

**WYROK**  
**z dnia 3 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Emilia Garbala**  
**Emil Kawa**  
**Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi telefonii stacjonarnej dla Centrali Instytutu Pamięci Narodowej (Wołoska 7, Wołoska 5, Postępu 18B, Kłobucka 21A, Marszałkowska 21/25, Żurawia 4A)”

prowadzonym przez **Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ul. Wołoska 7, 02-675 Warszawa**

przy udziale:

wykonawcy **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o., ul. Szkotnik 2B, 33-100 Tarnów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka**

- 1. uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. ul. Szkotnik 2B, 33-100 Tarnów** oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.1 zasądza od zamawiającego **Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ul. Wołoska 7, 02-675 Warszawa**, na rzecz odwołującego **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**, kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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 - Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi telefonii stacjonarnej dla Centrali Instytutu Pamięci Narodowej (Wołoska 7, Wołoska 5, Postępu 18B, Kłobucka 21A, Marszałkowska 21/25, Żurawia 4A)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2017 r., nr 2017/S 121-245113. W postępowaniu zostały złożone cztery oferty, w tym m.in. oferta wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne (dalej: „CST”) oraz wykonawcy Orange Polska S.A. (dalej: „Orange”). W dniu 8 września 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CST.

W dniu 18 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Orange, w którym odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CST, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) ze względu na:
  - a) zaoferowanie aparatów telefonicznych, przystawek do telefonów, bram głosowych, oprogramowania systemu sterującego połączeniami oraz pozostałych aplikacji, pochodzących od więcej niż jednego producenta,
  - b) niezaoferowanie infrastruktury serwerowej wymaganej w opisie przedmiotu zamówienia,
  - c) zaoferowanie przełączników 24-portowych nie spełniających wymagań opisu przedmiotu zamówienia,
  - d) zaoferowanie przełączników 48-portowych nie spełniających wymagań opisu przedmiotu zamówienia,
  - e) zaoferowanie głównego serwera nie spełniającego wymagań opisu przedmiotu zamówienia,
  - f) zaoferowanie zestawów telefonii bezprzewodowej DECT nie spełniających wymagań opisu przedmiotu zamówienia,
  - g) niezaoferowanie modułów światłowodowych wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia,

- h) zastosowanie oznaczeń produktów uniemożliwiających zamawiającemu jednoznaczne ustalenie, jakie konkretnie urządzenia i oprogramowanie jest oferowane,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie, w drodze wyjaśnień, negocjacji z wykonawcą CST, co doprowadziło do zmiany jego oferty,
  - 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CST z postępowania, mimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził on w błąd zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a dotyczące zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego,
  - 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 83 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CST, która była niezgodna z siwz,
  - 5) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał w szczególności, że symbole części urządzeń wymienionych w ofercie CST są symbolami produktów firm Cisco, Panasonic i Grandstream Networks, co świadczy o tym, że oferta CST jest niezgodna z pkt 1.3. ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia, będącego załącznikiem nr 3 do siwz, zgodnie z którym aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, bramy głosowe, oprogramowanie systemu sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje powinny pochodzić od tego samego producenta. Odwołujący wymienił także niezgodności oferowanych przez wykonawcę CST urządzeń produkcji Cisco i Panasonic z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto stwierdził, że gdyby przyjąć, że zidentyfikowane przez niego symbole urządzeń wskazane w ofercie CST nie są symbolami ww. producentów, oznaczałoby to, że oferta CST jest niezgodna z pkt 1.3. ppkt 3 opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty specyfikację techniczną umożliwiającą zamawiającemu jednoznaczne ustalenie, jakie konkretnie urządzenia i oprogramowanie jest oferowane. Zdaniem odwołującego, użyte przez wykonawcę CST w ofercie symbole nie pozwalałyby bowiem na jednoznaczne ustalenie, jakie urządzenia wykonawca ten oferuje.

