Sygn. akt: KIO 1719/16

WYROK
z dnia 26 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2016 r. przez **Odwołującego** – **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków,**

przy udziale:
A. wykonawcy Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
B. wykonawcy Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie,
zgłaszających przystąpienie w sprawie KIO 1719/16 do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1719/16

Uzasadnienie

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

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

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

W dniu 9 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił o rozstrzygnięciu postępowania informując o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty, oferty wykonawcy Zakład Systemów

Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Powyższa czynność została zaskarżona w dniu 19 sierpnia 2016 r., przez wykonawcę Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 12 września 2016 r., sygn. akt KIO 1561/16, uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień oraz nakazała powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty.

W toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1561/16, Zamawiający dokonał następujących czynności: w dniu 25 sierpnia 2016 r. zawiadomił o uchyleniu decyzji o rozstrzygnięciu postępowania; a w dniu 30 sierpnia 2016 r., przed rozpoznaniem wniesionego odwołania, dokonał ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty informując o wyborze oferty wykonawcy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 9 września 2016 r., Odwołujący – Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany zgodnie z obowiązującymi przepisami, podnosząc, iż w związku z dokonanymi czynnościami i zaniechaniami niepełnej oraz niewłaściwej oceny i porównania ofert oraz

i odrzucenia ofert dwóch niewystarczającego wykazania zarzutów

uzasadnienia

tj. S.A. wykonawców, Qumak

z siedzibą w Warszawie oraz Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, uznanych za odrzucone, zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Pzp poprzez niewłaściwą ocenę ofert, które są niezgodne z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), także w innych aspektach niż opisane w uzasadnieniu ponownego .rozstrzygnięcia,
2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na ponownym rozstrzygnięciu postępowania z dnia 30 sierpnia 2016 r.
2) dokonanie ponownej czynności oceny i porównania ofert, a w jej efekcie odrzucenie ofert Wykonawców Qumak S.A. oraz Innergo Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jako niezgodnych z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, z uwzględnieniem wszystkich podstaw i argumentów stanowiących podstawę do ich odrzucenia;
3) dokonania ponownego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że:

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, w trakcie ponownej oceny i porównania ofert naruszył obowiązujące przepisy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, jak i zaniechanie zastosowania w pełni określonej normy, do której był zobowiązany w świetle postanowień tego aktu prawnego.

W szczególności działania i zaniechania Zamawiającego naruszyły art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż doszło do odrzucenia ofert Wykonawców Qumak S.A.
i Innergo Systems Sp. z o.o., które są niezgodne z treścią SIWZ, w zakresie oferowanego

---

przedmiotu zamówienia, jednakże nie podnosząc wszystkich zarzutów wobec treści ofert tych wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że także w innych aspektach i zakresach niż ocenione i opisane przez Zamawiającego, oferty tych wykonawców nie odpowiadają treści SIWZ w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

Tym samym Zamawiający zaniechał zastosowania dyspozycji wynikającej z przywołanego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, który jednoznacznie zobowiązuje go do odrzucenia, ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji, z podaniem pełnego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanych czynności.

Powyższe działania i zaniechania doprowadziły do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i wynikających z tych przepisów podstawowych i fundamentalnych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, gdyż Zamawiający dokonując ponownej oceny i porównania ofert, a następnie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, nie respektował ustanowionych przez siebie w SIWZ reguł, jak i wymagań technicznych oraz funkcjonalnych dotyczących, przedmiotu zamówienia. Doprowadziło to w efekcie do nierównego traktowania Wykonawców, gdyż odrzucono oferty, które podlegają odrzuceniu również z innych przyczyn, których Zamawiający nie wykazał, bądź nie ocenił lub ocenił niewłaściwie.

W konsekwencji Zamawiający naruszył interes Odwołującego, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą w wyniku ponownej oceny ofert w tym postępowaniu, gdyż w przypadku uznania, za niezasadne dotychczasowych, zarzutów, zawartych w uzasadnieniu odrzucenia ofert- firm Qumak S.A z siedzibą w Warszawie Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jeżeli wykonawcy Ci złożą odwołanie, oferta Odwołującego może nie zostać uznana za najkorzystniejszą lub może dojść do unieważnienia postępowania.

Odwołujący podkreślił następnie, że faktycznie oferta Odwołującego, jaką złożył w tym postępowaniu jest najkorzystniejsza, a oferty dwóch pozostałych wykonawców są niezgodne z treścią SIWZ i winny zostać odrzucone również w oparciu o inne przesłanki, niż tyle te, które wskazał Zamawiający.

Niewłaściwa i niepełna ocena ofert, a w efekcie zaniechanie Zamawiającego, naraża interes Odwołującego na szwank i może doprowadzić do zmiany rozstrzygnięcia z dnia 30 sierpnia 2016 r., a w efekcie niemożności podnoszenia przez Odwołującego na późniejszym etapie kolejnych argumentów uzasadniających niezgodność treści ofert z treścią SIWZ złożonych przez Qumak S.A z siedzibą w Warszawie i Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ewentualnie unieważnienia postępowania, co nie leży w interesie Odwołującego.

Odwołujący przedstawił następnie dodatkowe cztery zarzuty wraz z dowodami, które wskazują, że treść oferty wykonawcy Qumak S.A. oraz Innergo Systems Sp. z o.o., nie odpowiadają treści SIWZ, a tym samym winny zostać bezwzględnie odrzucone również z tych przyczyn. Odwołujący wskazał przy tym, że zarzut 1 i 2 dotyczący dodatkowych niezgodności z treścią SIWZ jest wspólny dla firm Qumak S.A. i Innergo Systems Sp. z o.o., natomiast zarzuty 3 i 4 dotyczą dodatkowych niezgodności treści oferty Innergo Systems Sp. z o.o.,
a w konsekwencji stanowią one również kolejne przesłanki do odrzucenia tych ofert.

Odwołujący w ramach zarzutu 1 podał, że:

Zamawiający zdefiniował w punktach 16.6.4, 17.5.9, 18.5.9, 19.3.10, 20.3.9, 21.5.8 załącznika A do SIWZ następujące wymaganie: RADIUS and TACACS+ per-command Authentication.

Zgodnie z ofertą Innergo Systems Spl z o.o., załącznik nr 12 do oferty, potwierdzeniem spełnienia tego wymagania są informacje zawarte w dokumencie Security Configuration Guide. Z informacji zawartych w dokumencie Security Configuration Guide str. 7 wynika, że realizacja funkcjonalności RADIUS and TACACS+ per-command Authentication nie jest możliwa, ponieważ zgodnie z tabelą nr 3 zawartą na str. 7 tego dokumentu autoryzacja komend możliwa jest przy użyciu protokołów RADIUS oraz HWTACACS.

Zgodnie z uzupełnieniem oferty Qumak S.A. z dnia 18 lipca 2016 r. realizacja funkcjonalności RADIUS and TACACS+ per-command Authentication nie jest możliwa, ponieważ zgodnie z tabelą nr 3 zawartą na stronie 7 wskazanych dokumentów (HPE FlexFabric 12900E § 12900 Security Configuration Guide, HPE FlexNetwork 7500 Switch Series Security Configuration Guide, HPE FlexNetwork 5130 HI Switch Series Security Configuration Guide) autoryzacja komend możliwa jest przy użyciu protokołów RADIUS oraz HWTACACS. Należy z tego rozumieć, że zaoferowany protokół HWTACACS jest protokołem

równoważnym do wymaganego przez Zamawiającego protokołu TACACS+. Zgodnie z punktem 10 SIWZ oferent w przypadku składania ofert równoważnych jest obowiązany wykazać w treści przedkładanej przez siebie oferty, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania i parametry techniczne określone w SIWZ, bądź też przewiduje rozwiązania lepsze niż opisywane. Żaden z wykonawców – Innergo oraz Qumak – nie wykazali równoważności proponowanego rozwiązania HWTACACS z wymaganym TCACACS+. Oznacza to, że zaoferowane przez Innergo Systems przełączniki HPE 12900, 5510 HI oraz 5130 nie spełniają wymagań SIWZ. Oznacza to, że zaoferowane przez Qumak

przełączniki HPE 12900, 7500 oraz 5130 nie spełniają wymagań SIWZ. Odwołujący zawarł jednocześnie w odwołaniu wyciąg z dokumentu Security Configuration Guide.

Odwołujący w ramach zarzutu 2 podał, że:

Zamawiający zdefiniował w punktach 17.5.1.1., 18.5.1.1, 19.3.1.1, 20.3.1.1, 21.5.1.1 Załącznika A do SIWZ następujące wymaganie: IEEE 802.1x – RFC 3580.

Zgodnie z ofertą Innergo, załącznik 12 do oferty, potwierdzeniem spełnienia tego wymagania są informacje zawarte w dokumencie Security Configuration Guide.

Z informacji zawartych w dokumencie Security Configuration Guide str. 63, przełączniki HPE 5510 HI oraz 5130 HI wykorzystują standard EAP (Extensible Autentication Protol) do autentyfikacji użytkowników. Autentyfikacja ta odbywa się z wykorzystaniem pakietów EAPOL (EAP oraz LAN).

Jednocześnie na str. 64 Tabela 4 producent zamieszcza informację o typie obsługiwanych pakietów EAPOL w implementacji protokołu 802.1X realizowanej przez firmę HPE. Są to pakiety: EAP-Packet, EAPOL-Start, EAPOL-Logoff.

Należy stwierdzić, że protokół EAP definiuję większą liczbę pakietów EAPOL – EAP-Packet, EAPOL-Start, EAPOL-Logoff, EAPOL-Key, EAPOL-Encapsulated Alert, dlatego też implementacja standard 801.x zdefiniowanego przez RFC 3580 w wykonaniu firmy HP nie zapewnia wspierania ww. standardu, co oznacza, że nie jest zgodna z RFC 3580 wymaganym przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł następnie, że w wyjaśnieniach z dnia 15 lipca 2016 r., Innergo opisuje pakiety RADIUS, co do których Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń. Dodatkowo, należy zaznaczyć, że w dokumentach QuickSpec i DataSheet producent powołuje się na standard RFC 2865 Remote Authentication Dial In User Service (RADIUS). Oznacza to, że producent oraz oferent traktuje standard RFC wybiórczo – jeżeli je spełnia powołuje się na nie, jeżeli nie – twierdzi, że nie są to standardy. Brak pełnej obsługi RFC 3580 oznacza, że przełączniki HPE 5510 HI oraz 5130 HI zaoferowane przez Innergo nie spełniają wymagań zawartych w SIWZ.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z ofertą Qumak S.A. jako przełączniki Typ PM zostały zaoferowane przełączniki HPE 7500, jako przełączniki Typ P4 i P5 zostały zaoferowane przełączniki z serii HPE 5130 HI.

Zgodnie z dokumentacją do tych przełączników zawartą w dokumentach HPE Flex Networks 7500- Security Configuration Guide oraz HPE Flex Networks 5130 Switch Series Security Configuration Guide oferowane przełączniki wykorzystują standard EAP (Extensible

Autentication Protol) do autentyfikacji użytkowników. Autentyfikacja odbywa się z wykorzystaniem pakietów EAPOL (EAP oraz LAN).

Jednocześnie na str. 64 Tabela 4 producent zamieszcza informacje o typie obsługiwanych pakietów EAPOL w implementacji protokołu 802.1X realizowanej przez firmę HPE.

Są to pakiety:

EAP-Packet

EAPOL-Start

EAPOL-.Logoff

Należy stwierdzić, że protokół EAP definiuje większą liczbę pakietów EAPOL

EAP-Packet

EAPOL-Start
EAPOL-Logoff
EAPOL-Key
EAPOL-Encapsulated Alert

dlatego, też implementacja standard 801.X zdefiniowanego przez RFC 3580 w wykonaniu firmy HP nie zapewnia pełnego wspierania w/w standardu, co oznacza że nie jest zgodna z RFC 3580 wymaganym przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że brak pełnej obsługi RFC 3580 oznacza, że przełączniki HPE 7500 oraz HPE 5130 HI zaoferowane przez firmę Qumak S,A. nie spełniają wymagań zawartych w SIWZ. Odwołujący powołał w treści odwołania wyciąg z dokumentu Security Configuration Guide.

Odwołujący w ramach zarzutu 3 podał, że:

Zamawiający zdefiniował w punktach 17.1.7, 18.1.8 Załącznika A do SIWZ następujące wymaganie: Nieblokująca architektura o wydajności przełączania min. 336 Gb/s dla przełączników Typ P2 i P3. Jednocześnie w punkcie 8 Zamawiający doprecyzował określenie nieblokującej architektury.

Firma Innergo Systems sp. z o.o. zaoferowała jako przełączniki typ P2 i P3 urządzenia firmy HPE typ 5510 HI modele JH146A oraz JH148A.

Zgodnie z danymi zawartymi w karcie katalogowej znajdującej się w ofercie firmy Innergo Systems w/w przełączniki powinny zapewniać wydajność przełączania na poziomie 336 Gb/s. Zgodnie z dokumentami znajdującymi się na stronie producenta firmy HPE:

HPE 5510HI-CMW710-R1120 Release Notes - z dnia 18.04.2016
HPE 5510HI-CMW710-R1118 Release Notes - z dnia 27.01.2016
HPE- 5510HI-CMW710-R1118P02 Release Notes - z dnia 18.01.2016

HPE 5510H1-CMW710-R1111P01 Release Notes - z dnia 01.12.2015

zaoferowane przełączniki oferują wydajność przełączania na poziomie 176 Gb/s.

Odwołujący podkreślił, że informacja ta jest określana jako Software features, czyli Funkcje oprogramowania. Oznacza to, że oferowane przełączniki sprzętowo są przygotowane do obsługi wymaganej wydajności, ale ograniczenia oprogramowania uniemożliwiają osiągnięcie wymaganej wydajności.

Dokumenty typu Release Notes są erratą do istniejącej dokumentacji technicznej i dostarczają informacji o ograniczeniach, błędach, wprowadzonych zmianach. Dokumenty typu Release Notes publikowane są przy okazji udostępniania aktualizacji do oprogramowania.

Odwołujący wskazał na definicję Relates Notes wg. producenta przełączników firmy HPE. Następnie wskazano, że parametry te wzbudziły wątpliwości u Zamawiającego. Firma Innergo w swoich wyjaśnieniach z dnia 15.07.2,016 utrzymuje, że:

Dokument HPE „5510HI-CMW710-R1120 Release Notes" nie jest dokumentem opisującym istniejące problemy techniczne a dokumentem, który przedstawia zmiany, uprawnienia oraz znane błędy występujące w danej wersji oprogramowania.

Interpretacja statusu dokumentu Release Notes w wykonaniu firmy Innergo Systems znacząco odbiega od interpretacji producenta oferowanych przez nich przełączników,

W przedstawionych wyjaśnieniach firma Innergo Systems sp. z o.o. stara się zinterpretować nie spełnienie warunku dotyczące wydajności urządzenia podając definicję wg., której producent, nie uwzględnił dodatkowego modułów z portami 40 Gb w obliczeniach wydajności określonej w Relase Notes. Jednocześnie przedstawiając oświadczenie producenta o wystąpieniu błędu w dokumencie 5510HI-CMW710-R1120. Odwołujący podkreślił, że przedstawione oświadczenie nie wyjaśnia wątpliwości, czy jest to wydajność hardware czy software.

Dodatkowo zauważono, że „błąd" ten jest powielany we wszystkich wersjach dokumentu Relase Notes.

Odwołujący wskazał jednocześnie, że w swoich dokumentach Release Notes producent używa stwierdzenia „whole system", co oznacza że dotyczy to całego systemu czyli jest rozumiane jako, w pełni wyposażony przełącznik. W dokumentach producenta brak jest jakiegokolwiek stwierdzenia, że jest to przełącznik bez dodatkowych modułów. Rodzina przełączników HPE 5510 HI należy do serii przełączników nazywanych przez producenta Fixed Port Switches (Przełączniki o stałej liczbie portów), co oznacza, że ich wydajność jest stała i nie zależy od ilości obsadzonych portów.

Odwołujący podniósł, że w dniu 27.08.2016 r. firma HPE udostępniła najnowszą wersję dokumentu HPE 5510HI-CMW710-R1120P10 Release Notes, z której wynika, że producent zmienił parametry wydajności przełączania i wynoszą one obecnie 336 Gb/s.

Oznacza to, że w dniu składania ofert wydajność przełączania dla zaoferowanych przełączników Typ P2 i P3 wynosiła 176 Gb/s, co oznacza, że nie spełniały one warunków SIWZ.

Odwołujący w ramach zarzutu 4 podał, że:

Zamawiający zdefiniował w punktach 17.1.8, 18.1.9 Załącznika A do SIWZ następujące wymaganie: Szybkość przełączania min. 250 Milionów pakietów na sekundę.

Wymagana szybkość przełączania mim 250 Milionów pakietów na sekundę, dotyczy przełączników typ P2 i P3.

Firma Innergo Systems sp. z o.o. zaoferowała jako przełączniki typ P2 i P3 urządzenia firmy HPE typ 5510 HI modele JH146A oraz JH148A.

Zgodnie z danymi zawartymi w karcie katalogowej znajdującej się w ofercie firmy Innergo Systems sp. z o.o. w/w przełączniki powinny zapewniać szybkość przełączania na poziomie do 250 Milionów pakietów na sekundę (MPPS)

Zgodnie z dokumentami znajdującymi się na. stronie producenta finny HPE:

HPE 5510HI-CMW710-R1120 Release Notes - z dnia 18.04.2016

HPE 5510HI-CMW710-R1118 Release Notes-z dnia 27.01.2016

HPE 5510HI-CMW710-R1118P02 Release Notes - z dnia 18.01.2016

HPE 5510HI-CMW710-R1111P01 Release Notes z dnia 01.12.2015

zaoferowane przełączniki oferują szybkość przełączania na poziomie 130,95 Mpps. Czyli zgodnie z Data Sheet, który definiuję tą prędkość jako: do 250 Mpps, ale nie zgodnie z SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że informacja tą jest określana jako Software features, czyli Funkcje oprogramowania. Oznacza to, że oferowane przełączniki sprzętowo są przygotowane do obsługi wymaganej szybkości, ale ograniczenia oprogramowania uniemożliwiają osiągnięcie wymaganej szybkości.

Dokumenty typu Release Notes są erratą do istniejącej dokumentacji technicznej i dostarczają informacji o ograniczeniach, błędach, wprowadzonych zmianach. Dokumenty typu Release Notes publikowane są przy okazji udostępniania aktualizacji do oprogramowania.

Odwołujący wskazał na definicję dokumentu Release Notes wg. producenta firmy HPE, podnosząc następnie, że parametry te wzbudziły wątpliwości u Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że Innergo Systems sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach z dnia 15.07.2016 utrzymuje, że:

Dokument: HPE. „5510HI-CMW7l0-R1120 Release Notes" nie jest dokumentem opisującym istniejące problemy techniczne a dokumentem, który przedstawia zmiany, uprawnienia oraz znane błędy występujące w danej wersji oprogramowania.

Odwołujący argumentował, że interpretacja statusu dokumentu Ralease Notes w wykonaniu firmy Innergo Systems znacząco odbiega od interpretacji producenta oferowanych przez nich przełączników.

W przedstawionych wyjaśnieniach, firma Innergo Systems sp. z o.o., stara się zinterpretować nie spełnienie warunku dotyczące szybkości przełączania urządzenia, podając definicję wg. której producent nie uwzględnił dodatkowego modułów z portami 40 Gb w obliczeniach szybkości określonej w Relase Notes. Jednocześnie przedstawiając oświadczenie producenta o wystąpieniu błędu w dokumencie 5510HI-CMW710-R1120. Odwołujący podkreślił, że przedstawione oświadczenie nie wyjaśnia wątpliwości, czy jest to szybkość hardware, czy software. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że „błąd" ten jest powielany we wszystkich wersjach dokumentu Relase Notes.

Odwołujący wskazał, że w dniu 27.08.2016 firma HPE udostępniał najnowszą wersję dokumentu HPE 5510HI-CMW710-R1120P10 Release Notes, z której wynika, że producent zmienił parametry szybkości przełączania i wynoszą one obecnie 336 Gb/s. Oznacza to, że

w dniu składania, ofert, szybkość przełączania dla zaoferowanych przełączników Typ P2 i P3 wynosiła 130.95 Mpps co oznacza, że nie spełniały one warunków SIWZ.

Odwołujący powołał w treści odwołania wyciągi z ww. dokumentów.

Końcowo Odwołujący wskazał, że powyższe uzasadnienie, jak i załączone dowody potwierdzają zasadność wniesienia odwołania, jak i konieczność jego uwzględnienia w całości, gdyż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych. Odwołujący stwierdził w konsekwencji, że decyzja Zamawiającego
z dnia 30 sierpnia 2016 r., w której przedstawiono ponownie ocenę ofert i uzasadnienia odrzucenia ofert dwóch z wykonawców, nie może zostać uznana za prawidłową i w wyniku wniesienia niniejszego odwołania powinna zostać uchylona, gdyż nie uwzględnia wszystkich argumentów stanowiących podstawę do odrzucenia ofert Wykonawców Qumak Spółka Akcyjna oraz Innergo Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Qumak S.A. z siedzibą

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

Pismem z dnia 23 września 2016 r. Zamawiający poinformował o uwzględnieniu odwołania wniesionego przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., jak również odwołania Innergo Systems Sp. z o.o. (sprawa zarejestrowana pod sygn. akt KIO 1693/16).

W uzasadnieniu stanowiska Zamawiający wskazał, że decyzja o uwzględnieniu obu odwołań pozostaje w związku z wyrokiem KIO z dnia 12 września 2016 r., sygn. akt KIO 1561/16 i koniecznością jego wykonania przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał jednocześnie, że podejmie stosowne czynności w celu dokonania oceny ofert i rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z ustawą Pzp.

Pismem z dnia 23 września 2016 r. Przystępujący Innergo Systems Sp. z o.o. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu wniosku wskazano m.in., że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w ustawie ze względu na to, iż okoliczności będące przedmiotem odwołania ZSK powinny były zostać podniesione wcześniej, tj. w terminie 10 dni od dokonania pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 sierpnia 2016 r. Z ostrożności Przystępujący wskazał, że
w przypadku uznania, iż podniesione zarzuty nie są spóźnione, to należy uznać, że Odwołujący ZSK nie posiada obecnie interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący, prawidłowo zawiadomiony, nie stawił się na wyznaczone posiedzenie.

Na posiedzenie nie stawił się również Przystępujący Qumak S.A., prawidłowo zawiadomiony.

Przystępujący Innergo na posiedzeniu wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu wskazał, że uwzględnienie zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 1719/16 oznacza to, że Zamawiający zamierza unieważnić czynność z 30.08.2016 r., o rozstrzygnięciu postępowania i dokonać ponownej analizy ofert bez przesądzania na chwilę obecną o wyniku tej oceny, a więc również o niezgodności z treścią SIWZ oferty Qumak

i Innergo, gdyż to będzie bowiem możliwe po przeprowadzonych czynnościach i ponownych weryfikacjach (vide: protokół z posiedzenia).

Na rozprawie Przystępujący Innergo złożył pismo procesowe, w którym przedstawił merytoryczną argumentację względem zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba miała na uwadze fakt, że oferta wykonawcy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, tak więc wykonawca ten nie miał interesu w kwestionowaniu czynności Zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2016 r., jak również nie miał obowiązku podnoszenia na ówczesnym etapie postępowania zarzutów wobec ofert innych wykonawców (odrzuconych przez Zamawiającego). W ocenie składu orzekającego nie zasługuje na aprobatę wymaganie od wybranego wykonawcy – tak, by nie narażał się na zarzut uchybienia terminu do wniesienia odwołania – skarżenia pozytywnej dla niego czynność zamawiającego (wybór oferty tego wykonawcy) poprzez wykazywanie kolejnych, ewentualnych, wad referujących do oceny oferty innych wykonawców (w tym przypadku wykazywanie, że oferty te powinny zostać odrzucone także z innych względów niż te podane w uzasadnieniu rozstrzygnięcia postępowania). W tym stanie rzeczy, w ocenie składu orzekającego, nie można było uznać stanowiska Przystępującego, iż zarzuty objęte niniejszym odwołaniem, winny były zostać podniesione na etapie skarżenia pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Po przeprowadzeniu rozprawy, biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że **odwołanie podlega oddaleniu.**

O kierunku wydanego rozstrzygnięcia przesądziło uznanie przez Izbę braku spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Z normy prawnej zawartej w tym przepisie wynika, że dla uznania legitymacji materialnej odwołującego do skorzystania z środków ochrony prawnej muszą zaistnieć kumulatywnie dwie przesłanki. Odwołujący w niniejszej sprawie ma niewątpliwie interes w uzyskaniu zamówienia, ubiega się bowiem o nie składając swoją ofertę. Nie wypełniła się jednak przesłanka druga w postaci poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący jest wykonawcą, którego ofertę Zamawiający ponownie wybrał w ramach drugiego rozstrzygnięcia postępowania. Patrząc na sprawę z tej perspektywy nie można w konsekwencji wywodzić, by wybrany wykonawca mógł ponieść szkodę. Należy podkreślić, że między działaniami lub zaniechaniami zamawiającego, a uszczerbkiem odwołującego musi istnieć normalny związek przyczynowo-skutkowy.

Brak wykazania legitymacji materialnej z art. 179 ust. 1 Pzp stanowi samodzielną przesłankę oddalenia odwołania i prowadzi do braku potrzeby merytorycznej oceny zarzutów, której skład orzekający w niniejszej sprawie w konsekwencji nie dokonywał. Jak wskazano
w wyroku KIO z dnia 3 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1231/14, *„stwierdzenie, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia* środka *ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu”.*

Skład orzekający wskazuje jednocześnie, że nawet jeżeliby spojrzeć na sprawę z innej perspektywy – a więc, że wybór z 30 sierpnia 2016 r., nie może być uznawany za wiążący
i nadal istniejący, gdyż sprzeciwiałoby się to przede wszystkim wyrokowi Izby wydanemu w sprawie o sygn. akt KIO 1561/16, gdzie Izba nakazała Zamawiającemu ponowną ocenę ofert i ponowny wybór (a więc oczywistym jest, że obok tych nakazanych czynności, jeszcze nie wykonanych przez Zamawiającego, nie powinno istnieć rozstrzygnięcie przetargu) – to sprawa i tak wygląda w ten sposób, że Zamawiający jest nadal na etapie badania ofert.

Nie można tym samym twierdzić i uznawać, że doszło już do naruszenia przepisów ustawy Pzp skutkujących lub mogących skutkować uszczerbkiem po stronie Odwołującego, skoro Zamawiający jeszcze nie zakończył badania i oceny ofert i nie dokonał wyboru oferty,

m.in. po wykonaniu czynności nakazanych wyrokiem Izby.

Jeśli nie można obecnie przypisywać Zamawiającemu naruszenia przepisów, gdyż jest nadal na etapie badania ofert i przed ponownym wyborem oferty, to nie można też uznawać, by na tym etapie była możliwość poniesienia szkody, której wykazanie jest wymagane przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba podkreśla jednocześnie, że oddalenie odwołania nie oznacza, że Zamawiający nie może badać oferty Przystępujących w zakresie objętym przedmiotem odwołania. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, sam wskazywał na potrzebę ponownej i gruntownej oceny wszystkich ofert i w tych czynnościach Izba nie ogranicza Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw wykonawcy Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……