Sygn. akt: KIO 3279/20

.....

WYROK
z dnia 28 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2020 r. przez Odwołującego – **Innergo Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Sąd Apelacyjny w Białymstoku**, ul. Mickiewicza 5, 15-213 Białystok

przy udziale

Wykonawcy – **MAXTO ITS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1Oddala odwołanie.

2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Innergo Systems Sp. z o.o. i 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt:KIO 3279/20

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Sąd Apelacyjny w Białymstoku na świadczenie w ramach zamówienia: *Dostawa przełączników sieciowych do sądów apelacji białostockiej* (nr referencyjny: G-241-25/20_ ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.10.2020r., 2020/S 192-461388, wobec czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej na część 2 zamówienia (Maxto ITS Sp. z o.o. sp.k.), wykonawca Innergo Systems Sp. z o.o. wniósł w dniu 10 grudnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3279/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Maxto ITS Sp. z o.o. sp.k. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Maxto, mimo iż jest ona niezgodna z treścią siwz, gdyż wykonawca nie wykazał w sposób prawidłowy równoważności;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Syntis Sp. z o.o. pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Syntis nie jest rażąco niska

ewentualnie w przypadku oddalenia tego zarzuty

4. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Syntis do uzupełnienia dokumentów pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (warunek z pkt V.3 li. c siwz), uwzględnienie do wyjaśnienia wartości każdej z dostaw wymienionych w wykazie w odniesieniu do wartości dostaw w zakresie przełączników.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Maxto oraz Syntis, ewentualnie wezwanie Syntis do uzupełnienia (uwzględnienie wyjaśnienia) dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający zamieści informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 30.11.2020r. na stronie internetowej.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W odniesieniu do oferty wybranej (Maxto ITS) Odwołujący wskazał na brak spełniania wymagań wobec przedmiotu zamówienia – przełącznika sieciowego, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Zaoferowany przełącznik Alcatel – Lucent OS6560-48X4-EU, jako równoważny nie spełnia parametru dotyczącego:

- wymaganie nr 6 („Obsługa funkcjonalności, co najmniej): „Funkcjonalność Layer 2 traceroute umożliwiająca śledzenie fizyczne trasy pakietu o zadanym źródłowym i docelowym adresie MAC", „Przełącznik musi posiadać makra lub wzorce konfiguracji portów zawierające prekonfigurowane ustawienie rekomendowane przez producenta sprzętu zależnie od typu urządzenia dołączonego do portu (np. telefon IP)", „Przełącznik musi umożliwiać lokalną i zdalną obserwację ruchu

na określony porcie, polegającą na kopiowaniu pojawiających się na nim ramek i przesyłaniu ich do zdalnego urządzenia monitorującego – mechanizmy SPAN, RSPAN"

- funkcjonalność nr 7 („Bezpieczeństwo): „Obsługa funkcji Guest VLAN umożliwiająca uzyskanie gościnnego dostępu do sieci użytkowników bez suplikanta 802.1X", „Obsługa funkcji Port Security, DHCP Snooping, Dynamie ARP Inspection, IP Source Guard", „Obsługa funkcjonalności Voice VLAN umożliwiającej odseparowanie ruchu danych i ruchu głosowego"

Zaoferowanie rozwiązań podobnych/zbliżonych do opisanych nie może być uznane za zgodne z siwz. Zaoferowanie rozwiązań równoważnych wynika wprost z treści złożonych oświadczeń. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przyznał, iż oferuje rozwiązania tylko podobne do wymaganych.