W związku z powyższym odwołujący Orange wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty CST,
- 2) wykluczenia wykonawcy CST z postępowania,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy CST,
- 4) dokonania ponownej oceny ofert,
- 5) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 29 września 2017 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko o zasadności wyboru oferty CST. Stwierdził, że urządzenia wskazane w ofercie CST nie pochodzą od różnych producentów, w szczególności nie są produktami firm Cisco, Panasonic i Grandstream Networks, ale są produktami własnymi wykonawcy CST. Produkty oferowane przez CST będą wykonane na bazie rozwiązań technicznych istniejących na rynku, modyfikowane przez tego wykonawcę i dostosowane do potrzeb konkretnego zamówienia. Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, że dla oznaczenia oferowanego sprzętu wykonawca CST posłużył się symbolami występującymi na rynku, których używa do oznaczania własnych produktów. Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 20 września 2017 r. wykonawca CST zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Następnie pismem z dnia 29 września 2017 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie, w którym zaprzeczył, jakoby urządzenia wskazane w jego ofercie były produktami firm Cisco, Panasonic i Grandstream Networks. Stwierdził, że oferowane urządzenia będą pochodziły z jego własnej produkcji i będą oznakowane symbolami wskazanymi w ofercie. Podkreślił, że oferuje rozwiązania autorskie, tj. urządzenia, które będą zbudowane na bazie technicznej modeli występujących na rynku. W tym celu wykorzystuje wiedzę techniczną, którą posiada o urządzeniach dostępnych na rynku, wiedzę o komponentach, które zostały użyte do produkcji danego urządzenia, jednakże w przypadku większych zamówień, takich, jak przedmiotowe zamówienie, wytwarza na ich bazie własne urządzenia, które są budowane pod indywidualne potrzeby. Nie zgodził się także z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący po stronie zamawiającego podtrzymali swoje stanowiska. Jednocześnie odwołujący dodał, że nie jest możliwe ze względów technicznych dokonanie określonych modyfikacji oferowanych przez CST przełączników produkcji Cisco, jak też nie jest dopuszczalne posługiwanie się przez wykonawcę CST symbolami urządzeń innych producentów do oznakowania urządzeń, które ma on zamiar wykonać na potrzeby niniejszego zamówienia jako rozwiązania autorskie. Przystępujący CST potwierdził z kolei, że urządzenia np. firmy Cisco nie spełniają wymogów opisanych w siwz, niemniej jednak podtrzymał, że oferuje urządzenia własnej produkcji wykonane na bazie komponentów pochodzących z urządzeń innych producentów. Stwierdził też, że wykonanie urządzeń odpowiadających wymaganiom siwz z wykorzystaniem komponentów istniejących już na rynku urządzeń innych producentów jest możliwe oraz że wskazane przez niego w ofercie symbole urządzeń nie stanowią znaków handlowych, a jedynie zestawienia cyfr i liter, które

mogą być użyte do oznakowania również tych urządzeń, które aktualnie nie istnieją na rynku, ale które zostaną przez niego wykonane na potrzeby niniejszego zamówienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego. Jednocześnie Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy CST po stronie zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiot zamówienia został przez zamawiającego opisany w załączniku nr 3 do siwz, stanowiącym jej integralną część. Zgodnie z pkt 1.3. ppkt 3 opisu przedmiotu zamówienia, wykonawca zobowiązany był załączyć do składanej oferty specyfikację techniczną umożliwiającą zamawiającemu jednoznaczne ustalenie, jakie konkretnie urządzenia oraz oprogramowanie jest oferowane w ramach złożonej przez wykonawcę oferty. Ponadto zgodnie z pkt 1.3. ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wymagał, aby dostarczone aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, zestawy telefonii bezprzewodowej DECT, bramy głosowe, oprogramowanie systemu sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje pochodziły od tego samego producenta, jednocześnie zaś dopuścił, aby serwer, na którym zainstalowane będzie oprogramowanie systemu oraz rozwiązanie do nagrywania, pochodziły od innych producentów. Następnie w odpowiedzi nr 25 z dnia 26 lipca 2017 r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz poprzez dopuszczenie, aby zestawy telefonii bezprzewodowej DECT również pochodziły od innego producenta.

