

Sygn. akt: KIO 2994/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Computex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Warszawie przy ul. Konopnej 9 (04707 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu przy ul. Samorządowej 1 (26-601 Radom)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Axians IT Solutions Poland spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 21 D (02676 Warszawa)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu podniesionego w pkt. 2 petitum odwołania.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Computex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2994/24

Uzasadnienie

Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Dostawa urządzeń i oprogramowania dla sieci LAN do gmachu Ministerstwa Finansów o numerze: PN/42/24/INHB, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 sierpnia 2024 r., pod numerem publikacji 481012-2024 (nr wydania Dz. U. S: 155/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. wykonawca Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na ograniczenie oferowania rozwiązań równoważnych dopuszczonych przez zamawiającego przez:
 - a) sformułowanie wymagania, aby przełączniki typ A – D posiadały funkcjonalność UniDirectional Link Detection (UDLD) lub Device Link Detection Protocol (DLDP) lub równoważną (załączniki nr 1a – 1d do opisu przedmiotu zamówienia), a jednocześnie zaniechanie dopuszczenia funkcjonalności Bidirectional Forwarding Detection (BFD) oraz brak podania szczegółowych wymagań jakie muszą być spełnione, aby warunek równoważności był spełniony,
- co miało stanowić naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 99 ust. 4 i art. 16 pkt 1 Pzp;
- 2) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i

okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty ze względu na:

a) sformułowanie wymagania, aby wykonawca wykonał i dostarczył Plan migracji (pkt II opisu przedmiotu zamówienia) bez podania informacji niezbędnych dla wykonawców do przygotowania takiego planu obejmujących co najmniej:

- informacje o istniejącym środowisku sieciowym zamawiającego,
- zakres i formę informacji, które zamawiający udzieli,
- termin, w jakim zamawiający przekaże powyższe informacje i ewentualne odpowiedzi na zadane przez wykonawcę pytania dotyczące istniejącej sieci,

b) wyznaczenie zbyt krótkiego czasu na wykonanie Planu Migracji nie uwzględniającego szerokiego zakresu prac wymaganych do stworzenia Planu Migracji przy jednoczesnym zaniechaniu podania w opisie przedmiotu zamówienia jakichkolwiek informacji odnośnie środowiska sieciowego zamawiającego, które są niezbędne go wykonania Planu Migracji,

- co miało stanowić naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści dokumentów zamówienia poprzez:

- zmianę wymagań opisanych w załącznikach nr 1a – 1d do opisu przedmiotu zamówienia na następujące:

Zamawiający wymaga, aby przełącznik posiadał funkcjonalność Uni-Directional Link Detection (UDLD) lub Device Link Detection Protocol (DLDP) lub Bidirectional Forwarding Detection (BFD) lub równoważną.

lub

Zamawiający wymaga, aby przełącznik posiadał funkcjonalność Uni-Directional Link Detection (UDLD) lub Device Link Detection Protocol (DLDP) lub równoważną (np. Bidirectional Forwarding Detection (BFD));

- uzupełnienie dokumentów postępowania – wzoru umowy i / lub opisu przedmiotu zamówienia o:

a) zobowiązanie zamawiającego do przekazania wykonawcom albo na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego albo w ciągu 10 dni kalendarzowych od podpisania umowy w formie elektronicznej szczegółowych informacji na temat sieci zamawiającego zawierających przynajmniej: topologię sieci, adresację urządzeń aktywnych podlegających modernizacji oraz innych urządzeń komunikujących się z siecią (np. Serwer DHCP, serwer TACACS+, kontroler domeny itp.), szczegółowe schematy połączeń fizycznych, szczegółowe schematy połączeń logicznych, nomenklaturę nazewniczą; oraz

b) zobowiązanie zamawiającego, że w przypadku zadania dodatkowych pytań przez wykonawcę dotyczących sieci zamawiającego (na których brak odpowiedzi uniemożliwia stworzenie Planu Migracji), zamawiający udzieli odpowiedzi niezwłocznie, nie później niż w ciągu 5 dni roboczych oraz, że do momentu udzielenia odpowiedzi przez zamawiającego czas na realizację Planu Migracji zostaje wstrzymany (lub zostanie odpowiednio wydłużony);

- zmianę terminu na przygotowanie Planu Migracji z 30 do 75 dni.

Odwołujący wyjaśnił, że jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a jednocześnie może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Sporządzenie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, utrudnia odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności opisu przedmiotu zamówienia z wymaganiami ustawowymi, co umożliwi odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący przedstawił stanowisko odnoszące się do podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: Axians IT Solutions Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz MBA System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,

w której w zakresie zarzutu nr 1 wniósł o oddalenie odwołania, natomiast w zakresie zarzutu nr 2 – zamawiający oświadczył, że uwzględni częściowo przedmiotowy zarzut tj. w części opisanej w pkt 2 lit. a) odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie zarzutu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Axians IT Solutions Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wykonawca MBA System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 1 września 2024 r. złożył do akt sprawy pismo zawierające oświadczenie o cofnięciu przystąpienia po stronie zamawiającego. Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy przystąpienie zgłoszone przez ww. wykonawcę należało potraktować jako niegłoszone.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 29 sierpnia 2024 r. w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami; 2) informacje oraz materiały przesłane podczas rozprawy przez odwołującego i zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Ponadto odpowiedź odwołującego w zakresie stanowiska zamawiającego odnośnie zarzutu nr 1, złożoną na piśmie podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron, Izba potraktowała jako stanowisko procesowe odwołującego. Odwołujący w przedmiotowej odpowiedzi przedstawił informacje w podobny sposób jak zamawiający w odpowiedzi na odwołanie tj. wskazując adresy stron internetowych, z których miał czerpać podane w treści pisma argumenty. Tym samym przedmiotowe pismo, podobnie jak odpowiedź na odwołanie, miało charakter stanowiska procesowego strony.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 2 sierpnia 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w petitum odwołania nr 2. Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Skoro dyspozycja zawarta w art. 520 ust. 1 Pzp uprawnia odwołującego do cofnięcia odwołania w całości, wnioskowanie na zasadzie a maiori ad minus uzasadnia przyjęcie, że odwołujący może cofnąć odwołanie jedynie w części tj. w zakresie niektórych zarzutów. Potwierdza to art. 522 ust. 3 Pzp, w którym jest mowa o wycofaniu pozostałych zarzutów (nieuwzględnionych przez zamawiającego) – co również stanowi wycofanie odwołania w części. Z treści art. 568 pkt 1) Pzp wynika, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania. W związku z powyższym Izba była zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie, w jakim odwołujący cofnął odwołanie.

Tym samym Izba w punkcie 1 sentencji orzeczenia, na podstawie art. 568 pkt 1) Pzp, umorzyła postępowanie w zakresie powyżej opisanego zarzutu.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający w załącznikach 1a - 1d do opisu przedmiotu zamówienia (zwanego dalej jako: OPZ) w odniesieniu do wszystkich typów przełączników sformułował wymaganie, aby przełącznik posiadał funkcjonalność Uni-Directional Link Detection (UDLD) lub Device Link Detection Protocol (DLDP) lub równoważną.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 99 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp – 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

(...)

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.;

- art. 16 pkt Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania

odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W związku z oświadczeniem złożonym na posiedzeniu przez odwołującego o cofnięciu zarzutu nr 2, rozpoznaniu podlegał tylko jeden zarzut, oznaczony nr 1. Izba uznała, że zarzut nr 1, a tym samym całe odwołanie należało oddalić, a powodem tego stwierdzenia była przede wszystkim niekonsekwencja oraz niejednorodność argumentacji odwołującego. W tym kontekście należało wskazać, że stanowisko odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania opierało się na de facto dwóch stwierdzeniach. Po pierwsze odwołujący wskazywał, że funkcjonalność protokołu BFD jest tożsama z UDLD i DLDP, oznaczało to, że protokół BFD jako tożsamy do UDLD i DLDP powinien być dopuszczony przez zamawiającego na tych samych zasadach. Po drugie odwołujący stwierdził, że zamawiający nie opisał w sposób jednoznaczny jakie wymagania muszą być spełnione, aby warunek równoważności dotyczący wymaganej funkcjonalności przełącznika był spełniony i

generalnie zamawiający formułując kwestionowane postanowienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia nie wypełnił obowiązków wynikających z art. 99 ust. 1, ust. 4 i ust. 6 Pzp.

Odnosząc się do pierwszego z powyżej określonych stwierdzeń odwołującego skład orzekający doszedł do przekonania, że stanowisko odwołującego w tym zakresie było niekonsekwentne i zmieniało się w trakcie trwania postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu odwołania, tak jak to opisano powyżej, odwołujący wskazywał, że protokół BFD jako tożsamy do protokołów UDLD i DLDP powinien być dopuszczony przez zamawiającego na tych samych zasadach. Określenie tożsamy, należało rozumieć jako niczym się nieróżniący lub taki sam. Tym samym protokół BFD miał niczym nie różnić się od protokołów UDLD i DLDP lub mówiąc jeszcze jaśniej protokół ten miał być taki sam jak protokoły wskazane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający w odpowiedzi na odwołanie znaczną część swojej argumentacji poświęcił na wyjaśnienie i wykazanie, że istnieją zasadnicze różnice w sposobie działania tych protokołów, które wpływają bezpośrednio na cel i sposób ich wykorzystywania. Zamawiający w tym zakresie argumentował, że protokoły UDLD i DLDP działają w warstwie 2, zwanej dalej jako: „L2” (warstwa ta odpowiada za utrzymanie połączenia fizycznego pomiędzy urządzeniami w sieci i przesyłanie danych) i są zaprojektowane do wykrywania niepożądanych jednostronnych połączeń na poziomie warstwy 2 w sieci Ethernet między urządzeniami sieciowymi. W praktyce oznacza to, że protokoły te są właściwe do monitorowania połączeń między przełącznikami i urządzeniami w ramach tej samej sieci VLAN. Oba protokoły pomagają w ochronie przed pętlami sieciowymi, które mogą powstać, gdy jedno z urządzeń przestaje prawidłowo przekazywać ruch, co jest kluczowe w sieciach z dużą ilością przełączników, czyli taką jaką funkcjonować będzie u zamawiającego. Jeżeli nawet problem wystąpi w warstwie 1, to jego skutki są widoczne w warstwie 2, gdzie protokoły UDLD i DLDP podejmują działania w celu zapobiegania problemom. Zarówno protokół UDLD, jak i DLDP są protokołami, które nie obciążają znacząco urządzeń sieciowych, co jest korzystne w sieci jaką posiada zamawiający. Protokół BFD działa z kolei na poziomie warstwy 3 (zwanej dalej jako: „L3”) oznacza to, że monitoruje dostępność ścieżek sieciowych między urządzeniami, które komunikują się na poziomie IP i jest odpowiedni do monitorowania połączeń między różnymi segmentami sieci lub routingu między urządzeniami. W sieci LAN składającej się z dużej ilości przełączników i punktów dostępowych WLAN (taka jak u zamawiającego), nie wszystkie połączenia będą wymagały monitorowania na poziomie L3, szczególnie w przypadku połączeń lokalnych. Protokół BFD jest wykorzystywany głównie do szybkiego wykrywania awarii między routerami lub innymi urządzeniami routującymi w sieci, co pozwala na szybkie przełączenie na alternatywną ścieżkę routingu w przypadku awarii. W przedmiotowym postępowaniu nie było to wymagane przez zamawiającego. Ponadto

wskazany powyżej opis działania poszczególnych protokołów zestawień, w ocenie zamawiającego, należało z przedmiotem zamówienia, którym jest dostawa urządzeń i oprogramowania dla sieci LAN do gmachu Ministerstwa Finansów. W lokalizacji tej nie ma alternatywnych ścieżek w warstwie 3 i z tego też względu zamawiający nie wymagał dla protokołu funkcjonalności, która jest mu zbędna. Zamawiający nie zgodził się z odwołującym, że uzasadnione jest dodanie protokołu BFD, jako spełniającego oczekiwania zamawiającego. Miała to być jedynie narracja odwołującego próbującego wymusić wprowadzenie warunków zamówienia korzystnych z punktu widzenia możliwości zaofiarowania przez niego konkretnego rozwiązania, nieposiadającego wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności. Dalej zamawiający wyjaśnił, że oba protokoły UDLD i DLDP są dopasowane do monitorowania połączeń między przełącznikami, co jest kluczowe w sieciach LAN z dużą liczbą tych urządzeń. Są one zdolne do szybkiego wykrywania problemów na poziomie L2, zanim problemy te wpłyną na działanie wyższych warstw sieci. Protokoły UDLD i DLDP są szczególnie skuteczne w wykrywaniu problemów z pojedynczymi włóknami optycznymi (światłowodami) w linkach dwuwłóknowych, które mogą prowadzić do niepożądanego jednostronnej komunikacji. W praktyce oznacza to, że w sytuacji gdy z dwóch par pracujących światłowodów, jedna para przestanie działać wymagane przez zamawiającego protokoły UDLD i DLDP poinformują administratora o usterce na jednym z światłowodów. Protokół BFD, działając na L3, takiego zdarzenia nie wykryje i powiadomi o awarii dopiero wtedy, gdy obie pary światłowodów przestaną działać. Protokół UDLD i DLDP umożliwią więc zamawiającemu podjęcie działań naprawczych zanim dojdzie do całkowitego uruchomienia połączeń, co rodzić może dalsze niepożądane skutki dla całej sieci. Protokoły UDLD i DLDP działają na przełącznikach będących przedmiotem zamówienia i nie wymagają integracji z urządzeniami zewnętrznymi. W przypadku protokołu BFD konieczna jest integracja z protokołami routingu (L3) na urządzeniach nie będących przedmiotem zamówienia, co wymusza poziom złożoności, który nie jest konieczny w prostych połączeniach L2. Wprawdzie wszystkie omawiane protokoły UDLD/DLDP i BFD wykrywają usterki, jednak na tym podobieństwo pomiędzy mini się kończy. Funkcjonalność ta spełniana jest w sposób zupełnie odmienny. Protokoły UDLD/DLDP wykrywają m.in. usterki o niewielkim poziomie skomplikowania, które często nie mają znaczącego wpływu na działanie urządzeń sieciowych i umożliwiają proaktywne działanie w przypadku wystąpienia problemu jeszcze przed wystąpieniem awarii. Protokół BFD natomiast wykryje tylko całkowity brak transmisji i tylko w przypadku komunikacji pomiędzy urządzeniami w różnych segmentach sieci. BFD nie zadziała w przypadku problemów połączeń zagregowanych pomiędzy przełącznikami, a tego wymagał zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (vide, Port Aggregation Protocol, Załącznik 1a do OPZ, Tabela, pkt 17). W przypadku wystąpienia awarii protokół BFD zareaguje poprzez przełączenie ruchu na inne trasy routingu, nie

wskaże jednak miejsca usterki (np. bezpośrednie połączenia pomiędzy przełącznikami), co realizuje protokół UDLD/DLDP. Wysłanie logu z awarią interfejsu przez protokół UDLD/DLDP jest cenną informacją dla administratora o miejscu wystąpienia problemu np. w łączu zagregowanym (redundantnym). Jest to informacja o konieczności podjęcia działań w celu usunięcia usterki (jeszcze nie awarii dzięki redundancji).

Jak wynikało z powyższego zamawiający przedstawił szczegółową oraz obszerną argumentację podkreślającą różnice pomiędzy protokołami BFD a UDLD/DLDP. Argumentacja ta w ocenie składu orzekającego podważyła stanowisko odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania, które wskazywało na tożsamość ww. protokołów. Ponadto pośrednim potwierdzeniem powyżej poczynionej konstatacji było stanowisko odwołującego przedstawione w odpowiedzi złożonej na posiedzeniu niejawnym. Z odpowiedzi tej wynikało, że protokół BFD może być skonfigurowany zarówno do warstwy L2, jak i warstwy L3. W celu poparcia tego stanowiska odwołujący wskazał na informacje pochodzące od trzech producentów. Argumentacja zaprezentowana przez odwołującego na posiedzeniu i rozprawie, w ocenie składu orzekającego, różniła się od argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania. Argumentacja podniesiona w uzasadnieniu odwołania wskazywała jednoznacznie na tożsamość protokołu BFD z protokołami UDLD/DLDP, natomiast argumentacja zaprezentowana na rozprawie pozwalała uznać, że protokoły BFD nie są tożsame z protokołami UDLD/DLDP. Brak tożsamości wynikał z tego, że protokół BFD wymaga skonfigurowania dla warstwy L2. Konieczność skonfigurowania należało potraktować jako zakwestionowanie argumentu o tożsamości obu protokołów, ponieważ jeśli protokół BFD w celu działania w warstwie L2 musi zostać skonfigurowany, to nie mógł być tożsamy do protokołów UDLD/DLDP. Tym samym stanowisko wynikające z uzasadnienia odwołania zostało skutecznie podważone przez zamawiającego, a argumentacja przedstawiona przez odwołującego na rozprawie została potraktowana jako próba zmiany dotychczasowej argumentacji w celu obrony przed wynikowym i spójnym stanowiskiem zamawiającego.

Co istotne zamawiający jeszcze trakcie rozprawy złożył dowód oraz przedstawił argumentację, powołując się na informacje pochodzące od jednego z producentów, że protokół BFD nie realizuje funkcjonalności UDLD lub DLDP w zakresie połączeń zagregowanych (redundantnych). Dodatkowo protokół ten miał nie działać z protokołem IP w wersji 6. Oba te wymagania wynikały z opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący był w stanie również na rozprawie złożyć dowód oraz przedstawić wyjaśnienie wskazujące, że implementacja protokołu BFD umożliwia współpracę z plikami IP w wersji 6. Argumentacja odwołującego nie odnosiła się natomiast do zagregowanych połączeń sieciowych. Ten szczegół podobnie jak brak konsekwencji w argumentacji odwołującego przekonał Izbę, że stanowisko odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie. Ponadto sam odwołujący w

swojej argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania (pkt 3 str. 4) wyraźnie stwierdził, że protokół BFD nie jest protokołem równoważnym dla protokołów UDLD i DLDP, co tak naprawdę przesądzało o tym, że argumentacja przedstawiona przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie była prawidłowa. Gdyby rzeczywiście protokół BFD był alternatywną dla protokołów UDLD i DLDP, to odwołujący skorzystałby z możliwości zaoferowania protokołu równoważnego i nie skarżyłby przedmiotowych postanowień jako niezgodnych z przepisami Pzp.

W zakresie drugiej grupy stwierdzeń odwołującego wskazanych w uzasadnieniu odwołania Izba stwierdziła po pierwsze, że kwestionowany wymóg nie naruszał dyspozycji wynikającej z art. 99 ust. 1 Pzp. Analizując stanowisko odwołującego Izba nie miała wątpliwości co do tego, że odwołujący nie miał problemów ze zrozumieniem treści kwestionowanego wymogu. Nie można było przy tym stwierdzić, że postanowienie SWZ, do którego odnosił się zarzut było niejednoznaczne lub niewyczerpujące. Po drugie nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp. Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynikało, że nie ma konieczności konfigurowania protokołu BFD do warstwy L2 ponieważ z informacji przedstawione w odpowiedzi na odwołanie wskazywały, że inni producenci, w tym między innymi trzej producenci wymienieni w odpowiedzi odwołującego złożonej na posiedzeniu, posiadają w swojej ofercie rozwiązania funkcjonujące w oparciu o warstwę L2. Informacje przedstawione w odpowiedzi na odwołanie wskazywały, że funkcjonalności protokołu UDLD i DLDP nie charakteryzują sprzętu jednego producenta, zatem wymagania wobec nich nie mogły zostać zakwalifikowane jako naruszające art. 99 ust. 4 Pzp. Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania argumentacji zamawiającego stwierdzającej, że protokoły UDLD i DLDP nie są nazwami własnymi charakteryzującymi konkretne produkty danego producenta ani też znakami towarowymi i patentami. Nazwy te nie charakteryzują pochodzenia ani źródła zamawianego sprzętu ani też nie odnoszą się do procesu ich wytwarzania. Użycie tych nazw nie prowadziło także do zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców, bo co najmniej kilku producentów oferuje sprzęt spełniający te wymagania a ich sprzęt oferuje co najmniej kilkunastu wykonawców. Tym samym w stosunku do opisu wymagań w zakresie protokołów UDLD jak i DLDP nie zmaterializowała się zatem konieczność zastosowania art. 99 ust. 5 Pzp (zwrot „lub równoważny”), a w konsekwencji art. 99 ust. 6 Pzp (opis kryteriów równoważności).

Dodatkowo Izba uznała za zasadne podnieść, że w przypadku zarzutów dotyczących postanowień opisu przedmiotu zamówienia, duże znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu ma żądanie sformułowane przez odwołującego. W zakresie przedmiotowego zarzutu odwołujący sformułował alternatywne żądania. W pierwszej wersji żądania odwołujący wskazał, że protokół BFD powinien zostać niejako dopisany w treści kwestionowanego postępowania, natomiast w drugiej wersji protokół BFD miał stanowić przykład rozwiązania równoważnego.

W ocenie składu orzekającego wykonanie ww. żądań nie mogło zostać nakazane. Jak wskazano powyżej protokół BFD nie był, ani tożsamy (co wynikało z okoliczności sprawy), ani równoważny (co przyznał sam odwołujący) dla protokołów UDLD i DLDP. Tym samym również z tego powodu przedmiotowy zarzut nie znalazł potwierdzenia.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 99 ust. 4 i art. 16 pkt 1 Pzp, podniesiony w pkt 1 petitum odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: