

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpinska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez wykonawcę **Alma S.A. w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Innerno Systems**

sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Innerno Systems sp. z o.o. w Warszawie z powodu niezgodności treści jego oferty z pkt 14.1 w zw. z pkt 14.9 OPZ, opisanego w pkt II.14 odwołania,**
2. **odrzuca odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Innerno Systems sp. z o.o. w Warszawie z powodu niezgodności treści jego oferty z pkt 15.1 OPZ, opisanego w pkt II.16 odwołania,**
3. **w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Innerno Systems sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności treści oferty z 3.2. OPZ a także z powodu niezgodności treści oferty z pkt 5.2. OPZ,**
4. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Innerno Systems sp. z o.o. w Warszawie w części $\frac{3}{4}$ oraz wykonawcę Alma S.A. w Poznaniu w części $\frac{1}{4}$ i:**
 - 4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Alma S.A. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Alma S.A. w Poznaniu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Innerno Systems sp. z o.o. w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,**
 - 4.2. **zasądza od wykonawcy Innerno Systems sp. z o.o. w Warszawie na rzecz wykonawcy Alma S.A. w Poznaniu kwotę 13.050 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy).**

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 3398/24

Uzasadnienie

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem są multipleksery MPLS-TP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 kwietnia 2024 r., Dz.U. S: 77/2024, nr 229516-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 16 września 2024 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Alma S.A. w Poznaniu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez niego, w sytuacji w której treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia,
- 2) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Innerno Systems sp. z o.o. w Warszawie, pomimo że treść ww. oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia z powodów opisanych w uzasadnieniu odwołania,
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru

oferty Innergo jako najkorzystniejszej, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- c) dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez niego,
- d) dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Innergo ze względu na niezgodność treści ww. oferty z warunkami zamówienia, opisaną w uzasadnieniu odwołania,
- e) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W piśmie procesowym z 14 października 2024 r. odwołujący oświadczył, że wycofuje odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Innergo Systems sp. z o.o. w Warszawie z powodu niezgodności treści jego oferty z pkt 14.1 w zw. z pkt 14.9 OPZ, opisanego w pkt II.14 odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Innergo Systems sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Innergo Systems sp. z o.o. w Warszawie z powodu niezgodności treści jego oferty z pkt 15.1 OPZ, opisanego w pkt II.16 odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

- 5) *jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są *multipleksery MPLS-TP. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji zawiera Załącznik Nr 3 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia. Opis ten należy odczytywać wraz ze zmianami treści SWZ, będącymi np. wynikiem udzielonych odpowiedzi na zapytania wykonawców (por. rozdział III pkt 1 i 3 SWZ).*

Ustalono także, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

ROZDZIAŁ V

INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH

1. OŚWIADCZENIA SKŁADANE WRAZ Z OFERTĄ.

W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia Zamawiający na podstawie art. 107 ustawy Pzp żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

- 1) *Dokumentacji technicznej producenta - szczegółowa specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu, przygotowana w formie tabeli zawierającej wszystkie wymagane parametry techniczne określone przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 5 SWZ;*

ROZDZIAŁ XA

OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY PRZYPADKU GDY OFERTA SKŁADANA JEST W FC PISEMNEJ

5. Wykonawca zobowiązany jest załączyć do Oferty następujące dokumenty:

- 1) formularz ofertowy (według załączonego wzoru – Załącznik Nr 1 do SWZ);
- 2) przedmiotowe środki dowodowe tj. wskazane w Rozdziale V ust. 1 niniejszej SWZ;

Kolejno ustalono, że w załączniku nr 3 do SWZ (opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał m.in. co następuje.

W pkt 3.2 w Tabelach dla każdego Etapu zamówienia, Zamawiający sformułował następujące wymaganie odnośnie budowy pojedynczego multipleksera MPLS-TP: „Potencjał slotowy urządzenia umożliwiający rozbudowę poprzez doposażanie w przyszłości w karty E1 lub Eth”.

Kolejno ustalono, że w punktach 5.2 dla każdego z obiektów, w punkcie Połączenia dopływowe E1, typ i liczba portów, zamawiający wskazał minimalną liczbę portów E1 oraz przewidział dla niektórych z nich możliwość rozbudowy o wskazaną liczbę portów.

Przykładowo dla obiektu 001 zamawiający wskazał:

➤ Połączenia dopływowe E1, typ i liczba portów:

- minimalna liczba portów E1 w wykonaniu ITU-G.703 (HDB3, sym. 120Ω, 2048 kbit/s) – 80 szt;

- możliwość rozbudowy o 16 szt.;

Ustalono także, że w podpunktach pkt 5.2, nie opisano wymagań co do możliwości rozbudowy i nie podano ani ilości, ani typu portów wymaganych w ramach możliwości rozbudowy dla 24 na 53 Obiektów objętych zakresem zamówienia. Te 24 Obiekty to: Obiekt nr 0013, Obiekt nr 0016, Obiekt nr 0018, Obiekt nr 2020, Obiekt nr 2021, Obiekty od nr 0024 do nr 0041, Obiekt nr 0044 i Obiekt nr 0045.

Ustalono także, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia – Załącznik nr 3 do SWZ, Tabele dot. poszczególnych Etapów - punkt 8.1 Zamawiający wymagał odnośnie interfejsów trybutarnych Ethernet:

Karty/Moduły wyposażone w Interfejsy z obsługą modułów SFP, transceivery optyczne i elektryczne z zaimplementowaną uniwersalnością modułów/kart ETH (możliwość użycia portów jako połączenie: E-Line, E-LAN, E-Tree):

- minimalna liczba gniazd SFP na węzeł teleinformatyczny podana jest w punkcie 5.2;
- parametr MTU dla ramek Ethernet: ustawialny 1536, 1800, 9000 bajtów;

Ponadto w Opisie Przedmiotu Zamówienia – Załącznik nr 3 do SWZ, Tabele dot. poszczególnych Etapów - punkt 14. Zamawiający wymagał w zakresie Ukompletowanie multipleksera MPLS-TP:

14.9 Transceivery elektryczne: SFP, parametry:

- 10/100/1000 Mb/s RJ-45, full duplex;
- zasięg portu 100m;
- okablowanie portu UTP/STP kat.5
- obsługa SGMII.

Ilość na węzeł teleinformatyczny podana jest w punkcie 5.2;

Kolejno ustalono, że w opisie przedmiotu zamówienia – załącznik nr 3 do SWZ, Tabele 2 dla każdego Etapu zamawiający w punkcie „5. Pole komutacyjne typ i liczba” Zamawiający wymagał: „5.2 Karta pola backplain/switchująca musi zapewniać wydajność matrycy min. 10 Gb/s pomiędzy kartą Eth, a kartą backplain/switchująca.”

Kolejno ustalono, że w dniu 5 czerwca 2024 r. zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SWZ.