Wykonawca CST złożył wraz z ofertą specyfikację techniczną urządzeń i oprogramowania w postaci tabeli o następującej treści:

Elementy systemu	Oferowane urządzenia i oprogramowanie
Główny serwer	iqSystem
Brama głosowa	iqGateway iqSystem

Telefon IP typ „A”	GXP1628
Telefon IP typ „B”	GXP2170
Przystawki do telefonów	GXP2200EXT
Zestaw telefonii bezprzewodowej DECT	KX-TGP600 + KX-A406 + KX-TPA60
Bramka VoIP 2xFXS	HT702
Bramka VoIP 4xFXS	HT704
Przełącznik sieciowy 24-portowy	SF300-24PP-K9-EU
Przełącznik sieciowy 48-portowy	SF300-48PP-K9-EU

Ponadto wykonawca CST załączył do oferty oświadczenie o następującej treści: „Niniejszym oświadczamy, że będąc producentem oferowanego Systemu do komunikacji głosowej i jednocześnie przedsiębiorstwem uprawnionym do świadczenia usług telefonii stacjonarnej dysponujemy zasobami ludzkimi posiadającymi kwalifikacje, czyli niezbędną wiedzę, umiejętności i doświadczenie, wymagane przez Zamawiającego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie potwierdzamy, że zatrudniamy na podstawie umowy o pracę osoby, które będą realizowały wdrożenie Systemu oraz osoby realizujące usługi wsparcia technicznego”.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał wykonawcę CST do złożenia wyjaśnień, czy przedstawione w ofercie rozwiązanie spełnia wymagania określone w pkt 1.3. ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia, czy przełączniki SF300-24PP-K9-EU i SF300-48PP-K9-EU spełniają wymagania dotyczące przepustowości magistrali oraz czy system iqSystem posiada możliwość obsługi cyfrowych systemowych aparatów telefonicznych podłączanych fizycznie do interfejsów wyposażenia cyfrowych centrali telefonicznej lub bramy głosowej z użyciem przewodów miedzianych? W odpowiedzi z dnia 23 sierpnia 2017 r. wykonawca CST zapewnił, że główne elementy systemu telekomunikacyjnego będą pochodzić od tego samego producenta, że przełączniki SF300-24PP-K9-EU i SF300-48PP-K9-EU po zainstalowaniu dedykowanego oprogramowania w trakcie instalacji systemu do komunikacji głosowej będą spełniały wymagania dotyczące przepustowości magistrali oraz że system do komunikacji głosowej iqSystem posiada możliwości wymagane w siwz.

Pismem z dnia 4 września 2017 r. zamawiający wezwał wykonawcę CST do złożenia szczegółowych i konkretnych informacji, w jaki sposób zostaną spełnione warunki, by przełącznik 24-portowy miał budżet mocy dla zasilania PoE/PoE+ nie mniejszy niż 200W, a także by przełącznik 48-portowy posiadał 4 gniazda na wkładki światłowodowe SFP 1Gbps umożliwiające zastosowanie wkładek jednomodowych i wielomodowych, z czego przynajmniej dwa gniazda na wkładki nie mogą być współdzielone z portami miedzianymi. W odpowiedzi z dnia 5 września 2017 r. wykonawca CST wskazał, że wymóg dotyczący

przełącznika 24-portowego zostanie spełniony w zaoferowanym przełączniku Cisco SF300-24PP-K9-EU poprzez zastosowanie w nim wewnętrznego modułu zasilacza o mocy 375W (PoE+supported) takiego, jaki stosowany jest w innych przełącznikach serii SF300. Odnosząc się do przełącznika 48-portowego wykonawca CST wskazał, że wymóg zostanie spełniony w zaoferowanym przełączniku Cisco SF300-48PP-K9-EU poprzez zastosowanie zintegrowanych modułów mediakonwertera, moduły te zamieniają dwa gniazda z niewspółdzielonymi portami miedzianymi Gigabit Ethernet na gniazda SFP 1 Gbps umożliwiające zastosowanie wkładek światłowodowych jednomodowych i wielomodowych.

Pismem z dnia 5 września 2017 r. zamawiający ponownie wezwał wykonawcę CST do złożenia wyjaśnień w zakresie przepustowości magistrali przełączników SF300-24PP-K9-EU i SF300-48PP-K9-EU. Zamawiający, „mając na uwadze dane uzyskane od producenta zaoferowanych urządzeń”, poprosił o szczegółowe informacje dotyczące, opisanego w odpowiedzi z dnia 23 sierpnia 2017 r., oprogramowania zapewniającego spełnienie wymagań przez ww. przełączniki. W odpowiedzi z dnia 6 września 2017 r. wykonawca CST wskazał, że główne elementy systemu będą pochodzić od tego samego producenta, którym jest firma CST, w tym także zaoferowane przełączniki są jego własnej produkcji. Przełączniki iQ CST budowane są na bazie przełączników Cisco, jednakże nie są to standardowe produkty występujące w ofercie firmy Cisco. Przełączniki iQ CST, oparte na switchu Cisco SF300-24PP-K9-EU i SF300-48PP-K9-EU, zostały zmodyfikowane i zoptymalizowane co do kluczowych parametrów wydajnościowych zgodnie z siwz, wobec czego będą spełniać wymagania opisane w siwz, w tym także w zakresie przepustowości magistrali.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Nie jest sporne pomiędzy odwołującym, zamawiającym i przystępującym, że poszczególne urządzenia pochodzące od producentów takich jak: Cisco, Panasonic i Grandstream Networks, nie spełniają wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Sporne jest natomiast to:

- 1) czy wykonawca CST rzeczywiście zaoferował urządzenia ww. producentów, czy też zaoferował urządzenia produkcji własnej, oraz to
- 2) czy - przy założeniu, że z treści oferty nie wynikało, że CST oferuje urządzenia produkcji własnej - zamawiający był uprawniony do przyjęcia, że oferowane są produkty własne CST, wyłącznie na podstawie złożonych przez niego wyjaśnień.



Odnosząc się do pierwszej z ww. kwestii, należy przede wszystkim zauważyć, że w tabeli na str. 20 oferty CST wykonawca ten opisał oferowane przez siebie urządzenia za pomocą określonych symboli. Jest wiedzą dostępną i możliwą do sprawdzenia, że symbole te na rynku są używane do oznakowania produktów:

- Grandstream Networks – w przypadku telefonów, przystawki do telefonów i bramek VoIP,
- Cisco – w przypadku przełączników 24-portowych i 48-portowych,
- Panasonic – w przypadku zestawu telefonii bezprzewodowej DECT.

Żaden z symboli wskazanych dla ww. urządzeń w tabeli na str. 20 oferty wykonawcy CST, nie został przy tym poprzedzony znakiem „iqCST” lub „iq”, jak miało to miejsce w przypadku głównego serwera lub bramy głosowej, co do których nie zachodzą wątpliwości, że są produktami CST. W żadnym miejscu ww. tabeli nie znajduje się także informacja o tym, że pomimo użytych symboli, nie są to urządzenia firm Cisco, Panasonic i Grandstream Networks lub że są to urządzenia produkcji własnej CST. W żadnym miejscu oferty nie znajduje się również informacja o tym, że wykonawca CST zamierza dokonywać modyfikacji urządzeń innych producentów lub budować na bazie komponentów pochodzących z innych urządzeń, własne produkty. Wobec powyższego należy stwierdzić, że sposób opisanie przez wykonawcę CST za pomocą ww. symboli: telefonów, przystawki do telefonów, bramek VoIP, przełączników i zestawu telefonii bezprzewodowej, nie daje podstaw do przyjęcia, że wykonawca ten zaoferował urządzenia produkcji własnej.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że niezależnie od wyżej opisanej treści oferty wykonawcy CST, fakt, że symbole użyte przez tego wykonawcę w ofercie są symbolami urządzeń produkowanych przez innych, niż CST, producentów, potwierdzają także złożone przez odwołującego na rozprawie dowody w postaci opisów technicznych ww. telefonów, przystawki do telefonu, przełączników i zestawu telefonii bezprzewodowej zamieszczonych na stronach internetowych firm Grandstream Networks, Cisco i Panasonic, a także w postaci korespondencji z przedstawicielami Grandstream Networks i Cisco, którzy udzielając odpowiedzi na zadane pytania potwierdzają, że urządzenia o wskazanych symbolach są produktami tych firm. Powyższego nie zmienia fakt, że przystępujący CST złożył w trakcie rozprawy karty katalogowe urządzeń takich, jak: telefon IP GXP1628, telefon IP GXP2170, przystawka do telefonu GXP2200EXT, bramka VoIP HT702, bramka VoIP HT704, słuchawka DECT KX-TPA60, DECT IP KX-A406, DECT IP KX-TGP600, przełączniki SF300-24PP-K9-EU i SF300-48PP-K9-EU, w których to kartach w opisie każdego urządzenia napisane jest, że jest ono produkcji IQCST. Powyższe karty nie zostały bowiem załączone do oferty, a ponadto przystępujący na rozprawie potwierdził, że zostały one stworzone dopiero na potrzeby tego zamówienia. Tym samym zawarta w ww. kartach informacja, że

urządzenia posiadające ww. symbole są produkcji CST, nie stanowi dowodu, że w złożonej ofercie wykonawca rzeczywiście oferował produkty własne.

Analizując treść oferty wykonawcy CST, należy także zwrócić uwagę na oświadczenie, które wykonawca ten załączył do oferty (str. 21) i w którym znalazło się sformułowanie: „będąc producentem oferowanego Systemu”. Dokonując oceny treści tego oświadczenia nie można jednak przyjąć, że automatycznie przesądza ono o tym, że oferowane urządzenia są produktami własnymi wykonawcy CST. Po pierwsze, oświadczenie to ma charakter ogólny i jego treść wskazuje, iż ma na celu potwierdzenie, że wykonawca dysponuje zasobami zawodowymi i kadrowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia, nie zaś potwierdzenie, kto jest producentem urządzeń wskazanych w tabeli na str. 20 oferty. Tym samym treść ww. oświadczenia nie wskazuje na to, aby zostało ono złożone w celu zidentyfikowania producenta oferowanych urządzeń. Po drugie, oświadczenie to nie może być interpretowane w oderwaniu od oświadczenia znajdującego się na str. 20 oferty, tj. ww. tabeli, w której zawarte są symbole urządzeń jednoznacznie wskazujące na produkty firm: Cisco, Panasonic i Grandstream Networks. Po trzecie, oświadczenie to nie może być również interpretowane w oderwaniu od wyjaśnień złożonych przez wykonawcę CST pismem z dnia 5 września 2017r., w którym wykonawca ten informuje, że opisane w siwz wymagania zostaną spełnione „w zaoferowanym przełączniku Cisco SF300-24PP-K9-EU” oraz „w zaoferowanym przełączniku Cisco SF300-48PP-K9-EU”. Wobec powyższego nie można przyjąć, że ww. fragment oświadczenia ze str. 21 oferty wykonawcy CST dowodzi, że wykonawca CST oferuje własne produkty. Przeczy temu sposób sformułowania tego oświadczenia świadczący o tym, że oświadczenie to w ogóle nie zostało złożone w celu identyfikacji producenta urządzeń, treść tabeli na str. 20 oferty wskazująca jednoznacznie symbole urządzeń produkowanych przez Cisco, Panasonic i Grandstream Networks oraz wyjaśnienia wykonawcy CST, w których wprost odnosi się on do oferowanych przełączników Cisco.

Reasumując, w zakresie kwestii pierwszej, tj. oceny, czy wykonawca CST zaoferował urządzenia innych producentów, czy też zaoferował produkty własne, Izba ustaliła, że treść oferty ww. wykonawcy nie daje podstaw do przyjęcia, że oferuje on produkty własne. Świadczą o tym przede wszystkim symbole urządzeń wymienionych w tabeli na str. 20 oferty, które są symbolami urządzeń innych, niż CST, producentów.

W konsekwencji stwierdzić należy, że oferta wykonawcy CST podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności z pkt 1.3. ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia, będącego załącznikiem do siwz, ponieważ z tabeli na str. 20 oferty wynika, że aparaty telefoniczne, przystawka do telefonów, bramki i przełączniki, nie pochodziły od tego samego producenta. W konsekwencji oferta podlegała odrzuceniu także z powodu niezgodności poszczególnych urządzeń z siwz, w tym przełączników 24-portowych i 48-portowych produkcji Cisco z pkt 2.10 ppkt 3, pkt 2.10. ppkt 5, pkt 2.10. ppkt 6, pkt 2.11.

ppkt 3 i pkt 2.11. ppkt 6 opisu przedmiotu zamówienia, co – przy przyjęciu, że oferowano produkty innych niż CST producentów - nie było przez przystępującego kwestionowane.

Niezależnie od powyższego, w świetle wyjaśnień wykonawcy CST z dnia 23 sierpnia 2017 r., 5 września 2017 r. i 6 września 2017 r., w których wykonawca ten wskazał, że oferowane urządzenia będą przez niego modyfikowane i wykonane jako własne, mimo że w tabeli na str. 20 oferty są opisane symbolami urządzeń innych producentów, należy stwierdzić, że oferta CST nie była zgodna z pkt 1.3. ppkt 3 siwz, tj. wykonawca nie załączył do niej specyfikacji technicznej umożliwiającej zamawiającemu jednoznaczne ustalenie, jakie konkretnie urządzenia oraz oprogramowanie jest oferowane w ramach złożonej przez wykonawcę oferty. Tym samym oferta ta, po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp również z powodu wynikającego z ww. wyjaśnień braku jednoznaczności co do oferowanych urządzeń.

W związku z powyższym należy odnieść się do kwestii drugiej, tj. ocenić, czy zamawiający był uprawniony do stwierdzenia, że wykonawca CST oferuje produkty własne, wyłącznie na podstawie złożonych przez niego wyjaśnień. W tym miejscu należy zauważyć, że dopiero w wyjaśnieniach z dnia 23 sierpnia 2017 r., 5 września 2017 r. i 6 września 2017 r. wykonawca CST wskazał, że urządzenia oznakowane w jego ofercie symbolami charakterystycznymi dla urządzeń innych producentów, będą przez niego modyfikowane w taki sposób, aby ich parametry były zgodne z wymaganiami siwz. Również dopiero w piśmie z dnia 6 września 2017 r. wykonawca po raz pierwszy użył dla przełączników 24-portowych i 48-portowych nazwy „iqCST”, dla zapewnienia, że przełączniki te będą jego produktami własnymi. Przy czym w piśmie z dnia 5 września 2017 r. wykonawca wskazywał na oferowanie przełączników Cisco („w zaoferowanym przełączniku Cisco”), w których będzie dokonywał odpowiednich instalacji, natomiast w piśmie z dnia 6 września 2017 r. twierdził, że przełączniki będą produkowane przez CST jedynie na bazie przełączników Cisco.

Abstrahując od kwestii tego, czy wykonawca CST będzie urządzenia innych producentów modyfikował, czy z wykorzystaniem ich komponentów produkował własne, należy podkreślić, że żadne z tych rozwiązań nie zostało wskazane w ofercie. Treść oferty wskazywała, że oferowane są urządzenia oznaczone symbolami produktów innych firm, tym samym nie dawała podstaw do przyjęcia, że wykonawca CST oferuje produkty własne. Złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, zgodnie z którymi oferuje on urządzenia własnej produkcji, które będą oznakowane symbolami używanymi przez inne firmy do oznaczenia ich produktów, stanowi zatem nową okoliczność, nie wskazaną uprzednio w treści oferty. W dodatku jest to okoliczność decydująca o tym, czy oferta tegoż wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu, ponieważ przyjęcie ww. wyjaśnień powodowałoby, że nie zachodziłaby

niezgodność tej oferty z wymaganiami siwz przewidzianymi m.in. dla przełączników, jak i nie zachodziłaby niezgodność tej oferty z pkt 1.3. ppkt 7 siwz.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, które wskazują nowe informacje, niezawarte uprzednio w treści oferty – w tym wypadku informacje o tym, że wykonawca CST oferuje urządzenia własne wykonane na bazie urządzeń innych producentów i z wykorzystaniem stosowanych przez nich symboli - prowadzi do uzupełnienia tej oferty o nowe treści, a w konsekwencji prowadzi do zmiany treści oferty. W dodatku ww. nowe informacje powodują, że oferta podlegająca w swojej pierwotnej treści odrzuceniu, po złożeniu wyjaśnień, odrzuceniu już podlegać nie będzie. Tym samym wyjaśnienia takie zawierają nowe treści powodujące zmianę, która jest istotna. Przyjęcie takich wyjaśnień należy uznać za niezgodne nie tylko z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania jakiegokolwiek zmian w treści oferty, ale także za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości została zachowana, jeżeli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy, w których podaje on nowe okoliczności, nie wynikające z treści oferty, a które skutkują koniecznością uznania jego oferty za zgodną z siwz, podczas gdy w swej pierwotnej treści oferta ta była z siwz niezgodna. Innymi słowy, za niedopuszczalne należy uznać zachowanie wykonawcy, który wskazuje w swojej ofercie określone informacje, a następnie, po ujawnieniu przez zamawiającego wątpliwości co do zgodności oferty z siwz, podaje nowe okoliczności uzupełniające ofertę o treść pozwalającą na „dostosowanie” tej oferty do stanu zgodnego z siwz.

Jeżeli w przedmiotowej sprawie wykonawca CST zamierzał zaoferować urządzenia przez siebie wytwarzane / modyfikowane, powinien był w złożonej ofercie od początku i jednoznacznie na taki zamiar wskazać, przykładowo: albo nie powołując się w specyfikacji technicznej na symbole urządzeń innych producentów albo dodając do tych symboli informację, że mimo wskazania symboli produktów innych firm, oferowane są produkty własne, dostosowane na bazie cudzych komponentów do parametrów wymaganych w siwz. Przy wyraźnym wskazaniu w ofercie, że oferowane są urządzenia produkcji własnej, wyjaśnienia wykonawcy co do technicznych sposobów modyfikacji produktów innych firm, stanowiłyby dopuszczalne, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, doprecyzowanie treści oferty. Natomiast w sytuacji, gdy w ofercie nie znalazły się informacje o tym, że wykonawca

planuje wykonać produkty własne i że wymienione symbole produktów innych firm będą wykorzystane do oznakowania tych właśnie produktów własnych, wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie należy uznać za zmieniające w istotny sposób treść oferty.

W świetle wyżej opisanych okoliczności, Izba ustaliła, że potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności ustalono, że złożone przez wykonawcę CST wyjaśnienia prowadziły do niedozwolonej zmiany oferty i że oferta ta podlega odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią siwz.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – okazało się zasadne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 ze zm).

Przewodniczący .....

.....

.....