Opisany przez Maxto sposób spełnienia wymagania nr 6 (Funkcjonalność Layer 2 traceroute umożliwiająca śledzenie fizyczne trasy pakietu o zadanym źródłowym i docelowym adresie MAC), nie spełnia oczekiwania, aby funkcjonalność pozwalała operatorowi urządzenia na wprowadzenie adresu źródłowego oraz adresu docelowego MAC i uzyskanie trasy pakietu w formie kolejnych urządzeń znajdujących się na ścieżce pomiędzy urządzeniem źródłowym a docelowym. W rozwiązaniach Alcatel występuje funkcja MAC ping, która nie umożliwia podania adresu MAC źródłowego, a wyłącznie docelowego, co oznacza, że Zamawiający nie ma możliwości śledzenia fizycznej trasy pakietu. Administrator ma możliwość jedynie zweryfikowania adresu docelowego, nie będzie widział skąd (z jakiego adresu źródłowego) pakiet został wysłany (wskazuje na to opis przykładowej konfiguracji MAC ping, która obejmuje „mac-ping dst" – destination (adres docelowy). Brak jest jakichkolwiek informacji o tym, że jest możliwe śledzenie całej trasy pakietu od adresu źródłowego. Również oświadczenie producenta potwierdza zarzut, gdyż producent potwierdził, że MAC ping jest to funkcjonalność pozwalająca na sprawdzenie Layer 2 connectivity, a więc jedynie osiągalność/dostępność punktu w sieci opisanego zadanym adresem MAC. Osiągalność może być opisana dwustanowo (cel jest osiągalny lub nie), lecz w żaden sposób nie informuje o trasie pakietu. Operator nie ma możliwości podania adresu źródłowego o zadawanej trasie pakietu.

Wykonawca zobowiązany był wykazać równoważność w ofercie, a nie dopiero w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Ponieważ dokumenty za pośrednictwem, których wykonawca oferuje rozwiązanie równoważne wykazuje, że oferta odpowiada wymaganiom zawartym w siwz, posiadają status dokumentów stanowiących treść oferty i nie podlegają złożeniu/uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 1, 2 lub ust. 3 Pzp, Zamawiający zobligowany był uznać, że oferta Maxto podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Oferta Maxto nie spełnia również wymagania nr 2 z załącznika nr 7 do siwz – dotyczący portów uplink 10 Gigabit Ethernet SFP+ -*muszą umożliwiać ich obsadzenie wkładami – minimum 1000Base-LH/LH, 10GBASF-LR, 10GBASE-SR ora* *modułów CWDM* CWDM to technologia zwielokrotnienia w dziedzinie długości fali, wykorzystywaną w technice transmisji światłowodowej. Producent dwóch typów modułów, które można rozważać do zastosowania (1 Gbps oraz 10 Gbps) wskazał, iż model przełącznika OS6560nie wspiera modułów CWDM o prędkości 1 Gbps i PN SFP-GIG-CWD (prędkość 10 Gbps). W odniesieniu do tych drugich, pojedynczy typ modułu optycznego występuje wyłącznie w wersji o centralnej długości fali nadawczej 1551 nm. Dla modułów o prędkości 1 Gbps producent udostępnia 8 różnych wersji modułu, co pozwala zastosować technikę CWDM, która pozwala na zwielokrotnienie transmisji optycznej w światłowodzie jednomodowym poprzez zastosowanie nadajników o różnych długościach fal centralnych. Moduły te nie są jednak wspierane na zaoferowanej przez Maxto platformie OS560. Z kolej moduł o prędkości 10 Gbps daje możliwość zastosowania jedynie jednej długości fali (1551 nm). Rozwiązanie ponadto w zakresie wspierania „modułów CWDM" nie spełnia wymagania wspierania więcej niż jednego typu modułu CWDM (w załączniku nr 7 użyta liczba mnoga).

W odniesieniu do oferty Syntis Odwołujący wskazał na nieprawidłową ocenę wyjaśnień, jakie wykonawca ten złożył w odniesieniu do ceny. Prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczność wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne. W ocenie Odwołującego cena zaoferowana nie ma charakteru realnego, nie jest ceną rynkową i nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia są ogólnikowe, nie wynika z nich poziom upustów, brak jest wyliczenia innych kosztów niż zakupu przełączników, tj. transportu, wyładunku, wniesienia urządzeń. Ponieważ wykonawca nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, ocena Zamawiającego była nieprawidłowa.

Zarzut ewentualny wobec oferty Syntis dotyczy zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu – pkt V.3 lit c siwz (doświadczenia). Trzy ujęte w wykazie dostawy nie są związane z przedmiotem zamówienia, który dotyczy przełączników sieciowych. Dla oceny należało wyłączyć inne elementy dostaw, które nie są związane i obejmują np. dostawę serwerów, macierzy, dysków, firewalli, zasilaczy, etc. Wówczas żadna z dostaw przełączników nie osiągnęłaby kwoty 500 000 zł.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 23.12.2020r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał na wyjaśnienia wykonawcy Maxto z 24.11.2020r. dotyczące sposobu prezentacji wyniku śledzenia trasy w systemie zarządzania, co nie narusza zapisów siwz, gdyż Zamawiający nie wskazał w wymogach w jakie formie i gdzie dane mają być przetwarzane – sposób realizacji nie był przedmiotem wymogów. Oferta jako zgodna z siwz nie podlegała ocenie pod kątem równoważności. Odnośnie wyjaśnień Syntis w zakresie wysokości ceny Zamawiający wskazał na przeszacowanie wartości szacunkowej, która opierała się na cenach jednostkowych i nie uwzględnia efektu skali zamówienia. Wyjaśnienia wskazujące na posiadanie autoryzacji i statusu partnerskiego dystrybutora, w ocenie Zamawiającego ma wpływ na wysokość kosztów serwisu gwarancyjnego oraz cen jednostkowych i uzyskanych upustów, co w jego ocenie było wystarczające dla wykazania rzetelności kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający odniósł się również do oceny spełnienia warunku doświadczenia przez Syntis, który to wykonawca przedłożył dokumenty oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie co najmniej jednej dostawy lub usługi związanej z przedmiotem zamówienia o wartości 500 000 zł. Zrealizował on trzy dostawy sprzętu informatycznego obejmujące m.in. dostawę przełączników sieciowych.

W dniu 14.12.2020 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Maxto ITS Sp. z o.o. sp. k. (dalej jako Maxto).

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U

poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu ma interes w złożeniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Podnoszona w odpowiedzi na odwołanie okoliczność braku środków finansowych na pokrycie kosztów zakupu w przypadku wyboru oferty Odwołującego, nie pozbawia wykonawcy prawa do kwestionowania czynności Zamawiającego, które na obecnym etapie postępowania prowadzą do wskazania oferty najkorzystniejszej. Oceniając istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia Izba bierze pod uwagę stan postępowania i ocenia jego wpływ na sytuację wykonawcy w postępowaniu. Izba nie jest związana okolicznością hipotetyczną dotyczącą ewentualnej decyzji o braku możliwości zwiększenia środków finansowych, która nie została w żaden sposób przez Zamawiającego wykazana. W tym stanie rzeczy sytuacja faktyczna w postępowaniu wymaga podjęcia kroków prawnych w celu uchylenia skutków niekorzystnej dla tego wykonawcy decyzji uniemożliwiającej udzielenie mu zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w zakresie związanym z podstawą faktyczną zarzutów, tj. oceną ofert Maxto oraz Syntis, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający prowadzi postępowanie w imieniu własnym i na rzecz sądów powszechnych z terenu apelacji białostockiej (jednostki sądownictwa), do których dostarczane będą przełączniki sieciowe. Przedmiot zamówienia podzielony został na dwie części: część 1 dotyczy przełączników typu 2 (zarządzalny desktop L2), a część 2 przełączników typu 4 (zarządzalny rack L2).

Zamawiający stosuje procedurę odwróconą z art. 24aa Ustawy, tj. w pierwszej kolejności dokonana miała być ocena ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oraz kryteriów opisanych w siwz, a następnie ocena podmiotowa prowadzona miała być wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, tj. ocena oświadczeń wstępnych wraz z dokumentami składanymi na żądanie w trybie art. 26 ust. 1 lub ust. 2 Ustawy.

W pkt V.3 lit. c) Zamawiający opisał warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej: *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną dostawę lub usługę związaną z przedmiotem zamówienia o wartości:* ***na 1 część zamówienia nie mniejszej niż 100 000,00 zł; na 2 część zamówienia nie mniejszej niż 500 000,00 zł.***

Przed udzieleniem zamówienia, Zamawiający wezwał wykonawcę, którego ofertę ocenił najwyżej (Maxto) do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt VI.4 siwz.

W postępowaniu na część 2 zamówienia złożonych zostało 5 ofert, z których trzy zamawiający poddał ocenie w kryteriach oceny ofert (dwie oferty odrzucił). Najwyżej w obu kryteriach (cena, okres gwarancji) oceniona została oferta Maxto i tą ofertę Zamawiający w dniu 30.11.2020r. wybrał jako najkorzystniejszą.

W dniu 9.11.2020r. Zamawiający wezwał Maxto do złożenia dokumentów , w tym m.in. formularza porównawczego na załączniku nr 7, w którym wykonawca wskazywał parametry oferowanego sprzętu. W część 2 wykonawca zaoferował przełącznik sieciowy Typ 4 zarządzalny rack L2 (T-05-13-04-008) i opisał jego parametry, w tym:

- porty: *2 dodatkowe porty uplink 10 Gigabit Ethernet SFP+ Porty SFP+ muszą umożliwiają ich obsadzenie wkładkami – 1000Base-LX/LH, 10GBASE-LR, 10GBASE-SR oraz modułami CWDM.* W pozycji nr 6 – „Obsługa funkcjonalności, co najmniej”, wykonawca potwierdził w odniesieniu do wymaganej funkcjonalności Layer 2 traceroute (umożliwiająca śledzenie fizycznej trasy pakietu o zadanym źródłowym i docelowym adresie MAC):

Funkcjonalność MAC ping polegająca na możliwości podania zdefiniowania MAC źródłowego oraz docelowego i w efekcie wskazania fizycznej trasy pakietu (porty) na danym przełączniku (port wchodzący/port wychodzący) poprzez wyświetlenie MAC Tablicy i przypisanych do niej portów.

Maxto przedłożył dokument od producenta Alcatel *Wykazanie równoważności,* w którym wyjaśniono sposób realizacji funkcjonalności Layer 2 traceroute: *W Alcatel jest to realizowane za pomocą funkcji MAC ping polegającej na możliwości podania MAC źródłowego oraz docelowego i w efekcie wskazania fizycznej trasy pakietu (port wchodzący/port wychodzący) poprzez wyświetlenie MAC Tablicy i przypisanych do niej portów:*

Poniżej konfiguracja MAC ping do testowania łączności w warstwie 2: mac-ping dst-mac mac_address vlan vlan_id [priority vlan_priority] [drop-eligible {true / false}] [count count] [interval delay] [size size] [isid-check isid]. Następnie podane zostały przykłady konfiguracji.

W piśmie z 30.11.2020 wykonawca w odniesieniu do funkcjonalności Layer 2 traceroute wskazał na równoważną funkcjonalność wdrożoną w produktach Alcatel – MAC ping i odnosił się do oczekiwania sformułowanego w wezwaniu, które miało wskazywać na konieczność śledzenia fizycznej trasy pakietu w całej sieci LAN. Kwestionując jako nadmierny wobec treści siwz wymóg śledzenia trasy w całej sieci wykonawca potwierdził, iż funkcjonalność MAC ping dostarcza wymagane dane aby śledzić trasę pakietu (…) *prezentacja trasy może się odbywać poprzez skrypt w python albo przez zastosowanie systemu zarządzania. Podsumowując oferowane urządzenie OS 6560 dzięki funkcjonalności MAC Ping umożliwia śledzenie fizycznej trasy pakietu o zadanym źródłowym i docelowym adresie MAC w całej sieci LAN i udostępnia takie dane, natomiast prezentacja wyniku odbywa się w systemie do zarządzenia. Nadmienić należy, że zamawiający nie określa w jakiej formie i gdzie dane mają być przetwarzane.*

Wykonawca Syntis w piśmie z dnia 9.11.2020r. złożył wyjaśnienia w zakresie ceny oferty na część 1 i 2 zamówienia. Odniósł się w nich do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego, odpowiednio 128 000,00 zł (część 1) oraz 540 000,00 zł (część 2), które uwzględniały maksymalne ceny dla użytkownika końcowego. Wykonawca wskazał, iż:

Posiadana wiedza i doświadczenie pozwoliły nam na dobranie właściwych, optymalnych urządzeń, spełniających wymogi Zamawiającego. Dodatkowo, autoryzacja oraz status partnerski pozwala nam na uzyskiwanie do przetargów cen specjalnych, znacznie niższych niż ogólnodostępne. Dzięki temu, otrzymaliśmy bardzo korzystne warunki cenowe do niniejszego postępowania. Skutkiem tego, zaproponowana cena jest atrakcyjna i jednocześnie zawiera wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia, co potwierdza autoryzowany dystrybutor w dołączonym piśmie. Wskazujemy również, iż w części 2 nasza oferta nie jest ofertą najtańszą. Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że nie zachodzą przesłanki do uznania, że zaoferowana została rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, nie ma podstaw do powzięcia wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez Wykonawcę.

Do tych wyjaśnień wykonawca załączył oświadczenie dystrybutora ALSO Polska Sp. z o.o. z dnia 06.11.2020r., w którym wskazuje *Jako autoryzowany dystrybutor Cisco na Polskę oświadczamy, iż firma Syntis Sp. z o.o., posiadająca status partnerski Cisco, otrzymała specjalne upusty do tego postępowania, pozwalające na zaoferowanie przełączników Cisco na poziomie cenowym jak w złożonej ofercie, zapewniające wykonanie zamówienia i osiągnięcie zysku przez Wykonawcę.*

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na wstępie należy zauważyć, iż zarzuty wobec drugiej w rankingu oferty Syntis, w przypadku braku potwierdzenia się zarzutów podniesionych wobec oceny oferty wybranej (Maxto), nie mogły prowadzić do uwzględnienia odwołania w sytuacji, gdyby okazały się zasadne. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ ocena oferty Syntis w kryterium oceny ofert nie zmieniała rankingu ofert i niezależnie od tej oferty najwyżej ocenioną pozostawała oferta Maxto, na wynik postępowania wpływ miała wyłącznie zakończona ocena oferty Maxto. Dopiero uchylenie czynności dotyczących oferty wybranej mogło otwierać drogę do ustalenia nowego wyniku postępowania, po przeprowadzeniu pełnej oceny oferty ponownie najwyżej ocenionej w procedurze odwróconej. Należy przy tym zauważyć, iż ocena oferty Syntis przy obecnym wyniku postępowania nie obejmowała oceny podmiotowej, którą Zamawiający prowadził wyłącznie wobec oferty najwyżej ocenionej w procedurze odwróconej. Tym samym poza oceną Zamawiającego pozostawały okoliczności związane z doświadczeniem Syntis i jego odniesienia do warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się zatem w pierwszej kolejności do czynności oceny oferty Maxto i wskazanych w odwołaniu podstaw do jej odrzucenia Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Maxto pomimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Maxto, mimo iż jest ona niezgodna z treścią siwz, gdyż wykonawca nie wykazał w sposób prawidłowy równoważności.

Odnosząc się zatem do kwestii dotyczących funkcjonalności, których brak stanowić miał podstawę dla odrzucenia oferty Maxto Izba uznała w pierwszej kolejności, iż opis spornych funkcjonalności zawarty w siwz nie prowadził do przyjęcia, iż wykonawcy mogli oferować rozwiązania równoważne. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w tym zakresie przez opis oczekiwanych funkcjonalności, które nie identyfikowały wprost konkretnego rozwiązania, w szczególności produktów Cisco. Ocena oferty wymagała zatem potwierdzenia posiadania deklarowanych w załączniku nr 7 do siwz funkcjonalności. Tym samym nie mógł być skuteczny zarzut braku wykazania równoważności, w tym oparty na stwierdzeniu, iż taką równoważność wykonawca powinien był wykazać w ofercie, a nie dopiero na etapie składania dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Zgodnie z siwz Zamawiający ocenił ofertę Maxto w oparciu o dokumenty składane na jego wezwanie i te dokumenty wraz z wyjaśnieniami stanowiły podstawę dla analizy zarzutu niezgodności oferty z siwz.

Odnosząc się natomiast do spornych funkcjonalności Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał aby rzekoma niezgodność z wymaganiami Zamawiającego rzeczywiście zachodziła. Funkcjonalność Layer 2 traceroute Zamawiający opisał w załączniku nr 7 do siwz, jako: „umożliwiająca śledzenie fizyczne trasy pakietu o zadanym źródłowym i docelowym adresie MAC". W toku badania oferty Maxto Zamawiający uzyskał wyjaśnienia, w których wykonawca opisał sposób, w jaki funkcjonalność ta zostaje osiągnięta w rozwiązaniu Alcatel wykorzystującym funkcjonalność Mac Ping. W sprawie znaczenie ma w szczególności fragment wyjaśnień, w których wykonawca wskazał na możliwości, jakie daje skrypt w python. Wprawdzie w końcowych wnioskach wyjaśnienia odnoszą się wprost do systemu zarządzania, to nie pozbawiając one znaczenia, jakie dla oceny oferty ma skrypt w python. Na rozprawie Przystępujący okazał dowód zrzutu ze skryptu phyton prezentujący dane możliwe do pozyskania, identyfikujące ścieżkę jaką plik przeszedł od MAC źródłowego do MAC docelowego. Izba uznała, iż potwierdza to działanie funkcjonalności*traceroute* w wymaganym zakresie, a co ważne okoliczność dotycząca możliwości, na jakie pozwala skrypt, nie stanowiły podstawy zarzutu.

Ponieważ Odwołujący w odwołaniu odnosił się wyłącznie do systemu zarządzania (z pominięciem drugiej możliwości jaką daje skrypt), Izba uznała za wystarczające dla uznania, iż oferta uwzględnia funkcjonalność oczekiwaną przez Zamawiającego, niezakwestionowane w odwołaniu oświadczenie wykonawcy dotyczące prezentacji trasy poprzez skrypt. Na marginesie należy również zaznaczyć, że w podobny sposób w rozwiązaniu oferowanym przez Odwołującego realizowana jest funkcjonalność traceroute. Wymaga to bowiem uruchomienia na urządzeniach w sieci autorskiego protokołu Cisco CDP (Cisco Discovery Protokol). Izba pominęła kwestie formalne poruszone dopiero na rozprawie, a dotyczące dostępności w oficjalnych dokumentach opisu działania funkcjonalności opartej na MAC Ping z wykorzystaniem protokołu w python.

Odnośnie drugiej spornej funkcjonalności – możliwości obsługi modułu CWDM, Izba uznała, iż użycie liczby mnogiej w opisie funkcjonalności – tj. „modułów" nie wprowadza szczegółowych wytycznych, w tym w szczególności nie ogranicza rozwiązań wyłącznie do tych, w których występuje możliwość pracy przy różnych długościach fali. Zamawiający w załączniku nr 7 do siwz w opisie portów wymagał możliwości ich obsadzenia wskazanymi wkładkami, które nie stanowią przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzut braku zgodności z siwz wywodził zasadniczo ze znaczenia, jakie dla opisu warunku miało mieć użycie liczby mnogiej „modułów" i właściwości technologii CWDM. Odnosząc się do wykładni językowej należy zauważyć, iż w siwz Zamawiający w żaden sposób nie narzucił typów modułów, które są identyfikowane, m.in. przez różną długość fali świetlnej na jakiej następuje nawiązanie komunikacji pomiędzy urządzeniami. Jednocześnie z opinii przedstawionej na rozprawie przez Odwołującego wynika, iż cechą sieci CWDM jest również tworzenie kanału transmisyjnego pomiędzy prą urządzeń przesyłających między sobą dane na fali świetlnej o tej samej długości: ***W istocie oznacza to, że urządzenia podłączone do sieci CWDM muszą komunikować się na falach świetlnych o różnej długości (z wyjątkiem poszczególnych par urządzeń przesyłających między sobą dane na fali świetlnej o tej samej długości).*** Zamawiający nie określił szczegółowych danych dotyczących sieci urządzeń (topologii sieci), w których miałyby być zainstalowane przełączniki, co dodatkowo pozbawia zasadności twierdzenia, iż koniecznym dla spełnienia funkcjonalności było zagwarantowanie możliwości zwielokrotnienia połączeń o różnych długościach fali (równoległego zestawienia kanałów komunikacyjnych o różnych długościach fali). Skoro Zamawiający nie zawarł szczegółowych wytycznych dotyczących długości fali, to przy ocenie oferty nie miał podstaw do uznania oferty za niezgodną z siwz. Odwołujący nie przedstawił dowodu, który podważałby oświadczenie producenta Alcatel, który używa oznaczenia CWDM dla modułów, w tym obsługiwanego przez Switch 6560 modułu SFP-10G-CWDM (10Gb z podaną

długością fali 1551nm).

W świetle powyższego Izba uznała, iż czynność oceny oferty Maxto była dokonana w zgodzie z zapisami siwz, a tym samym wybór tej oferty jako najkorzystniejszej nie prowadził do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Ustawy.

W konsekwencji oddalenia zarzutów wobec oferty Maxto, zarzuty dotyczące oceny oferty Syntis nie mogły zmienić wyniku postępowania odwoławczego, chociaż w części Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. W ocenie Izby, potwierdził się zarzut dotyczący oceny wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny z uwagi na niedostateczną treścią wyjaśnień. Treść samych wyjaśnień nie pozwalała w żadnej mierze odnieść się do kalkulacji ceny, w tym rzekomych upustów, jakie miał otrzymać wykonawca od dystrybutora urządzeń Cisco. Również dowód w postaci oświadczenia dystrybutora nie zawiera żadnych szczegółów, które pozwoliłyby ocenić dostępność urządzeń po zaoferowanej cenie. Oświadczenie dystrybutora faktycznie przyjęło formę ogólnej deklaracji, która miała wzmocnić oświadczenie wykonawcy, jednak bez konkretnych danych, nie mogła być oceniona jako dowód potwierdzający wyjaśnienia złożone przez wykonawcę.

Mając jednak na uwadze, iż ocena tej oferty w kryterium cena nie zmienia wyniku postępowania, gdyż ofertą najkorzystniejszą pozostaje oferta Maxto, Izba oddaliła odwołanie w całości. Uwzględnienie żądań Odwołującego o odrzucenie oferty Syntis nie mogło prowadzić do uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym nie miało wpływu na wynik postępowania.

W świetle powyższego Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 w . ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów, gdyż zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzeniem wymaganym dla uwzględnienia wniosku strony jest rachunek potwierdzający wysokość poniesionych kosztów przedłożony do akt sprawy. Zamawiający nie złożył rachunków, na podstawie których Izba mogłaby orzec obowiązek zwrotu kosztów poniesionych przez stronę.

Przewodniczący: ……