycie, wydanego nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.*” Nadto, Zamawiający odrębnym pismem (datowanym na dzień 16 lipca 2014 r.) wezwał Przystępującego, na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, czy projekty referencyjne z poz. 5 i 6 Wykazu obejmowały wdrożenie oprogramowania do monitorowania, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jednocześnie, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przytaczając treść wymienionych przez Odwołującego w piśmie z dnia 15 lipca 2014 r. postanowień SIWZ sformułował zapytania, czy sporne wymagania produkt oferowany przez Przystępującego spełnia.

Pismem z dnia 18 lipca 2014 r. Przystępujący przedłożył wymagane referencje oraz nowy Wykaz dostaw. Jednocześnie potwierdził, że projekt realizowany na rzecz Konsorcjum uczelni wyższych obejmował wdrożenie oprogramowania, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Podał także, że „usługa realizowana dla Urzędu Miasta w Łodzi nie została wykazana w uzupełnionym wykazie dostaw.” Jednocześnie Przystępujący potwierdził, że oferowane rozwiązanie spełnia wymagania Zamawiającego w spornym zakresie. Dodatkowo przedłożył „oświadczenie przedstawiciela producenta – jedyne go dystrybutora rozwiązania nGenius na Polskę, które potwierdza, że rozwiązanie to spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ”. Oświadczenie z dnia 17 lipca 2014 r. zawiera następującą treść: „(...) firma Bakotech Sp. z o.o., jako jedyny na teren Polski, autoryzowany przedstawiciel – dystrybutor produktów marki Netscout nGenius, niniejszym oświadczamy, iż system monitorujący wydajność sieci i aplikacji marki Netscout, zaoferowany w ofercie Konsorcjum Demension Data Polska Sp. z o.o. oraz Comp S.A. złożonej w dniu 04.07.2014, spełnia wymagania Zamawiającego, nie później niż na dzień złożenia oferty. Ponadto informujemy, iż oferowany system monitorujący wydajność sieci i aplikacji, jest produktem personalizowanym wg. potrzeb Zamawiającego i został skonfigurowany specjalnie dla potrzeb niniejszego postępowania, zatem ogólnie dostępne dokumenty (wydruki ze stron internetowych, dokumentacje dotyczące bazowych numerów produktów) nie odnoszą się do oferowanej w w/w postępowaniu konfiguracji.”

Pismem z dnia 21 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w ramach zadania nr 2.

Odwołujący pismem złożonym w dniu 28 lipca 2014 r. zakwestionował ocenę dokonaną przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymaga, biorąc pod uwagę sformułowane przez Odwołującego zarzuty dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i złożenia nieprawdziwych informacji w przedmiotowym zakresie, jakiego w istocie doświadczenia oczekiwał Zamawiający od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie części 2. Odwołujący domaga się oceny tego doświadczenia przez pryzmat przedmiotu zamówienia, prezentując stanowisko, iż odwołanie się przez Zamawiającego właśnie do tegoż przedmiotu rodzi obowiązek legitymowania się doświadczeniem polegającym na dostawie i wdrożeniu systemu monitorowania wydajności sieci i aplikacji. W ocenie Izby, pogląd ten nie zasługuje na aprobatę.

Analiza treści spornego warunku prowadzi do wniosku, że referencyjna dostawa winna dotyczyć oprogramowania do monitorowania. Zamawiający bowiem zdefiniował, jakie zamówienia odpowiadają przedmiotem zamówieniu opisanemu w SIWZ, a są to zamówienia

polegające na dostawie i wdrożeniu oprogramowania do monitorowania. Interpretacja przedstawiona zaś przez Odwołującego pomija tę definicję i oparta jest na przypisaniu znaczenia zwrotowi „odpowiadające przedmiotem” w świetle przedmiotu zamówienia, co prowadzi do konstatacji, iż przedmiot zamówienia referencyjnego winien być tożsamy z przedmiotem niniejszego zamówienia. Zabieg ten mógłby znajdować uzasadnienie w sytuacji, w której Zamawiający poprzestałby na użyciu terminu nieostrego, zaś dookreślenie przedmiotu wymaganego doświadczenia powoduje, że stanowisko to nie może się ostać.

Biorąc zaś pod uwagę, że Odwołujący sformułował zarzuty w odniesieniu do spornego warunku udziału w postępowaniu, rozumianego w sposób przedstawiony przez Odwołującego, jakkolwiek nieznajdujący oparcia w treści SIWZ, wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci opisu przedmiotu zamówienia dla Systemu Dozoru Elektronicznego, umowy nr 335/PCSS/2011 z dnia 10 października 2011 r. zawartej pomiędzy Instytutem Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskim Centrum Superkomputerowo-Sieciowym a Comp S.A. podlegały oddaleniu, bowiem zostały powołane dla wykazania okoliczności niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Odwołujący za pomocą powołanych dowodów zmierzał bowiem do wykazania, że referencyjne zamówienia nie dotyczą systemu monitorowania wydajności sieci i aplikacji, zaś powyższy wymóg nie stanowił o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia opisanego (oczekiwanego) przez Zamawiającego doświadczenia.

Co się zaś tyczy pierwotnie złożonego Wykazu dostaw zwrócić należy uwagę, że bezsporne jest, iż Przystępujący wykazał należyte wykonanie zamówienia realizowanego na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości. Nie była zaś objęta sporem okoliczność, że referencyjne zamówienia nie dotyczą oprogramowania do monitorowania, stąd też należy uznać, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Co prawda Odwołujący nie złożył wyjaśnień dotyczących dostawy wykonanej dla Urzędu Miasta w Łodzi (poz. 5 Wykazu dostaw złożonego z ofertą) jednakże nie wpływa to na dokonaną ocenę. Wymogiem Zamawiającego było bowiem wykazanie realizacji dwóch referencyjnych dostaw i ten obowiązek Przystępujący udźwignął.

Nie ma doniosłości prawnej okoliczność, czy dostawa wykonana na rzecz Urzędu Miasta w Łodzi spełnia wymagania Zamawiającego, bowiem usługa ta winna być traktowana, wobec wykazania realizacji dwóch referencyjnych dostaw, jako nadmiarowa i z tych powodów brak podstaw do ewentualnego przypisania Przystępującemu deliktu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaś brak sporu co do dostawy systemu monitorowania

w ramach referencyjnych zadań (dwóch pozostałych) niweczy zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że słusznie Zamawiający wskazał, że wobec potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia irrelevantna dla sprawy pozostaje okoliczność, że Przystępujący przedłożył kolejny Wykaz dostaw. Przystępujący nie był wzywany do jego uzupełnienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zatem czynność podjęta przez Przystępującego nie mogła wywierać skutków prawnych. W tych okolicznościach brak było uzasadnienia do przeprowadzenia dowodu z: umowy z dnia 18 kwietnia 2011 r. zawartej pomiędzy Województwem Łódzkim a Comp S.A. z siedzibą w Warszawie oraz umowy nr TA/ZP-7/2010 z dnia 13 października 2010 r. zawartej pomiędzy Centralnym Instytutem Ochrony Pracy – Państwowym Instytutem Badawczym a Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, a także korespondencji z PARP, bowiem dostawy realizowane na podstawie powołanych umów nie stanowiły podstawy dla oceny wymaganego doświadczenia, a zatem przeprowadzenie dowodów z przedmiotowych dokumentów nie zmierzałoby do ustalenia okoliczności mających jakiegokolwiek znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Na analogiczną ocenę zasługują również dowody przedłożone przez Przystępującego w postaci listów referencyjnych wystawionych przez CIOP PIB oraz Akademię Administracji, a także SIWZ (po zmianach) sporządzona przez Województwo Łódzkie dla zadania wykazanego w uzupełnionym Wykazie dostaw. Za nieprzydatną dla rozstrzygnięcia sprawy należy również uznać opinię sporządzoną przez dr inż. A..... Z....., stanowiącą w istocie element stanowiska strony, bowiem prezentowana argumentacja i wnioski dotyczą uzupełnionego Wykazu dostaw, który nie podlega ocenie w aspekcie spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zwrócić należy uwagę, że Odwołujący nie wykazał, że został on podniesiony w terminie, o którym mowa w przepisie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, zarzut ten nie zasługuje na aprobatę. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący w zakresie poz. 4 Wykazu dostaw w piśmie z dnia 15 lipca 2014 r. kwestionował jedynie list referencyjny, a jeśli idzie o poz. 5 i 6, zakres przedmiotowy referencyjnego zamówienia. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo Zamawiający, unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zwrócił się z zapytaniem, czy referencyjne dostawy obejmują wdrożenie oprogramowania do monitorowania. Zdaniem Izby, nie sposób w tych okolicznościach przypisywać Zamawiającemu pozornie wezwania do złożenia wyjaśnień i formułowania sugestywnych pytań. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający zwracając się do

Przystępującego oczekiwał wyjaśnienia okoliczności mających znaczenie dla oceny spornego warunku, przy czym posługiwał się zwrotami zaczerpniętymi z SIWZ, nadto starał się ustalić okoliczności budzące wątpliwości Odwołującego. Tymczasem Odwołujący kwestionując przedmiotowe działanie Zamawiającego w istocie posługuje się argumentacją na dużym poziomie ogólności, stanowiącą jedynie konstatację pewnego stanu faktycznego a nie uzasadnienie podnoszonych zarzutów.

Reasumując stwierdzić należy, iż w pierwotnie złożonym Wykazie dostaw Przystępujący wykazał w poz. 4 i 6 realizację dostaw, które potwierdzają wymaganą przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie, polegające na dostawie i wdrożeniu oprogramowania do monitorowania. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że nie był przez Odwołującego kwestionowany fakt dostawy i wdrożenia oprogramowania do monitorowania a okoliczność, że przedmiotem referencyjnych dostaw nie było oprogramowanie do monitorowania sieci i aplikacji. Jednakże wobec nieprawidłowej interpretacji przez Odwołującego spornego warunku zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie mógł się powieść.

Bezprzedmiotowy okazał się również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i to nie z powodu braku podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania a tym samym zaniechania odrzucenia oferty. Odwołujący nie dostrzega regulacji przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, z mocy którego ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Skutek odrzucenia następuje więc z mocy prawa i nie wymaga podjęcia czynności przez zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zatem, gdyby w niniejszym stanie faktycznym zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, to jego oferta *ex lege* uznana byłaby za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) a zaniechanie wykluczenia mogłoby prowadzić jedynie do naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp a nie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wbrew pozorom zakres normowania obu przepisów nie pokrywa się. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy bowiem sytuacji, w której ofertę składa wykonawca wykluczony lub niezaproszony do składania ofert. Okoliczność ta nie zaktualizuje się jednak w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp nie mieściła się okoliczność, iż przedmiotem referencyjnych dostaw nie było oprogramowanie o wartości wymaganej przez Zamawiającego, tj. nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto każde. Zatem okoliczność powyższa, z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie była objęta zakresem rozpoznania. Wyjaśnienia bowiem wymaga, iż zarzut to substrat okoliczności

faktycznych i prawnych wyartykułowanych w odwołaniu. Pogląd ten jest prezentowany w orzecznictwie Izby i akceptowany przez SO (wyrok SO w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt: XII Ga 92/12). W przedmiotowej sprawie na próżno w treści odwołania poszukiwać argumentacji dotyczącej wartości referencyjnych dostaw. Powyższe po raz pierwszy pojawia się w piśmie procesowym z dnia 11 sierpnia 2014 r. i w istocie stanowi próbę „rozszerzenia” zarzutu podniesionego w odwołaniu. Jednakże zabieg ten nie może spotkać się z akceptacją Izby, bowiem prowadziłby do obejścia prawa (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Z tych też powodów Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego zmierzających do wykazania przedmiotowej okoliczności.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, dotyczących zaoferowania przez Przystępującego produktu niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego i złożenia w tym przedmiocie nieprawdziwych informacji w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu pierwszorzędne znaczenie w zakresie oceny oferowanego produktu przypisał oświadczeniu zawartemu w Formularzu ofertowym. Jednocześnie, w odniesieniu do określonych funkcjonalności zaproponowanych przez wykonawców urządzeń Zamawiający zastrzegł sobie prawo badania, niezależnie od złożonego oświadczenia, wybranych urządzeń poprzez przeprowadzenie testów przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, jakich konkretnie urządzeń i funkcjonalności przedmiotowe badania będą dotyczyły oraz jakich części zamówienia. Zamawiający przewidział przeprowadzenie testów w zakresie części 1. i 3. zamówienia, jednocześnie wskazując, że negatywny wynik testów będzie skutkować odrzuceniem oferty.

Natomiast Zamawiający nie przewidział przedmiotowego badania w odniesieniu do części 2. zamówienia, zatem w tym zakresie badanie oferty nie miało się odbywać na podstawie w istocie oględzin oferowanych produktów. Izba nie przychyliła się również do stanowiska Odwołującego, że podstawę tę stanowił dokument w postaci Formularza cenowego. Charakter tego dokumentu Zamawiający określił przypisując mu znaczenie istotne z punktu widzenia wyceny oferowanego produktu a nie jego zgodności z treścią SIWZ. Stąd też należy zdecydowanie się sprzeciwić praktyce zaproponowanej przez Odwołującego, a mianowicie domniemywania treści oferty na podstawie Formularza cenowego. Skoro bowiem Zamawiający nie zdecydował się na przeprowadzenie testów, przewidzianych w odniesieniu do pozostałych zadań, ani też nie żądał przedstawienia opisów, kart katalogowych produktów, to nie sposób przypisywać Zamawiającemu intencji dokonywania oceny zgodności oferowanego produktu z treścią SIWZ w oparciu o Formularz cenowy. Zamawiający również takiej woli nie wyartykułował, nie zastrzegł również, że specyfikacja dostawy, ujęta w rzeczonym Formularzu, musi być na tyle szczegółowa, aby

potwierdzała spełnianie niemalże 60. detalicznych wymogów, opisanych w załączniku nr 1.2 do SIWZ.

Przedmiotowej oceny nie zmienia również okoliczność, że Przystępujący wskazał, jaki produkt oferuje, opisując go m.in. za pomocą part numbera. Odwołujący pomija bowiem, że Przystępujący podając rzeczony numer zastrzegł, że system zostanie dostarczony w konfiguracji zgodnej z SIWZ. Jest to okoliczność istotna dla sprawy, bowiem powyższe nie daje podstaw do analizowania jedynie parametrów i funkcjonalności oznaczonego produktu. W świetle powołanego określenia, zdaniem Izby, nie budzi wątpliwości, że wskazany produkt został dostosowany do wymagań Zamawiającego. Za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy należy uznać powoływane definicje terminów „konfiguracja” i „personalizacja”, bowiem zwrotu, którym posłużył się Przystępujący, a mianowicie „w konfiguracji zgodnej z SIWZ” nie należy interpretować w oderwaniu od okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone oraz intencji, która przyświecała złożeniu przedmiotowego oświadczenia (art. 65 k.c.).

Ponadto, nie można pomijać, że obowiązkiem wykonawcy nie było wyspecyfikowanie oferowanych produktów (towarów) i urządzeń a wskazanie nazwy i wersji oprogramowania. Na tym tle nie sposób wymagać, aby wykonawca miał obowiązek opisanie oferowanego oprogramowania w sposób szczegółowy, uwzględniający narzędzia opcjonalne, np. nGenius Voice/Video Manager i określone rozszerzenia.

Dostrzeżenia wymaga również, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa systemu, a Przystępujący nie zdecydował się na zaoferowanie pewnego zespołu produktów i wymienienie ich jedynie przez wskazanie part numbera, ale na zaoferowanie na bazie określonego produktu wymaganego systemu, czyli zaproponowano produkt w wersji/konfiguracji dostosowanej do potrzeb Zamawiającego. W tych okolicznościach wnioskowanie o treści oferty jedynie przez pryzmat podanych part number wydaje się być nieuprawnione.

Analogicznie należy ocenić zabieg rekonstruowania treści oferty w oparciu o materiały informacyjne, zawarte na stronach internetowych. Po pierwsze bowiem, znajduje się tam opis standardowych produktów podstawowych, a nie przygotowywanych dla potrzeb konkretnego klienta. Po drugie, materiały zamieszczone na stronach internetowych mogą mieć jedynie charakter poglądowy a nie wartość dowodową. W ocenie Izby, nie sposób przeprowadzić ocenę zgodności oferowanego produktu z ogólnymi, wycinkowymi materiałami zawartymi na stronach internetowych. Z przytoczonych wyżej powodów przedstawione przez Odwołującego wydruki ze stron internetowych nie mają rozstrzygającego znaczenia dla niniejszej sprawy.

Nadto, nie należy pomijać, że Odwołujący dokonał przedmiotowej oceny jedynie w oparciu o podane przez Przystępującego part number, nie uwzględniając zastrzeżenia o

konfiguracji zgodnej z SIWZ, co dyskwalifikuje przeprowadzoną ocenę. Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe zaoferowanie wymaganego oprogramowania, wręcz przeciwnie, w piśmie procesowym z dnia 11 sierpnia 2014 r. podał, że: *„Możliwe natomiast jest zmodyfikowanie przez Producenta produkowanego przez niego produktu, niemniej jednak, taki (nowy) produkt powinien mieć nowy numer partii lub przynajmniej jakikolwiek „wyróżniki” względem standardowego numeru seryjnego (np. „+”, „customized” etc.)”*. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący zdaje sobie sprawę i przyznaje, że oferowany Przystępującego produkt może być niejako dopasowany do potrzeb Zamawiającego, a zarzut w istocie formułowany jest jedynie w oparciu o niewystarczające oznaczenie numeru partii przez producenta/dystrybutora. Jednakże brak inicjatywy w tym zakresie ze strony podmiotów dokonujących konfiguracji nie może być poczytywany na niekorzyść Wykonawcy.

Odwołujący nie wykazał również, że Bakotech Sp. z o.o. nie jest uprawniona do dokonywania konfiguracji produktów firmy NetScout. Ponadto, twierdzeniu temu przeczy oświadczenie producenta zawarte w piśmie z dnia 15 sierpnia 2014 r.

Reasumując stwierdzić należy, iż Formularz cenowy nie służył weryfikacji zgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający bowiem nie nadał mu takiego znaczenia. Badanie produktów odbywało się poprzez przeprowadzenie testów, jednakże nie zostało wprowadzone do części 2. zamówienia. Z tych względów nie sposób wnioskować o treści oferty na podstawie rzeczzonego Formularza.

Jednakże analizując nawet treść tegoż Formularza nie można dojść do przekonania, że posłużenie się zwrotem *„w konfiguracji zgodnej z SIWZ”* nie wypełnia wymagań Zamawiającego, bowiem nie wiadomo, jaka konfiguracja została zaoferowana, skoro wymogu w tym zakresie Zamawiający nie ustanowił, a oczywistym jest, że przedmiotem dostawy nie jest gama produktów opisana przy pomocy part numbera tylko system stworzony (skonfigurowany) na potrzeby Zamawiającego. Niewskazanie więc jakiegoś narzędzia opcjonalnego czy urządzenia funkcjonującego w obrocie jako odrębny produkt nie oznacza jeszcze, że takowego w ramach systemu nie zaoferowano. Nadto, o możliwościach technicznych systemu nie świadczą opisy techniczne produktów zawartych na stronach internetowych, niezależnie od faktu, że Odwołujący jedynie w odniesieniu do poz. 11, 13, 14, 36, 38 26, 30 i 39 OPZ odwołał się do materiałów internetowych, w pozostałym zakresie zaniechał jakiegokolwiek dowodzenia. Z tych względów oświadczenia firmy Bakotech Sp. z o.o. z dnia 14 sierpnia 2014 r. i producenta Netscout nie mają rozstrzygającego znaczenia dla niniejszej sprawy.

W tych okolicznościach Izba nie widzi podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący domaga się również stwierdzenia pozorności działań Komisji przetargowej domagając się oceny poczynszyszy od czynności podjętych z pierwotnym wyborem oferty najkorzystniejszej. W tym miejscu godzi się zauważyć, że ocena czynności podejmowanych przez Komisję nie dotyczy czynności faktycznych, a jedynie tych czynności, które wywołują skutki prawne. Pierwotna czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest przedmiotem odwołania i nie podlega ocenie, niezależnie od faktu, że upłynął termin do jej zakwestionowania.

Natomiast czynność wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może być uznana za pozorną skoro Zamawiający wystąpił do Przystępującego z przedmiotowym wnioskiem w zakresie wskazanym przez Odwołującego i uzyskał oświadczenie w tym aspekcie. Nie ma racji Odwołujący, że Zamawiający zobowiązany był z własnej inicjatywy dokonać badania oferty Przystępującego przez przyzmat dokumentów firmy Netscout, których przedstawienia nie wymagał. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę charakter i znaczenie Formularza cenowego, rozstrzygające znaczenie w tym względzie miało oświadczenie Przystępującego.

Sposób oceny wskazywany przez Odwołującego, a mianowicie, że zgodność oferty z SIWZ zamawiający winien weryfikować w świetle dowodów jest jednym z możliwych, jakkolwiek niewybranych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Z tych względów domaganie się przedłożenia rzeczonych dowodów czy pozyskiwanie ich na własną rękę przez Zamawiającego należałoby uznać za nieuzasadnione. W istocie zarzuty Odwołującego w tym zakresie dotyczą treści SIWZ i dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia przez oferowaną dostawę wymogów Zamawiającego.

Zarzut naruszenia przepisu art. 20 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie zakresu oceny dokonywanej przez komisję przetargową nie został sformułowany, zaś pozorność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania ofert konsumowana jest w zarzucie dotyczącym konkretnej czynności prawnej. Rozpoznanie przedmiotowych zarzutów nie doprowadziło do konstatacji o wadliwości działania Zamawiającego.

Tym samym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, w ocenie Izby, należy uznać za prawidłowe, a zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za nieuzasadniony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: