

**Sygn. akt: KIO 2503/13**

**Sygn. akt: KIO 2504/13**

**WYROK**

**z dnia 12 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2013 r. przez wykonawców:

**A. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56 c, 00-803 Warszawa (sygn. akt. KIO 2503/13)**

**B. Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa (sygn. akt. KIO 2504/13)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie LNG S.A., ul. Fińska 7, 72-602 Świnoujście, Biuro w Warszawie, ul. Mszczonowska 4, bud. C, 02-337 Warszawa.**

przy udziale Wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

I. w sprawie odwołania wniesionego przez Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. (sygn. akt. KIO 2503/13) po stronie Zamawiającego:

a. **Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa,**

b. **IT.expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa.**

II. w sprawie odwołania wniesionego przez Comtegra Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2504/13)

a. **IT.expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa** - zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

b. **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56 c, 00-803 Warszawa** - po stronie Odwołującego.

orzeka:

**1A. oddala odwołanie wniesione przez Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., (sygn. akt. KIO 2503/13).**

**1B. uwzględnia odwołanie Comtegra Sp. z o.o. (sygn. akt. KIO 2504/13) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty IT. expert Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

**2. kosztami postępowania obciąża Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56 c, 00-803 Warszawa oraz IT. expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56 c, 00-803 Warszawa oraz Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa tytułem wpisów od obu odwołań,**

**2.2. zasądza od IT. expert Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa na rzecz Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie LNG Sp. z o.o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienie na dostawę i instalację infrastruktury IT: serwerów, macierzy, urządzeń sieciowych oraz pozostałego sprzętu IT wraz z oprogramowaniem systemowym i świadczeniem usług gwarancji jakości. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2013 roku pod poz. 2013/S 099-169916.

W dniu 25 października 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. oraz Comtegra Sp. z o.o.

### **Sygn. akt: KIO 2503/13**

Odwołujący Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty IT.expert Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. zaniechaniu odrzucenia ofert: IT. expert Sp. z o.o., Comtegra Sp. z o.o., Qumak S.A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a. art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert IT.expert, Comtegra oraz Qumak, pomimo, że treść wymienionych ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem odwołującego oferty IT.expert, Comtegra oraz Qumak podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, albowiem wykonawcy Ci w złożonych ofertach zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób nie odpowiadający wymaganiom Zamawiającego opisanym w SIWZ. Wykonawcy Ci zaoferowali urządzenia Cisco, które jak wynika z dokumentacji zamieszczonej na stronach producentów urządzeń (odwołujący podał linki do stron internetowych) nie wykonują monitorowania za pomocą protokołu S Flow. Są to urządzenia:

- a. Cisco WS-C3750X-48PF-S (jako SL1) - oferta IT.expert i Qumak
  - b. Cisco WS-C3750X-24P-S (jako SL2) - oferta IT.expert i Qumak
- Cisco Catalyst 2960 (jako SL1 i SL2) - oferta Comtegra.

Odwołujący podniósł, że funkcjonalność monitorowania NetFlow, istniejąca w ww. urządzeniach i zaoferowana jako równoważna do wymaganej w SIWZ sFlow, w

rzeczywistości równoważną nie jest, o czym świadczą następujące okoliczności:

1. Różnica w licznikach pakietów na interfejsach (interface counters) – protokół sFlow przesyła informacje o zliczonych pakietach na interfejsach sieciowych (ang. interface counters). Protokół NetFlow nie ma takich możliwości, potrafi przysyłać tylko informacje o zidentyfikowanych transmisjach. Protokół NetFlow nie potrafi identyfikować części transmisji (wyjaśnienia w tej kwestii znajdują się w następnym punkcie) - tym samym informacja o wielkości całego ruchu (zliczonych pakietach i ramkach) może być nieprawdziwa.
2. Możliwość wykrycia niektórych typów ruchu sieciowego – protokół sFlow przesyła pakiety, a nie zagregowane przepływy, protokół NetFlow identyfikuje przepływy, po przetworzeniu przesyła je do stacji zarządzającej. Odrzucanie niezidentyfikowanych przepływów uniemożliwia wykrycie na stacji zarządzającej NetFlow takich protokołów sieciowych jak FCoE, AoE, TRILL, NVGRE, VxLAN.
3. Różnica w sposobie przeprowadzania pomiarów - Pomiary sFlow są wykonywane sprzętowo na interfejsach - specjalizowanych układach ASIC [ang. Application Specific Integrated Circuit), tym samym nie obciążają głównego procesora urządzenia sieciowego. Analizator przepływów NetFlow wykrywa przepływy na interfejsach, śledzi je, po ich zakończeniu raportuje do stacji zarządzającej. Taki tryb pracy (pomiarów) wymaga działania na poziomie głównego procesora urządzenia sieciowego, powodując obciążenie głównego procesora, oraz zmniejszając skalowalność instalacji netFlow. W wielu przypadkach zwiększone obciążenie procesora wpływa na zmniejszenie wydajności urządzenia sieciowego.