Pytanie 2:

Dotyczy – Formularz ofertowy tabela cenowa:

b) Prosimy też o wyjaśnienie, czy w odniesieniu do pozycji (Etap I wiersz nr 2) „Pakiet części rezerwowych” także należy wypełnić kol. 6, a jeśli tak to w jaki sposób? Formularz został

przez Zamawiającego przygotowany w sposób niejednoznaczny, gdyż z jednej strony zostawia on pole do uzupełnienia dla wiersza 2 kol. 6, z drugiej zaś strony, tytuł kolumny nr 6 wskazuje na podanie nazwy „urządzenia i/lub produktu”, przy czym nie wiadomo, czy „pakiet części rezerwowych” należy traktować jako pojedyncze „urządzenie lub produkt”? czy też jako „urządzenie lub produkt” należy traktować poszczególne elementy pakietu, które należy wymienić w tym polu z dokładnością do kodu producenta?

Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ tabela n2 pkt2 PCR Wykonawca zabezpieczy, co najmniej po jednym rodzaju obudowy z kompletami kabli zasilających, po dwie karty/moduły każdego rodzaju zastosowane w Zamówieniu i przekaze je do Zamawiającego”.

Każdy rodzaj elementu danego urządzenia (np. obudowa, karta, moduł) zastosowany w Zamówieniu należy traktować jako

poszczególne elementy PCR, które należy wymienić w tym polu z dokładnością do kodu producenta.

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert, ofertę zamawiającemu złożyli zamawiającemu m.in. odwołujący i przystępujący.

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że odwołujący w formularzu ofertowym, w pozycji *Pakiet części rezerwowych* w kolumnie 6 podał: „Obudowa multiplexera Hitachi Energy XMC25 wraz z wymaganą zgodnie z SWZ ilością kart /modułów COOL4 DUA25, CENT2, SATP8, ETO12 wraz ze wszystkimi wymaganymi licencjami, transceiverami, akcesoriami, okablowaniem, gwarancją i serwisem zgodnie z wymaganiami SWZ”.

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że przystępujący w formularzu ofertowym w tabeli cenowej wykazał w kolumnie 6, że zaoferował jako wyposażenie multiplexera MPLS-TP karty oznaczone kodem producenta:

DHGE_10 - X44846;

DHGE_20 – X44746;

oraz transceivery SFP

ETGBE – X73915.

Ustalono także, że przystępujący w formularzu ofertowym w tabeli cenowej wykazał w kolumnie 6, że zaoferował m.in. urządzenie główne, tj. multiplexer MPLS-TP oznaczone kodem producenta: NPT-1300 - X44497 oraz karty backplain/switchujące oznaczone kodem producenta oznaczone kodem producenta - MCIPS1T i karty interfejsów Ethernet oznaczone kodem producenta DHGE_10_POE.

(por. oferta przystępującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z 12 lipca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in., co następuje:

2. Zamawiający chciałby się dowiedzieć o możliwość ustawialności parametru MTU 1536, 1800, 9000 bajtów. Dla jakich interfejsów dostępna jest ta ustawialność. Czy jest różnica między interfejsami 100/1000 Base-X i 100/1000 BaseT dla konfiguracji ustawiania wielkości MTU? (...)

Prosimy o wyjaśnienie dot. Utraty pakietów i funkcjonowania ramek Jumbo na interfejsach 100 Base-T jeśli długość pakietu jest większa niż 8000 bajtów, a także o informację dla jakich interfejsów i w jaki sposób realizowana będzie konfiguracja wielkości MTU.

5. Niespełnienie wymogu zapewnienia wydajności matrycy min. 10 Gb/s pomiędzy kartą Eth, a kartą backplain/switchującą.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia – Załącznik nr 3 do SWZ Tabela - punkt 5. Pole komutacyjne typ i liczba Zamawiający wymagał: „5.2 Karta pola backplain/switchująca musi zapewniać wydajność matrycy min. 10 Gb/s pomiędzy kartą Eth, a kartą backplain/switchującą.”

W Formularzu Ofertowym – Załącznik nr 1 do SWZ Wykonawca INNERGO wykazał w kolumnie 6 tabeli, że zaoferował multiplexery MPLS-TP oznaczone kodami producenta: NPT-1300 - X44497, NPT-1050 oraz karty backplain/switchujące oznaczone kodem producenta: MCIPS1T_32 plus karty interfejsów trybutarnych Ethernet oznaczone kodem producenta: DHGE_10_POE.

Każda karta rozszerzeń w urządzeniu EXT-2U/EXT-2UH ma swoje połączenie do platformy bazowej, czyli urządzenia NPT-1300 lub urządzenia NPT-1050. (...)

W urządzeniu są trzy sloty EXT na takie karty. W tabeli dokumentacji producenta podaje się jednak, że gdy base unit jest NPT-1300, można użyć jako expansion oba typy, jednakże przy użyciu zaoferowanej przez Wykonawcę karty switchującej MCIPS1T ten link między base a expansion unit nie może działać na 10Gb/s, zostaje więc co najwyżej 2.5Gb/s (...)

Oferowana karta DHGE_10_POE jest jedyną kartą pasującą do urządzeń EXT-2U/EXT-2UH i ma 4 porty 10GbE

(por. ww. wezwanie, w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 18 lipca 2024 r. W wyjaśnieniach tych wskazał m.in. co następuje:

AD.2 Wykonawca potwierdza, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wymaganie OPZ Tabela 8.1, gdyż dla urządzeń Neptune Ribbon na każdym z portów MTU może być ustawione na wskazane wartości na dowolnym porcie SFP urządzenia, tj. istnieje ustawialność parametru MTU, o której mowa w ww. punkcie OPZ, niezależnie od tego, w jaki interfejs SFP zostanie on wyposażony. W zakresie sposobu konfiguracji, wyjaśniamy, że wartość MTU jest ustawiana na poziomie portu SFP na danej karcie liniowej w sposób deklaracyjny, bez względu na obecność modułu SFP w porcie czy jego rodzaj. Ustawianie parametru MTU jest możliwe za pomocą CLI, LCT lub systemu zarządzania, a ustawienie tego parametru może zostać potwierdzone za pomocą wyświetlenia konfiguracji danego portu.

Niezależnie od powyższego, wskazujemy, że przytoczony w wezwaniu przypadek ograniczeń nie jest relewantny w

kontekście przedmiotu zamówienia, gdyż wykorzystanie wskazanych interfejsów 10/100Base-T nie jest objęte zamawianym przez Zamawiającego rozwiązaniem. Zgodnie z SWZ, dla każdej z lokalizacji Zamawiający określał prędkości portów jako 1Gb/s (przykład dla Obiektu 0001) (...)

Wezwanie nie wskazuje konkretnych innych punktów OPZ, co do których spełnienia złożona oferta budzi wątpliwości, Wykonawca zatem zgodnie ze złożoną ofertą potwierdza spełnianie wymagania pkt 8.1 OPZ, jak i wszystkich pozostałych.