Wskazując na powyższe odwołujący podniósł, że zaoferowane przez wykonawców urządzenia nie odpowiadają jednoznacznie sformułowanym wymaganiom siwz i w związku z tym oferty IT. expert, Qumak oraz Comtegra podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ, jeżeli wykonawca oferuje rozwiązanie równoważne do wymaganego w SIWZ, to zobowiązany jest wykazać, że rozwiązanie to spełnia wymagania Zamawiającego. Tymczasem po pierwsze - żaden z ww. wykonawców w złożonej ofercie nie wskazał, że oferuje zamawiającemu jakiegokolwiek rozwiązanie równoważne, po drugie - równoważność zaoferowanej funkcjonalności monitorowania nie została w złożonej ofercie w jakikolwiek sposób udowodniona. Odwołujący wskazał, iż wyjaśnienia wykonawców IT.expert, Comtegra i Qumak udzielone na etapie badania złożonych ofert wprowadzają nową treść oferty (Zamawiający dowiadyuje się w tym momencie, że otrzymał funkcjonalność inną niż wymagana sFlow, co nie wynika z treści ww. ofert) i prowadzą do jej niedozwolonej zmiany. Działanie takie oznacza dodatkowo naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 PZP, zakazującego

zarówno prowadzenie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, jak i dokonywania jakichkolwiek zmian w złożonej ofercie. PZP nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty. Oznacza to między innymi, iż Zamawiający winien na etapie badania i oceny złożonych ofert respektować i egzekwować ustalone przez siebie w SIWZ wymagania, jakim mają odpowiadać złożone oferty. Zamawiający nie jest uprawniony do ich zmiany czy interpretacji w sposób dowolny. Zatem dokonując czynności wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o postanowienia SIWZ przyjęte na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Działania przeciwne, jak w niniejszym przypadku brak odrzucenia ofert wykonawców IT.expert, Comtegra i Qumak z uwagi na nie spełnienie wymagań technicznych opisanych w Załączniku Nr 2 do SIWZ, doprowadziły do nierównego traktowania wykonawców, a zatem naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, a w konsekwencji także naruszenia art. 7 ust. 3 PZP. Na poparcie powołał orzeczenia KIO.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania ponownego badania i oceny ofert;
2. dokonania odrzucenia ofert wykonawców IT.expert, Comtegra, Qumak;
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu

### **Sygn. akt: KIO 2504/13**

Odwołujący - Comtegra Sp. z o.o. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego wobec naruszenia przez zamawiającego:

1. art. 7 ust 3 ustawy pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranego z rażącym naruszeniem przepisów ustawy o zamówieniach publicznych;
2. art. 82 ust 3 ustawy pzp, poprzez uznanie, iż oferta IT.expert sp. z o. o. odpowiada treści SIWZ, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta była niezgodna z SIWZ;
3. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez nieodrzućenie oferty IT.expert sp. z o. o. jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ, co z kolei doprowadziło do naruszenia art. 7 ust 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
4. art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, prowadząc do niezgodnego z prawem wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty IT.expert sp. z o. o. która to oferta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, że zaoferowane w ofercie IT.expert oprogramowanie wirtualizacyjne VMware w wersji VMmvSphere EntPlus IP3yr E-LTU, jak wynika z załączonej do odwołania specyfikacji technicznej dostępnej na stronie internetowej producenta, nie dysponuje wbudowanym i kompletnym zbiorem funkcjonalności, których wymagał w siwz zamawiający. Oferowane oprogramowanie nie posiada nawet cech równoważności w pryzmacie wymagań, wymagane cechy są możliwe dopiero do uzyskania po spełnieniu dodatkowych, nie przewidzianych w ofercie warunków (dokupienia licencji i przeprowadzenia aktualizacji). Z ostrożności odwołujący podkreślił, iż również wykonawca sklasyfikowany na pozycji trzeciej - Qumak sp. z o. o. złożył ofertę zawierającą identyczne oprogramowanie co IT.expert sp. z o. o. W zaistniałym zatem stanie faktycznym Zamawiający winien odrzucić nie tylko ofertę IT.expert lecz również ofertę Qumak. Złożone przez wykonawcę IT.expert wyjaśnienie z dnia 20.09.2013 roku potwierdza, że zaoferowane przez niego oprogramowanie nie posiada, lecz będzie posiadać wymagany zbiór funkcjonalności. Wykonawca nie wykazał tego, czego żądał od niego zamawiający, lecz jedynie wskazał na możliwość podjęcia konkretnych działań. Wyjaśnił, że zaoferowane przez niego oprogramowanie nabędzie cechy wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności w momencie dokonania aktualizacji oprogramowania VMware Enterprise Plus do wersji oprogramowania VMware vCloud-Suite Standard. Wskazać jednak z całą stanowczością należy, iż aktualizacji takiej można dokonać dopiero po wcześniejszym zakupieniu licencji oprogramowania, co w sposób oczywisty powoduje konieczność poniesienia dodatkowych kosztów, które w żaden sposób nie zostały przez wykonawcę IT.expert wykazane w złożonej przez niego ofercie. Tym samym należy uznać, iż IT.expert nie tylko nie złożył oferty zgodnej z SIWZ lecz również nie skalkulował w swojej ofercie kosztów, których poniesienie jest niezbędne i wynosi 56 430, 00 EUR (*zgodnie z oświadczeniem dystrybutora oprogramowania, które odwołujący załączył*). Ponadto odwołujący podniósł, że zgodnie z informacjami dostępnymi w dokumentacji VMware, aby móc zaktualizować licencje VMware vSphere Enterprise Plus do wersji VMware vCloud Suite Standard Edition należy kupić produkt Upgrade: VMware vSphere 5 Enterprise Plus to vCloud Suite 5 Standard PN: CL5-VEPL-CSTD-UG-C.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty IT.expert sp. z o. o.,
2. powtórzenie czynności oceny ofert i odrzucenie oferty IT.expert sp. z o. o. na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp,
3. dokonanie wyboru oferty Comtegra sp. z o. jako oferty najkorzystniejszej;
4. zasądzenia od Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika według norm przepisanych.

Pismem z dnia 12 listopada 2013 roku zamawiający poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów zawartych w odwołaniu wniesionym przez Comtegra Sp. z o.o. Intertrading Systems Technology zgłosił do protokołu posiedzenia sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W dniu 15 października 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IT.expert Sp. z o.o.. Zamawiający, oceniając oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert (cena -60%, wartość techniczna infrastruktury informatycznej -40%) przyznał poszczególnym ofertom następującą punktację: IT. expert Sp. z o.o. - 98, 62 pkt, Comtegra - 97,63 pkt, Qumak - 97,46 pkt, Intertrading Systems Technology - 86,67 pkt oraz Zakład Systemów Komputerowych - 85,13 pkt.

**Sygn. akt: KIO 2503/13**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Na wstępie wskazać należy, że odwołujący Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia i podnoszący zarzuty dotyczące ofert bezpośrednio go poprzedzających w rankingu oceny ofert legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o który mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp a ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego, które odwołujący kwestionuje może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby, zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczące niezgodności treści ofert: IT. expert Sp. z o.o., Comtegra Sp. z o.o. oraz Qumak S.A. z treścią siwz nie zasługują na uznanie. Niespornym między stronami jest, że wykonawcy: IT. expert Sp. z o.o., Comtegra Sp. z o.o. oraz Qumak S.A. zaproponowali w swych ofertach przełączniki Cisco, które posiadają funkcjonalność monitorowania NetFlow, podczas gdy zamawiający w wymaganiach minimalnych (formularz specyfikacji technicznej, załącznik 2 do siwz, pkt 12 Switch LAN 10/100/1000 48 port -SL1 oraz pkt 13 Switch LAN10/100/1000 24 port-SL2) podał monitorowanie SFlow. Przeprowadzona rozprawa dowiodła, że zarówno funkcjonalność NetFlow jak i SFlow służą temu samemu celowi tj. monitorowaniu ruchu

sieciowego. Pomiędzy dwoma analizowanymi protokołami istnieją różnice w sposobie działania i każdy z nich ma swoje wady i zalety, które były wskazywane przez strony i uczestników postępowania. Nie można zatem jednoznacznie stwierdzić który z protokołów jest lepszy. Na wady i zalety każdego z rozwiązań wskazuje oświadczenie producenta Cisco z dnia 31.10.2013 roku złożone jako dowód w sprawie przez przystępującego Comtegra Sp. z o.o. Z całą pewnością zastosowanie protokołu NetFlow pozwala na osiągnięcie tego samego rezultatu (efektu) co SFlow tj. zapewnienia monitorowania ruchu sieciowego, co pozwala na przyjęcie, że funkcjonalność NetFlow oraz SFlow są równoważne. Wykazywane przez odwołującego różnice w licznikach pakietów, możliwości wykrycia niektórych typów ruchu sieciowego czy też sposobie przeprowadzania pomiarów dotyczą wyłącznie sposobu działania obu protokołów. Podkreślić należy, że rozwiązanie równoważne nie oznacza identyczne (takie samo) pod względem każdej cechy ze wskazanym przez zamawiającego. Pod pojęciem „równoważny” należy rozumieć rozwiązanie spełniającego te same funkcje, o parametrach nie gorszych niż podane przez zamawiającego. Tymczasem w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał w dziale III pkt 4, że dopuszcza stosowanie wyrobów równoważnych odpowiadających parametrom technicznym zawartym w treści Specyfikacji i załączników do specyfikacji, jednak nie sprecyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrów równoważności, którym ma odpowiadać zaoferowany wyrób równoważny. W pkt 6 działu III zamawiający zdefiniował, że równoważność oznacza możliwość uzyskania rezultatu założonego przez zamawiającego i sprecyzowanego w załącznikach do siwz za pomocą innych rozwiązań technicznych. W ocenie Izby, wobec braku sprecyzowania parametrów równoważności, którym ma odpowiadać rozwiązanie zaoferowane jako równoważne do wskazanego w ofercie, należy przyjąć, że zgodnie z przywołanym pkt 6 istotne dla zamawiającego było wyłącznie osiągnięcie rezultatu a nie porównywanie identyczności każdej z cech obu rozwiązań. Rezultat rozumiany jako monitorowanie ruchu sieciowego został uzyskany w zaoferowanych przez wykonawców protokołach NetFlow. Złożona jako dowód w sprawie przez odwołującego opinia z dnia 30 października 2013 roku Polskiego Towarzystwa Informatycznego potwierdza jedynie bezsporne między stronami okoliczności, że: urządzenia Cisco nie obsługują rozwiązań sFlow, w senesie technicznym protokół NetFlow nie jest identyczny z Sflow tzn. nie zawiera w sobie dokładnej implementacji SFlow oraz z wykorzystaniem protokołu NetFlow nie można przeprowadzić dokładnie tych samych zadań co z wykorzystaniem sFlow. Opinia ta, podobnie jak złożone oświadczenie z dnia 7.11.2013 roku producenta Dell Sp. z o.o. potwierdzają tezę, że oba protokoły to „dwa różne protokoły” nie są one tożsame, identyczne co do każdej cechy. Dowody te nie odnoszą się jednak do kwestii równoważności ich funkcjonalności rozumianej przez zamawiającego w tym postępowaniu jako możliwość uzyskania tego samego rezultatu. W samej treści opinii



Polskiego Towarzystwa Informatycznego na stronie 4 stwierdzono, że zasadnicza różnica pomiędzy sFlow a NetFlow polega na sposobie monitorowania sieci a „oba podejścia do problemu analizy i monitorowania ruchu sieciowego pozwalają na zgromadzenie informacji o ruchu sieciowym i w wielu zastosowaniach oferować będą zbliżoną funkcjonalność i efektywność”. Złożone przez odwołującego wydruki ze stron internetowych sFlow, potwierdzające że istnieją urządzenia Cisco, które posiadają protokoły monitorowania SFlow są bezprzedmiotowe dla istotny sporu i odpowiedzi na pytanie czy oba protokoły można uznać za równoważne.

Równoważność zaproponowanych rozwiązań sFlow i NetFlow została przez wykonawców wykazana w złożonych przez nich wyjaśnieniach dnia 30 września 2013 roku, gdzie podano adresy stron internetowych, na których znajdują się informacje dotyczące równoważności obu rozwiązań oraz podano, że technologia NetFlow oferuje szerszą funkcjonalność niż SFlow. Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że niedopuszczalnym jest wykazanie w udzielonych zamawiającemu wyjaśnieniach treści oferty równoważności zaoferowanych rozwiązań. Wyjaśnienia takie mają jedynie na celu doprecyzowanie treści oferty i wykazanie, że zaproponowane w ofercie rozwiązanie nie jest gorsze od oczekiwanego przez zamawiającego.

W kontekście powyższego, niezasadnym jest zarzut odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia ofert: IT. expert Sp. z o.o., Comtegra Sp. z o.o. oraz Qumak S.A. z uwagi na zastosowanie monitorowanie za pomocą protokołu NetFlow.

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności wskazać należy, że niezasadnym jest stanowisko wnoszącego sprzeciw IT. expert co do tego, że odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, bowiem jego oferta winna podlegać odrzuceniu z uwagi na niezgodności treści oferty z treścią siwz. Istnienie interesu we wniesieniu odwołania oceniane jest na moment wniesienia odwołania i wyłącznie w kontekście zarzutów podniesionych w tym odwołaniu. Niewątpliwie odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w kryteriach oceny ofert legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania i podnoszeniu zarzutów w stosunku do oferty bezpośrednio go poprzedzającej. Ponadto na skutek podnoszonych przez zamawiającego zaniechań może on ponieść szkodę, w postaci nie uzyskania zamówienia publicznego. Okoliczność, że oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu pozostaje zatem bez znaczenia dla oceny istnienia interesu i szkody, o jakich mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Kwestia zaniechania odrzucenia oferty odwołującego nie została podniesiona w żadnym z wniesionych odwołań i pozostaje poza kognicją Izby, która jest związana zarzutami zawartymi w odwołaniu.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty IT. expert Sp. z o.o. z uwagi na zaoferowanie oprogramowania VMware niespełniającego wymagań zamawiającego zasługuje na uznanie.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutu odwołania, podnieść należy, że odwołujący nie zaprzeczył okoliczności, iż oprogramowanie wirtualizacyjne VMware Sphere Enterprise Plus nie spełnia wymagań zamawiającego, bowiem nie dysponuje wbudowanym i kompletnym zbiorem funkcjonalności. Zarówno w złożonych wyjaśnieniach dnia 30 września 2013 roku jak i w toku rozprawy zgłaszający sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania It.expert wykazywał, że zaproponowana przez niego licencja VMware Sphere EntPlus IP3yr E-LTU obejmuje prawo do aktualizacji (upgrade'u) wersji Sphere do wersji VCloud Suite Standard, która obejmuje wymagane oprogramowanie VCloud Networking Security Suite. Złożone przez zgłaszającego sprzeciw jako dowód w sprawie oświadczenie z dnia 28 października 2013 roku wskazuje, że Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w złożonej It.expert ofercie zaoferował: 38 licencji VMw vSphere EntPlus, 1 licencję VMw vCntr Srv, 3 letnie wsparcie oraz prawo upgrade'u licencji do Cloud Networking & Security Suite Advanced z kluczami licencyjnymi. Oświadczenie to stanowi wyłącznie potwierdzenie zakresu oferty złożonej wykonawcy It.expert przez dystrybutora oprogramowania i nie odnosi się do zakresu oferty złożonej przez It.expert zamawiającemu. Tymczasem z treści oferty złożonej przez It.expert nie wynika, że zaoferowano pakiet

obejmujący prawo do upgrad'u licencji do vCloud. Izba nie neguje możliwości dokonania aktualizacji oprogramowania vSphere do vCloud oraz zaoferowania przez dystrybutora HP pakietu, obejmującego możliwość upgrad'u. Podkreślić jednak należy, że oprogramowanie, spełniające wymogi określone przez zamawiającego nie zostało zaoferowane w ofercie złożonej zamawiającemu, co przesądza o niezgodności treści oferty z treścią siwz. W treści złożonej oferty brak informacji o tym, że wykonawca zaoferował oprogramowanie VMware Sphere z możliwością upgrad'u do vCloud, zaś próbę wyjaśnienia tej kwestii w piśmie z dnia 30 września 2013 roku należy ocenić jako próbę niedopuszczalnej zmiany treści oferty polegającej na zmianie przedmiotu oferowanego świadczenia. Jak wynika z dyspozycji art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Powstałej niezgodności treści oferty z treścią siwz nie można ocenić jako omyłki o charakterze nieistotnym, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi przede wszystkim na brak znamion popełnienia „omyłki” rozumianej jako niezamierzone i niecelowe działanie wykonawcy.

Za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała złożone przez zgłaszającego sprzeciw wydruki ze stron internetowych wykazujące możliwość dokonania aktualizacji oprogramowania vSphere do Cloud oraz sposób dokonania aktualizacji. Bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sporu są także oferty i oświadczenia innych niż HP dystrybutorów oprogramowania złożone przez odwołującego i wskazujące na odrębność 3 produktów: v Sphere, v Cloud i Cloud Networking &Security Suite Advanced.

Wobec stwierdzenia, że wykazane naruszenie przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania Izba uznała za konieczne nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty It .expert jako niezgodnej z treścią siwz.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....