AD.5

Zamawiający przedstawia wątpliwości co do spełnienia wymogu OPZ pkt 5.2 dotyczącego wydajności matrycy, przy czym nie jest jednoznaczne w jaki sposób z przedstawionej argumentacji wynika potwierdzenie nie spełniania tego wymogu przez zaoferowane rozwiązanie. Szczególnie w kontekście błędnego twierdzenia, że „Oferowana karta DHGE_10_POE jest jedyną kartą pasującą do urządzeń EXT-2U/EXT-2UH i ma 4 porty 10GbE:”

Wyjaśniamy, że punkt 5 OPZ dotyczy „Pola komutacyjnego typ i liczba”, tym samym określa właściwości tego elementu konstrukcji urządzeń, a poszczególne podpunkty tego wymagania powinny być odczytywane wspólnie. Wymaganie 5.1 odnosi się do konieczności zapewnienia redundancji matrycy w przypadku, gdy urządzenie posiada min. 2 połączenia liniowe o przepustowości 10Gb/s w celu zabezpieczenia redundancji portów liniowych. Ten warunek jest spełniony dla wszystkich urządzeń Neptune. W punkcie 5.2 zostało określone, że w wyżej wymienionym kontekście matryca ma zapewniać wydajność również min. 10Gb/s w stronę karty Eth (realizującej porty liniowe 10Gb/s). W urządzeniach NPT-1050/1300 wszystkie liniowe interfejsy 10Gb/s ulokowane są bezpośrednio na matrycach przełączających, tym samym mają zagwarantowaną wydajność / przepustowość do matrycy równą pełnej prędkości interfejsu 10Gb/s.

Do wyjaśnień przystępujący załączył oświadczenie Ribbon Communications International Limited z dnia 18 lipca 2024 r., w którym wskazano m.in., co następuje.

Działając w imieniu Ribbon Communications International Limited – producenta rozwiązania oferowanego przez Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu nr 2616.17.2024.MP prowadzonym przez Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych RP, potwierdzam, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania opisane w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) obowiązującym w ww. postępowaniu, w szczególności potwierdzam, że: (...)

2. Zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania OPZ Tabela pkt 8.1, w tym wymagania zapewnienia: „parametr MTU dla ramek Ethernet: ustawialny 1536, 1800, 9000 bajtów.” (...)

5. Zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania pkt 5.1 i 5.2 Tabeli OPZ, w tym: karta pola backplain/switchująca zapewnia wydajność matrycy min. 10 Gb/s pomiędzy kartą Eth a kartą backplain/switchująca.

(por. wyjaśnienia przystępującego z 18 lipca 2024 r. z załącznikami, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z 31 lipca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia kolejnych wyjaśnień treści złożonej oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in., co następuje:

1. W wyjaśnieniach treści oferty z dnia 18.07.2024r., Ad 5. Wykonawca wskazuje, że „W punkcie 5.2 zostało określone, że w wyżej wymienionym kontekście matryca ma zapewniać wydajność również min. 10Gb/s w stronę karty Eth (realizującej porty liniowe 10Gb/s).”

Zamawiający prosi o wskazanie dokładnie dla jakich kart i jakich realizowanych przez nie portów będzie spełniony warunek zapewnienia wydajności na poziomie min. 10Gb/s między matrycą a kartą Eth.

Analizując załączone oświadczenia producenta „Manufacturer Statement Letter 2024 INNERGO_18.07.2024 v2.pdf” brak jest wskazania na określone typy kart które zapewniają takie połączenie. W związku z powyższym Zamawiający może domniemywać, że według producenta nie ma rozgraniczenia w zależności od karty Eth i typu realizowanych przez nią portów zakresie wydajności połączenia do i z matrycy, co jest sprzeczne z wyjaśnieniem treści oferty.

Informujemy również, że Zamawiający w punkcie 5.2 SWZ w Tabeli nie rozgraniczał wydajności między matrycą, a kartą Eth w zależności od typu portów realizowanych przez kartę Eth

(por. ww. wezwanie, w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 1 sierpnia 2024 r. W wyjaśnieniach tych wskazał m.in. co następuje:

AD.2

W punkcie 5.2 OPZ Zamawiający określił, że wymaga, aby połączenie pomiędzy kartą Eth a matrycą przełączającą zapewniało wydajność min. 10Gb/s. Zwracamy uwagę, że Zamawiający w tym punkcie nie określił, że wszystkie porty realizujące transmisję za pomocą protokołu Ethernet muszą być realizowane za pomocą kart Eth. Wśród rozwiązań dostępnych na rynku często występują porty wbudowane w obudowę urządzeń, moduły kontrolno-zarządcze, moduły rozszerzeń czy matryce przełączające. Zamawiający nie wykluczył w OPZ zastosowania takich rozwiązań.

W wyjaśnieniach z dnia 18.07.2024 roku zostało wskazane, że część portów realizujących transmisję za pomocą protokołu Ethernet znajduje się fizycznie w module rozszerzeń EXT. Moduł rozszerzeń EXT pozwala na wyposażenie go w różne komponenty sprzętowe (m.in. wzmacniacze optyczne, interfejsy E1, SDH, Ethernet, kompensatory dyspersji itd.). Układy sprzętowe montowane w moduł rozszerzeń, realizujące te poszczególne funkcje (w tym te wyposażone w interfejsy Ethernet), nie mają możliwości instalacji bezpośrednio w obudowie urządzeń Neptune. Moduły te nie są więc kartami urządzenia Neptune, nie są one wymienne z kartami w obudowie urządzeń Neptune oraz nie stanowią kart transmisyjnych dla urządzenia Neptune.

Jak wskazano w wyjaśnieniach z 18.07.2024, moduł EXT – jako całość – jest logicznie reprezentowany w systemie zarządzania jako jeden moduł/karta, lecz ze względu na różne możliwe kombinacje instalowanych tam układów oraz mnogość pełnionych funkcji nie jest kartą Eth. Zatem wymaganie 5.2 OPZ nie odnosi się do tego połączenia, o którym mowa w pkt 2 wezwania. Tym niemniej, wyjaśniamy, że zgodnie z dokumentacją producenta, połączenie modułu rozszerzeń EXT (EXT-2U/EXT-2UH) z matrycą przełączającą w zaoferowanych konfiguracjach sprzętowych jest zrealizowane za pomocą trzech linii sygnałowych, z których każda posiada wydajność 5Gb/s (2,5Gb/s w górę i 2,5Gb/s w dół), co daje łączną wydajność tego połączenia równą 15 Gb/s.

(por. wyjaśnienia przystępującego z 1 sierpnia 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 4 września 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający w dniu 05.06.2024r. przesłał do Wykonawców Wyjaśnienia treści SWZ 4 na stronie prowadzonego postępowania w zakładce korespondencja w których odpowiadając na pytanie nr 2 pkt b udzielił odpowiedzi w następujący sposób:

Pytanie 2 ppkt. b.

„Prosimy też o wyjaśnienie, czy w odniesieniu do pozycji (Etap I wiersz nr 2) „Pakiet części rezerwowych” także należy wypełnić kol. 6, a jeśli tak to w jaki sposób? Formularz został przez Zamawiającego przygotowany w sposób niejednoznaczny, gdyż z jednej strony zostawia on pole do uzupełnienia dla wiersza 2 kol. 6, z drugiej zaś strony, tytuł kolumny nr 6 wskazuje na podanie nazwy „urządzenia i/lub produktu”, przy czym nie wiadomo, czy „pakiet części rezerwowych” należy traktować jako pojedyncze „urządzenie lub produkt”? Czy też jako „urządzenie lub produkt” należy traktować poszczególne elementy pakietu, które należy wymienić w tym polu z dokładnością do kodu producenta?”

Na powyższe Zamawiający odpowiedział:

Zgodnie z SWZ tabela 2 pkt 2 PCR „Wykonawca zabezpieczy, co najmniej po jednym rodzaju obudowy z kompletami kabli zasilających, po dwie karty/moduły każdego rodzaju zastosowane w Zamówieniu i przekaże je do Zamawiającego”. Każdy rodzaj elementu danego urządzenia (np. obudowa, karta, moduł) zastosowany w Zamówieniu należy traktować jako poszczególne elementy PCR, które należy wymienić w tym polu z dokładnością do kodu producenta”.

Zamawiający wymagał wskazania „... Każdy rodzaj elementu danego urządzenia (np. obudowa, karta, moduł) zastosowany w Zamówieniu należy traktować jako poszczególne elementy PCR, które należy wymienić w tym polu z dokładnością do kodu producenta”.

W formularzu ofertowym w pozycji Pakiet części rezerwowych w kolumnie 6 Wykonawca podał: „Obudowa multipleksera Hitachi Energy XMC25 wraz z wymaganą zgodnie z SWZ ilością kart /modułów COOL4, DUA25, CENT, SATP8, ETO12 wraz ze wszystkimi wymaganymi licencjami, transceiverami, akcesoriami, okablowaniem, gwarancją i serwisem zgodnie z wymaganiami SWZ”. Oznaczenia podane w tabeli formularza ofertowego w kolumnie 6 Wykonawcy Alma S.A. nie spełniają wymagań Zamawiającego. Wykonawca podał oznaczenia Multipleksera - XMC25 i modułów/kart - COOL4, CENT2, SATP8 i ETO12, przy czym podane oznaczenia kart nie są oznaczeniami jednoznacznie identyfikującymi dany model karty. Podane oznaczenia to tylko nazwy rodzaju kart wchodzących w skład multipleksera, a nie konkretnego modelu karty. Oznaczenie to jest ogólne i nie zostało doszczegółowienie przez kod producenta. Wykonawca nie dokonał zatem oznaczenia elementów urządzenia w taki sposób, jaki był wymagany w postępowaniu. Same oznaczenia - COOL4, CENT2, SATP8 i ETO12 – nie pozwalają na konkretną identyfikację modułów/kart, a co za tym idzie na ocenę ich parametrów technicznych w świetle OPZ. Zacytowane nazwy "COOL4, DUA25, CENT2, SATP8 i ETO12" są to nazwy kart składających się na całościowe wyposażenie urządzeń rodziny XMC25, a nie kody producenta. Podane nazwy nie spełniają roli kodu producenta, gdyż nie są to unikalne nazwy umożliwiające identyfikację danej karty w danym wykonaniu. Wykonawca nie zastosował się do Wyjaśnień treści SWZ z dnia 05.06.2024 r., w związku z powyższym Wykonawca nie spełnia wymagań SWZ i podlega odrzuceniu.

(por. ww. zawiadomienie z dnia 4 września 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt

5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści jego oferty z pkt 14.1 w zw. z pkt 14.9 OPZ, opisanego w pkt II.14 odwołania (pkt 1 sentencji).

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący w piśmie procesowym z 14 października 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści jego oferty z pkt 15.1 OPZ, opisanego w pkt II.16 odwołania (pkt 2 sentencji).

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła odrzucić odwołanie w zakresie ww. zarzutu. Tym samym izba uwzględniła wniosek przystępującego w tym zakresie zawarty w jego piśmie procesowym z 8 października 2024 r.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.* Stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, *Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*

Izba stwierdziła, że odwołujący już 7 sierpnia 2024 r. wiedział o wszystkich okolicznościach faktycznych, na jakich oparł ww. zarzut. W tym dniu zamawiający zawiadomił odwołującego o czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący w tym dniu dowiedział się zatem, że zamawiający nie zdecydował się odrzucić oferty przystępującego z powodu opisanego w zarzucie. Odwołujący wniósł wprawdzie 19 sierpnia 2024 r. odwołanie do prezesa izby wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (sygn. akt KIO 2993/24). Jednakże w odwołaniu tym próżno było szukać zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści jego oferty z pkt 15.1 OPZ. Zarzut taki odwołujący sformułował dopiero po raz pierwszy w obecnym odwołaniu wniesionym wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 4 września 2024 r. Jednocześnie izba stwierdziła, co było niesporne, że w okresie pomiędzy czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej z 7 sierpnia 2024 r., a czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej z 4 września 2024 r. nie zostały ujawnione jakiegokolwiek nowe okoliczności faktyczne, które miałyby wpływ na możliwość innego sformułowania zarzutu przez odwołującego. Bezspornie podstawa faktyczna zarzutu była znana odwołującemu przy wyborze oferty przystępującego dokonany 7 sierpnia 2024 r. W tej sytuacji izba stwierdziła, że termin na wniesienie odwołania i postawienie w nim spornego zarzutu upłynął odwołującemu 19 sierpnia 2024 r. Okoliczność, że postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2993/24 zostało umorzone przez Izbę na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp jako bezprzedmiotowe z tego powodu, że zamawiający 3 września 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 7 sierpnia 2024 r., z przyczyn wskazanych wcześniej nie otworzyła odwołującemu nowego terminu na podniesienie spornego zarzutu, który odwołujący mógł i powinien sformułować w odwołaniu z 19 sierpnia 2024 r. Odwołujący mógłby powołać się na tę okoliczność, gdyby w odwołaniu z 19 sierpnia 2024 r. postawił identyczny zarzut, który jedynie z powodu umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp nie mógł jednak zostać rozpoznany, i gdyby zarzut konsekwentnie powtórzył w obecnym odwołaniu. Z taką sytuacją jednak nie

mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie.

Na konieczność odrzucenia odwołania w analogicznej sytuacji faktycznej wskazuje się w orzecznictwie izby (por. przykładowo wyrok KIO z 4 października 2024 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 3182/24).

Odwołanie w pozostałym zakresie okazało się zasadne.

Trafny okazał się zarzut dotyczący bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego.

Izba stwierdziła, że w razie odrzucenia oferty wykonawcy, obowiązkiem zamawiającego wynikającym z przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp jest sporządzenie i przesłanie wykonawcy rzetelnego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia jego oferty.

Obowiązek podania uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty stanowi przejaw zasady przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 Pzp. Naruszenie obowiązku uzasadnienia czynności odrzucenia oferty sprawia, że postępowanie staje się nietransparentne. Odstąpienie od obowiązku uzasadnienia narusza także zasadę jawności postępowania. Wreszcie powyższe narusza zasadę równego traktowania wykonawców, stawia bowiem w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Dostrzeżenia wymagało również, że podanie podstawy faktycznej czynności odrzucenia oferty jest kluczowe celem zapewnienia wykonawcy pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia takiej czynności przez zamawiającego. Poznanie motywacji zamawiającego ma wpływ nie tylko na podjęcie przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej ale także na kształt i treść środka odwoławczego. Dopiero należycie uzasadniona czynność odrzucenia oferty pozwala wykonawcy prawidłowo sformułować i uzasadnić zarzuty odwołania. W konsekwencji dopiero uzasadniona czynność zamawiającego podlegać może kontroli pod kątem merytorycznej jej poprawności.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: *„W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.*

Izba podziela w całej rozciągłości stanowisko co do wagi instytucji uzasadnienia czynności zamawiającego, wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż: *„(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych*

okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał m.in.: W formularzu ofertowym w pozycji Pakiet części rezerwowych w kolumnie 6 Wykonawca podał: „Obudowa multipleksera Hitachi Energy XMC25 wraz z wymaganą zgodnie z SWZ ilością kart /modułów COOL4, DUA25, CENT2, SATP8, ETO12 wraz ze wszystkimi wymaganymi licencjami, transceiverami, akcesoriami, okablowaniem, gwarancją i serwisem zgodnie z wymaganiami SWZ”. Oznaczenia podane w tabeli formularza ofertowego w kolumnie 6 Wykonawcy Alma S.A. nie spełniają wymagań Zamawiającego. Wykonawca podał oznaczenia Multipleksera - XMC25 i modułów/kart - COOL4, CENT2, SATP8 ETO12, przy czym podane oznaczenia kart nie są oznaczeniami jednoznacznie identyfikującymi dany model karty. Podane oznaczenia to tylko nazwy rodzaju kart wchodzących w skład multipleksera, a nie konkretnego modelu karty. Oznaczenie to jest ogólne i nie zostało doszczegółowienie przez kod producenta. Wykonawca nie dokonał zatem oznaczenia elementów urządzenia w taki sposób, jaki był wymagany w postępowaniu. Same oznaczenia - COOL4, CENT2, SATP8 i ETO12 – nie pozwalają na konkretną identyfikację modułów/kart, a co za tym idzie na ocenę ich parametrów technicznych w świetle OPZ. Zacytowane nazwy "COOL4, DUA25, CENT2, SATP8, ETO12" są to nazwy kart składających się na całościowe wyposażenie urządzeń rodziny XMC25, a nie kody producenta. Podane nazwy nie spełniają roli kodu producenta, gdyż nie są to unikalne nazwy umożliwiające identyfikację danej karty w danym wykonaniu. Wykonawca nie zastosował się do Wyjaśnień treści SWZ z dnia 05.06.2024 r., w związku z powyższym Wykonawca nie spełnia wymagań SWZ i podlega odrzuceniu.

Jak wynikało z przywołanego uzasadnienia, zamawiający uznał, że podane przez odwołującego w formularzu ofertowym oznaczenia kart COOL4, CENT2, SATP8 i ETO12 to tylko nazwy rodzaju kart wchodzących w skład multipleksera, a nie konkretnego modelu karty. Według zamawiającego nie mogły być uznane za kod producenta, gdyż nie są to unikalne nazwy umożliwiające identyfikację danej karty w danym wykonaniu.

Zdaniem izby tak sporządzone uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego okazało się nad wyraz ogólne i pozbawione jakichkolwiek konkretów. W szczególności odwołujący prawidłowo zarzucił w odwołaniu, że zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia jego oferty nie wskazał, choćby na jednym przykładzie, jak według niego powinien wyglądać prawidłowo podany kod producenta dla jednej z kart / modułów zaoferowanych przez odwołującego w formularzu ofertowym w pozycji Pakiet części rezerwowych w kolumnie 6. Powyższe uniemożliwiło prześledzenie toku rozumowania zamawiającego, dlaczego oznaczenie użyte przez odwołującego to tylko oznaczenie rodzaju kart, a nie konkretnego modelu i dlaczego takie oznaczenie uniemożliwia identyfikację przedmiotu oferty.

Zdaniem izby zamawiający, jeśli uznał, że oznaczenia użyte przez odwołującego dla oferowanego asortymentu nie są prawidłowo podanym kodem producenta, powinien przedstawić taki prawidłowy kod. Tego jednak zamawiający nie uczynił, co słusznie odwołujący wytknął w uzasadnieniu podniesionego przez siebie zarzutu. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowiło istotny brak w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego. Brak ten, który został zaskarżony w odwołaniu, nie może być jednak sanowany przez stronę przeciwną w ten sposób, że brakujące uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty wykonawcy zostanie mu zakomunikowane na etapie postępowania odwoławczego przed izbą w piśmie procesowym przystępującego.

Z tego powodu izba uznała za spóźnione wywody przystępującego w tym zakresie zamieszczone w pkt II. ppkt od 9 do 15 jego pisma procesowego z dnia 8 października 2024 r. W tym fragmencie swego pisma przystępujący usiłował wykazywać, jak jego zdaniem powinien wyglądać prawidłowy kod producenta dla asortymentu oferowanego przez odwołującego. Jednakże tak sformułowana argumentacja przystępującego wykraczała poza uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego, co odwołujący słusznie wytknął w treści sformułowanego przez siebie zarzutu. Co więcej argumentacja przystępującego świadczyła o zasadności zarzutu, gdyż oznaczała, że zamawiający miał możliwość przedstawienia argumentacji, jak powinien jego zdaniem wyglądać prawidłowy kod producenta dla kart zaoferowanych przez odwołującego, czego jednak nie uczynił.

Wobec powyższego izba pominęła przy wyrokowaniu argumentację przystępującego, oraz powołane na jej poparcie dowody złożone przy piśmie z dnia 8 października 2024 r. Z analogicznych względów izba pominęła przy wyrokowaniu argumentację przeciwną przedstawioną przez odwołującego z ostrożności przy piśmie z dnia 14 października 2024 r. i zgłoszone na jej poparcie dowody przeciwnie.

Podkreślenia wymagało również to, że oferta odwołującego nie została odrzucona z jakiegokolwiek innego powodu. W szczególności zamawiający ani przystępujący nie wywodzili, aby w ramach danego „rodzaju kart”, jakie rzekomo zaoferował odwołujący, istnieją jakieś bliżej niesprecyzowane modele, z których część spełnia wymogi SWZ, a część tym wymogom nie odpowiada.

Zdaniem izby cel identyfikacji, jakiej oczekiwał zamawiający we wzorze formularza i udzielonej odpowiedzi, nie był jakiś abstrakcyjny. Tym celem było umożliwienie zamawiającemu oceny spełnienia przez oferowany asortyment parametrów technicznych określonych w SWZ, na co zresztą sam zamawiający wskazał w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający wskazał bowiem w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego wyrażnie, że rzekomo wadliwe oznaczenie przedmiotu oferty przez odwołującego miało uniemożliwić zamawiającemu ocenę parametrów technicznych w świetle OPZ. Tym samym zamawiający wskazał na cel wymogu podania kodu producenta, jakiego miał rzekomo nie spełnić odwołujący. Podkreślenia wymagało jednak w tym miejscu, że zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu faktycznym czynności dorzucenia oferty odwołującego jakich konkretnie parametrów technicznych nie udało się mu rzekomo ocenić z powodu nieprawidłowego oznaczenia oferowanych kart. Zamawiający nie wskazał ani jednego takiego parametru technicznego.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści oferty z pkt 3.2. OPZ, opisany w pkt II. 13 uzasadnienia odwołania (Brak spełnienia w ofercie przystępującego wymagania posiadania potencjału slotowego umożliwiającego rozbudowę).

W opisie przedmiotu zamówienia – załącznik nr 3 do SWZ, punkt 3.2 w tabelach dla każdego etapu zamówienia, zamawiający sformułował następujące wymaganie odnośnie budowy pojedynczego multipleksera MPLS-TP: *Potencjał slotowy urządzenia umożliwiający rozbudowę poprzez doposażanie w przyszłości w karty E1 lub Eth*.

Izba wzięła pod uwagę, że *„Potencjał slotowy urządzenia”* to liczba slotów, które dane urządzenie posiada. Natomiast *„Potencjał slotowy urządzenia umożliwiający rozbudowę”* to liczba wolnych slotów, które są dostępne w danym urządzeniu po wyposażeniu tego urządzenia we wszystkie wymagane karty / moduły.

Zdaniem izby odwołujący dokonał w odwołaniu prawidłowej wykładni postanowień SWZ. Odwołujący słusznie dostrzegł, że zamawiający w postanowieniu użył liczby mnogiej („karty E1 lub Eth”), a nie liczby pojedynczej („kartę E1 lub Eth”). Ponadto zamawiający w postanowieniu użył słowa „doposażanie”, a nie „doposażenie”, co wskazywało, że czynność doposażenia będą dokonywana co najmniej dwa razy. Taka konstrukcja postanowienia wskazywała zatem na konieczność zapewnienia co najmniej dwóch slotów wolnych.

Nie można było podzielić stanowiska przystępującego, jakoby wykładni pkt 3.2 OPZ należało dokonywać przez pryzmat wymagań rozbudowy dotyczących poszczególnych obiektów opisanych w pkt 5.2 OPZ. Przystępujący podniósł w piśmie procesowym, że dookreślenie możliwości rozbudowy w pkt 5.2 OPZ dla każdego obiektu odrębnie jest uzupełnieniem ogólnego wymagania z pkt 3.2 OPZ, które dla każdego z obiektów konkretyzuje się w inny sposób ze względu na odmienne potrzeby.

Po pierwsze nie można było się zgodzić ze stanowiskiem przystępującego, jakoby wymaganie z pkt 3.2. OPZ było ogólne, a zamawiający nie określił żadnych szczegółów przewidywanej rozbudowy ani jej minimalnego zakresu. Wręcz przeciwnie, zamawiający określił, że potencjał slotowy urządzenia ma umożliwić doposażanie w karty E1 lub Eth. Szczegóły rozbudów zostały zatem dość precyzyjnie określone. Zamawiający nie wskazał także, aby wymaganie z pkt 3.2. OPZ miało być uchylane przez zamieszczone dalej, w pkt 5.2 OPZ, inne wymagania dotyczące możliwości rozbudowy o wskazaną liczbę portów E1. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w tym zakresie nie zawarł odesłań w pkt 3.2. OPZ do pkt 5.2. OPZ ani odwrotnie.

Ponadto na to, że postanowienia pkt 3.2. OPZ oraz pkt 5.2. OPZ pozostawały od siebie niezależne wskazywał także fakt, że w pkt 3.2 OPZ była mowa o potencjale slotowym, czyli konieczności zapewnienia wolnych slotów, w które zamawiający chciał wkładać karty E1 lub Eth. Z kolei w podpunktach pkt 5.2 OPZ dla niektórych obiektów zamawiający użył sformułowania „możliwość rozbudowy” o określoną liczbę portów E1. Dostrzeżenia wymagało, że w tym przypadku nie użyto sformułowania „*potencjał slotowy*”. W konsekwencji możliwości rozbudowy o określoną liczbę portów E1 można było zapewnić także w inny sposób, niż przez „*potencjał slotowy*”, przy czym możliwość ta dotyczyła portów E1.

Ponadto dla niektórych obiektów, wymienionych w podpunktach pkt 5.2, zamawiający w ogóle nie przedstawił opisu co do możliwości rozbudowy. Odwołujący na str. 22 odwołania podniósł, że takich obiektów, gdzie w wymaganiach dla danego obiektu, podanych w podpunktach pkt 5.2, w ogóle nie opisano wymagań co do możliwości rozbudowy i nie podano ani ilości, ani typu portów wymaganych w ramach możliwości rozbudowy, jest łącznie aż 24 na 53 obiekty objęte zakresem zamówienia. Odwołujący wskazał, że te 24 obiekty to: obiekt nr 0013, obiekt nr 0016, obiekt nr 0018, obiekt nr 2020, obiekt nr 2021, obiekty od nr 0024 do nr 0041, obiekt nr 0044 i obiekt nr 0045. Zdaniem izby przy przyjęciu rozumowania przystępującego, że wymóg z pkt 3.2 OPZ ma charakter niesamodzielny, oznaczałoby to, że dla takich

obiektów wymóg ten w ogóle nie obowiązuje.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu okazała się argumentacja przystępującego wskazana w pkt III. 4 pisma procesowego z dnia 8 października 2024 r. Przystępujący wskazał tam, że *Alternatywą zapewniającą wymagany potencjał slotowy jest także zastosowanie kart hybrydowych, która posiada zarówno porty obu typów, zarówno E1, jak i Eth.* Przystępujący przyznał bowiem jednocześnie, że *nie jest to sposób zapewnienia potencjału slotowego, który Przystępujący miał na myśli sporządzając ofertę w Postępowaniu.* Wobec powyższego ww. stanowisko przystępującego uznano za bezprzedmiotowe.

Zdaniem izby oferta przystępującego okazała się sprzeczna z prawidłowo interpretowanym pkt 3.2. OPZ, gdyż nie zapewniała zamawiającemu wymaganego tam potencjału slotowego. W pkt V. pisma procesowego z 3 września 2024 r. przystępujący oświadczył, że w przypadku multipleksera w obiekcie nr 0001 oraz multipleksera w obiekcie nr 0002 pozostawiony będzie tylko jeden wolny slot na przewidzianą rozbudowę. Przystępujący wskazał bowiem, że:

„5. Jeżeli chodzi o urządzenie w Obiekcie numer 0001, to zaprojektowany multiplekser uwzględni porty E1, tj. 80 szt. portów bazowych oraz 16 szt. tych portów dla przewidzianej rozbudowy (łącznie 96 portów) oraz interfejsy Ethernet. Poza tym pozostawiony jest jeden wolny slot, pomimo, że określony w pkt 5.2 planowany potencjał rozbudowy w 16 szt. portów E1 został zabezpieczony. Wolny slot będzie mógł być wykorzystany dowolnie - na dodatkowy interfejs Ethernet lub E1.

6. W przypadku urządzenia w Obiekcie numer 0002 należy podkreślić, że jest to urządzenie dla którego wymagana była znaczna ilość portów E1 – 90 portów bazowych oraz możliwość rozbudowy o 16 szt. Poza tym wymagano 60 interfejsów Ethernet. Przystępujący zaprojektował urządzenie odpowiadające tym wymaganiom – multiplekser zawiera porty bazowe E1 w ilości 96 portów, interfejsy Ethernet oraz jeden wolny slot na przewidzianą potencjalną rozbudowę. Zatem również w tym przypadku wolny slot (niewyposażony w porty w dniu dostawy) został przewidziany.”

To, że w obiektach 0001 oraz 0002 przystępujący zapewnił tylko 1 wolny slot wynikało również z pkt 2.4 (tabela) opinii dr Szymona Kijasa z dnia 14 października 2024 r, jaką przystępujący złożył w charakterze dowodu.

O tym, że w obiektach 0001 i 0002 przystępujący pozostawił tylko jeden wolny slot, świadczył także pkt III.19 pisma procesowego z 8 października 2024 r. *Ten dodatkowy slot jest wystarczający, aby umożliwić w przyszłości rozbudowę multipleksera poprzez doposażanie w przyszłości w karty E1 lub Eth, która może być realizowana przez Zamawiającego w różny sposób, także inny niż wskazany przez Odwołującego (tj. nie tylko poprzez umieszczenie karty E1 lub Eth bezpośrednio w tym slotcie).*

Przystępujący w tym fragmencie także przyznał, że w obu obiektach przewidział tylko jeden wolny slot. Jednocześnie przystępujący nie wyjaśnił w jaki sposób zabezpieczył zamawiającemu „potencjał slotowy” umożliwiając doposażanie w karty E1 lub Eth inaczej niż poprzez umieszczenie kart E1 lub Eth w tych slotach. Tymczasem, jak wynikało z treści postanowienia pkt 3.2. OPZ sporny wymóg składał się z dwóch elementów, tj.:

- a) potencjał slotowy urządzenia,
- b) umożliwiający rozbudowę przez doposażanie w przyszłości w karty E1 lub Eth.

Jak słusznie wskazał odwołujący w swym piśmie procesowym z dnia 14 października 2024 r., oba ww. elementy musiały być spełnione jednocześnie, czyli rozbudowa przez doposażanie w przyszłości w karty E1 lub Eth musiała być umożliwiona przez potencjał slotowy urządzenia.

Nie dowodziła słuszności stanowiska przystępującego złożona przez niego w charakterze dowodu opinia prywatna dr Szymona Kijasa z dnia 14 października 2024 r. Z pkt 2.4 (tabela) tej opinii jednoznacznie i wprost wynikało, że przystępujący w obiektach 0001 oraz 0002 pozostawił tylko 1 wolny slot. Autor opinii wskazywał wprawdzie, że w rozwiązaniu przystępującego istnieć będzie możliwość rozbudowy przez doposażanie w kartę obsługującą protokoły m.in. Ethernet, E1. Autor opinii oświadczył bowiem: *W przypadku, gdy w danej lokalizacji nie był na tym etapie konieczny moduł rozszerzeń EXT założono 3 E-sloty jako potencjał rozbudowy. Jak widać, w każdej lokalizacji jest min. 1 wolny slot na rozbudowę, który można wykorzystać na doposażanie w dowolną kartę obsługującą protokoły komunikacyjne Ethernet, E1, SDH lub hybrydowo miks tych usług. Można więc w oparciu o powyższe wolne sloty każde z urządzeń rozbudować jednocześnie o porty Eth i E1.* Podkreślenia wymagało, że sam autor posłużył się sformułowaniem „doposażenie” a nie „doposażanie”, a nadto słowem „kartę” w liczbie pojedynczej. Wspominał także o możliwości rozbudowy o porty Eth i E1, lecz nie o możliwości rozbudowy o karty w oparciu o wymagany w pkt 3.2. potencjał slotowy, a tego dotyczył ten wymóg.

Przystępujący powołał się także na oświadczenie producenta firmy Ribbon Communications International Limited

z dnia 02.09.2024 r. (załącznik nr 2 do pisma procesowego przystępującego z 8 października 2024 r.), który oświadczył: „Konfiguracja Multiplexera MPLSTP Neptune Ribbon zaprojektowana na potrzeby ww. postępowania uwzględnia przewidziane w OPZ wymagania co do potencjału slotowego umożliwiającego rozbudowę poprzez doposażenie urządzenia w karty E1 lub Eth.”. Jednakże izba stwierdziła, że oświadczenie to okazało się nad wyraz ogólne. Producent nie wyjaśnił na czym opiera swe stanowisko i skąd ono wynika. Ponadto, w oświadczeniu tym producent posłużył się sformułowaniem „doposażenie”, a nie „doposażanie”, a więc nie wynikało z niego z całą pewnością, że zdaniem producenta czynność doposażenia będzie możliwa więcej niż jeden raz.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści oferty z pkt 5.2. OPZ, opisany w pkt III. 15 uzasadnienia odwołania (Niespełnienie wymogu zapewnienia wydajności matrycy min. 10 Gb/s pomiędzy kartą Eth a kartą backplain/switchującą)

W opisie przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 3 do SWZ, Tabele 2 dla każdego Etapu - punkt 5. Pole komutacyjne typ i liczba” Zamawiający wymagał: „5.2 Karta pola backplain/switchująca musi zapewniać wydajność matrycy min. 10 Gb/s pomiędzy kartą Eth, a kartą backplain/switchującą.”.

Ustalono także, że przystępujący w formularzu ofertowym zaoferował zamawiającemu m.in. urządzenie główne, tj. multiplexer MPLS-TP oznaczone kodem producenta - NPT-1300 - X44497. Przystępujący zaoferował także zamawiającemu karty backplain/switchujące oznaczone kodem producenta - MCIPS1T. Zaoferował także karty interfejsów Ethernet (oznaczone kodem producenta: DHGE_10_POE). Karty te wchodziły w sloty urządzenia dodatkowego EXT-2U/EXT-2UH, posiadającego sloty (Eslot) na dodatkowe 3 karty ponad te, które w liczbie 7 (Tslot) są w urządzeniu głównym NPT-1300.

Ustalono także, że w tabeli zatytułowanej „EXT-2U and EXT-2UH Platform Compatibility” na str. 291 dokumentacji technicznej producenta, na jaką powołał się odwołujący wskazuje się, że gdy urządzeniem głównym jest NPT-1300, można użyć jako urządzenia dodatkowego zarówno EXT-2U jak i EXT-2UH, jednakże przy użyciu w urządzeniu NPT-1300 zaoferowanej przez przystępującego karty backplane/switchującej MCIPS1T połączenie między urządzeniem głównym a kartą DHGE_10_POE w slotie urządzenia EXT 2U/EXT 2UH nie może działać z prędkością 10 Gb/s. Dowodu tego wynikało bowiem, że w takiej konfiguracji pozostaje dostępna tylko prędkość 2.5 Gb/s.

Wprawdzie, oferowana przez przystępującego karta DHGE_10_POE była kartą Ethernet o 10 portach Ethernet c prędkości do 1Gb/s każdego portu (in. GbE) (por. str. 317 ww. dokumentacji producenta, na jaką powołał się odwołujący). Jednakże przy konfiguracji zaoferowanej przez przystępującego obejmującej kartę backplane/switchującą MCIPS1T ta sumaryczna wydajność jest ograniczona do 2.5G/s, z przyczyn wskazanych wcześniej.

Przystępujący podnosił, że urządzenie EXT-2U/EXT-2UH jest dodatkowym urządzeniem dopuszczanym przez zamawiającego. Wskazywał, że w zależności od tego jakimi portami go obsadzić, to jednostka rozszerzająca EXT będzie posiadała cechy karty Eth lub E1, jednakże nie jest per se kartą Ethernetową. Stąd wywodził, że nieuprawnionym jest odnoszenie wymagania z pkt 5 tabel z OPZ ppkt 5.2 do połączenia między portami Ethernet umieszczonymi w jednostce rozszerzającej a matrycą przełączającą.

Zdaniem izby stanowisko przystępującego okazało się nieprawidłowe. Sporny wymóg zamawiającego odnosił się do wszelkich kart Ethernet, w tym również takich, które znajdują się w urządzeniach dodatkowych, do jakich należało urządzenie EXT-2U/EXT-2UH. Zdaniem izby, jeżeli przez kartę Ethernet jest prowadzony ruch danych, to do karty tej znajdowało zastosowanie wymaganie z pkt 5.2 OPZ.

W piśmie procesowym przystępujący wyjaśniał dodatkowo, że zgodnie z dokumentacją producenta, w połączeniu między portami Ethernet umieszczonymi w jednostce rozszerzającej EXT a matrycą przełączającą istnieją trzy torry komunikacyjne, a każdy z nich cechuje przepływność 2,5 Gb/s w dół i 2,5 Gb/s w górę, zatem wydajność każdej z trzech linii sygnałowych wynosi 5 Gb/s. Odwołujący nie zaprzeczał ww. okoliczności, wobec powyższego izba uznała to za ustalone.

W oparciu o powyższe przystępujący wywiódł, że łączna wydajność trzech linii sygnałowych wynosi zatem 15 Gb/s. To ostatnie twierdzenie okazało się sporne między stronami. Odwołujący podnosił bowiem, że nie ma podstaw aby sumować przepływność pomiędzy trzema niezależnymi torami komunikacyjnymi.

Jak wykazał odwołujący dowodem - schemat blokowy znajdujący się na str. 101 dokumentacji technicznej producenta Neptune Reference Manual V9.1 Document Revision: 02, każde z połączeń o wydajności 2,5xGE jest

przypisane do konkretnego Eslotu, w którym jest instalowana pojedyncza karta Ethernet DHGE10-POE. Konstrukcja połączeń w zaoferowanym rozwiązaniu z powodu sztywnego przypisania poszczególnych torów komunikacyjnych pomiędzy matrycą przełączającą a kartą Ethernet o wydajności 2,5xGE do konkretnych slotów nie daje możliwości, aby jeden slot mógł korzystać z wydajności pozostałych torów komunikacyjnych przypisanych do pozostałych slotów, co z kolei oznacza, że porty Ethernet umieszczone na każdej danej karcie Ethernet DHGE_10_POE mogą korzystać razem z łącznej wydajności 2,5Gb/s, jaką może zapewnić pojedynczy tor komunikacyjny. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że sumowanie wydajności trzech odrębnych linii sygnałowych jest pozbawione podstaw.

Izba stwierdziła, że urządzenie EXT-2U/ EXT-2UH nie jest kartą, w tym kartą Eth lecz stanowi odrębne urządzenie. Powyższe wynikało choćby z pkt 2.6 lit. b), opinii dr Szymona Kijasa z dnia 14 października 2024 r., złożonej przez przystępującego w charakterze dowodu. Powyższe wynikało także z wyjaśnień samego przystępującego z dnia 1 sierpnia 2024 r. Skoro tak, to nie można było sumować wydajności trzech linii sygnałowych tego urządzenia i porównywać ją z wymaganą przez zamawiającego wydajnością 10Gb/s. Jak słusznie wskazał odwołujący w swym piśmie procesowym, parametr wymagany przez zamawiającego odnosił się stricte do karty Eth, a nie do łącznie trzech kart Eth umieszczonych w jednym urządzeniu EXT-2U/ EXT-2UH.

Przystępujący w swym piśmie procesowym z dnia 8 października 2024 r. powołał się oświadczenie producenta Ribbon Communications sp. z o.o. z dnia 2 września 2024 r. (załącznik nr 2 do ww. pisma). Producent oświadczył faktycznie w ww. piśmie: *W zaoferowanej konfiguracji Multiplexera MPLS-TP Neptune Ribbon karta pola backplain/switchująca zapewnia wydajność matrycy min. 10 Gb/s pomiędzy kartą Eth a kartą backplain/switchującą. Połączenie jednostki rozszerzającej EXT (EXT-2U/EXT-2UH) z matrycą przełączającą w zaoferowanych konfiguracjach sprzętowych jest zrealizowane za pomocą trzech linii sygnałowych. Łączna wydajność tego połączenia wynosi 15 Gb/s.*

Izba wzięła jednak pod uwagę, że powyższe oświadczenie producenta okazało się bardzo lakoniczne. W szczególności z oświadczenia tego nie wynikało, dlaczego producent uważa, że istnieją podstawy do sumowania wydajności trzech odrębnych linii sygnałowych, choć powołany przez odwołującego schemat znajdujący się w dokumentacji tego producenta nie uprawniał do przyjęcia takiego stanowiska.

Nie dowodziła stanowiska przystępującego także opina prywatna dr Szymona Kijasa z 14 października 2024 r. Autor tej opinii wprawdzie w pkt 2.6. ppkt b wskazał wprost, że moduł rozszerzeń nie jest kartą Ethernet. Na powyższe wskazał także w pkt 2.7. g swej opinii. Jednakże, mimo to, swój wywód do możliwości sumarycznego odczytywania wartości parametru wydajności oparł w pkt 2.6 d – 2-6 g opinii właśnie na założeniu, jakby moduł rozszerzeń był kartą Ethernet. Autor opinii wskazał bowiem w pkt 2.6. d), że gdyby potraktować moduł rozszerzeń jako kartę Eth (...) to należałoby rozważyć jakiej wydajności połączenie istnieje między matrycą przełączającą a modulem. Takie założenie jednak, jak przyznał sam autor opinii w pkt 2.6 b i w pkt 2.7. g, było jednak nieuzasadnione, bo moduł nie jest kartą Ethernet. Rozważania autora w tym zakresie należało uznać zatem za bezzasadne.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia części odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1-2 oraz 4 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio umorzenia części postępowania, odrzucenia części odwołania oraz kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 3 sentencji) i formalnym (pkt 1-2, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego oraz zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego i wybrał ją jako najkorzystniejszą.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Innergo Systems sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności treści oferty z 3.2. OPZ a także z powodu niezgodności treści oferty z pkt 5.2. OPZ.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba odrzuciła odwołanie w zakresie jednego zarzutu oraz uwzględniła odwołanie w zakresie trzech zarzutów. Odpowiedzialność za wynik postępowania poniósł zatem odwołujący w części 1/4 oraz wnoszący sprzeciw przystępujący w części 3/4. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika wnoszącego sprzeciw w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 5.550 zł (22.200 x 1/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 13.050 zł (18.600 zł – 5.550 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w 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).

Przewodniczący:.....