

WYROK

z dnia 8 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 6 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 24 listopada 2023 r. przez wykonawcę SEVENET S.A. z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy IT arte Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3505/23

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Dostawa i wdrożenie infrastruktury sieci LAN w serwerowniach PKP Polskich Linii Kolejowych S.A.”, numer postępowania: 6060/ILG 8/11901/03302/23/P.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 168-529855.

W dniu 24 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SEVENET S.A. z siedzibą w Gdańsku, dalej jako: „Odwołujący” wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IT arte Sp. z o.o. ul. Zielna 37, 00-108 Warszawa (dalej „Wykonawca” lub IT arte”), która to oferta podlega odrzuceniu, oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę IT arte podlegającego wykluczeniu z postępowania;

2. art. 16 pkt 1) ustawy oraz art. 17 ust. 2 ustawy poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy IT arte mimo tego, że wykonawca dopuścił się wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co w konsekwencji doprowadziło do prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia i odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Stanowisko Odwołującego:

Przedstawiając swoje stanowisko Odwołujący wskazywał, że w jednym z kryteriów oceny ofert (P4) Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „Wykonawca otrzyma 10 pkt w przypadku gdy każdy z zaoferowanych przełączników obsługuje oraz natywnie i oficjalnie wspiera posiadane przez Zamawiającego wkładki firmy Cisco tj. 10Gbase-SR, 10Gbase-LR, 1000Base-T, QSFP-40G-SR-BD, QSFP40G- AOC. Zamawiający przyzna punkty na podstawie informacji zawartych Formularzu cenowym, stanowiącym Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ”.

Wykonawca w pkt 21 Formularza ofertowego potwierdził że zaoferowane przez niego rozwiązanie producenta Arista posiada oficjalne wsparcie producenta Arista dla wkładek firmy trzeciej (Cisco), wypełniając „Parametr 4”, jako spełniony, wpisując w ostatniej kolumnie „TAK” za co otrzymał dodatkowe 10 punktów w kryteriach oceny oferty.

Jak podkreślił Odwołujący, producent Arista oficjalnie zaprzecza tej informacji. Odwołujący pozyskał oficjalne stanowisko producenta Arista udzielone w odpowiedzi na zadane przez współpracownika Odwołującego pytanie dotyczące zapewnienia wsparcia producenta dla wkładek firmy trzeciej (Cisco). W odpowiedzi na zadane pytanie przedstawiciel producenta potwierdził że Arista nie może zagwarantować wydajności, jakości ani niezawodności wkładek firm trzecich. Z odpowiedzi Arista wynika wprost, że jeżeli wada lub usterka wynika z użycia wkładek firm trzecich to Arista nie zapewni wsparcia dla danego produktu.

Dodatkowo, z informacji przekazanej przez Producenta wynika też, że Zamawiający będzie musiał podpisać osobny dokument, w którym zgodzi się na ryzyko obarczone używaniem wkładek firm trzecich. Dokładnie chodzi o zdanie zaznaczone w mailu z dnia 21.11.2023 godz. 19:27 od p. Jarosława Grabowskiego z Arista, że: „Odblokowanie optyki jest bezpłatne jednak wymaga autoryzacji i podpisanie dokumentu przez klienta że potwierdza wyłączenie spod gwarancji wkładek”, które po pierwsze potwierdza, że sama usługa wprowadzenia kodu jest nieodpłatna (IT Arte wyceniło na 2500 per urządzenie), a po drugie, że Zamawiający będzie musiał podpisać dodatkowy dokument, o którym nikt go nie poinformował na etapie rozpatrywania ofert. Jest to istotny argument potwierdzający wprowadzanie Zamawiającego w błąd.

Dalej Odwołujący wskazał, że Wykonawca w Formularzu cenowym pkt 2 ppkt 2.1. poz. 4 tabeli dla produktu oznaczonego jako: „Transceiver unlock license key (Licencja aby działały wkładki SFP/SFP+/QSFP+/QSFP28 i kabl AOC/DAC Cisco w przełącznikach Arista” zdefiniował kod produktu tj. Part Number (PN): TRANSCEIVER-UNLOCK Transceiver unlock license key. Analiza przeprowadzona przez Odwołującego w tym analiza oficjalnych specyfikacji producenta Arista publikowanych na stronach internetowych wykazała, że nie istnieje wyżej wymieniony Part Number, ani żadne oficjalne wsparcie dla tych wkładek nie jest wymienione oficjalnie na stronach producenta Arista Networks.

Wskazane adresy stron internetowych nie zawierają informacji o wpisanym przez Wykonawcę do oferty Part Number (PN), a dotyczą listy obsługiwanych wkładek. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że PN TRANSCEIVER-UNLOCK może sugerować jakąś funkcjonalność licencyjną, niemniej jednak oficjalny dokument licencyjny Producenta Arista pn. „Arista Software License Framework” również nie zawiera ww. PN.

Podsumowując tę część Odwołujący wskazał, że jego zdaniem Wykonawca IT arte wprowadził Zamawiającego w błąd celowo, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa i zrobił to poprzez:

- 1) zaznaczenie w formularzu ofertowym pozycji dot. wsparcia wkładek firmy Cisco, pomimo, że Arista (producent urządzeń zaoferowanych przez IT Arte) nie wspiera natywnie i oficjalnie wkładek firm trzecich, w tym wkładek firmy Cisco,
- 2) wykreowanie PN, który zdaniem IT Arte daje „Licencje aby działały wkładki..” czyli sugeruje jakąś funkcjonalność licencyjną; pomimo, że taki PN nie jest oferowany przez Arista, producenta zaoferowanych przez IT Arte urządzeń.

Dalej Odwołujący odniósł się także do kwestii innego z kryteriów oceny ofert – P5. Zamawiający zawarł w nim wymaganie: „Wykonawca otrzyma 5 pkt w przypadku, gdy wsparcie sprzętowe na zaoferowanych przełącznikach dla telemetrii, dla wszystkich przesyłanych pakietów w pełnej prędkości przełączania (próbki pakietów w mechanizmach typu Netflow, SFlow nie spełnia tego warunku). Zamawiający przyzna punkty na podstawie informacji zawartych w Formularzu cenowym, stanowiącym Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ”.

Wykonawca w pkt 21 Formularza ofertowego potwierdził że zaoferowane przez niego rozwiązanie producenta Arista posiada oficjalne wsparcie producenta Arista dla sprzętowego wsparcia telemetrii dla wszystkich oferowanych urządzeń, wypełniając „Parametr 5”, jako spełniony, wpisując w ostatniej kolumnie „TAK” za co otrzymał dodatkowe 5 punktów w kryteriach oceny oferty.

Jak wskazał Odwołujący sprzętowe wsparcie dla telemetrii w urządzeniach firmy Arista realizowane jest za pomocą

technologii Inband Telemetry. Technologia ta, zgodnie z informacją na stronie producenta, nie jest wspierana na jednym z oferowanych przez Wykonawcę urządzeń wymienionych w Formularzu cenowym pkt 2 ppkt 2.1. poz. 7: „Przełączniki Border-Leaf DCS-7280SR3M-48YC8-F”. Specyfikacja linii produktowej dla produktu 7280R3 na stronie internetowej wskazuje brak wsparcia dla usługi Inband Telemetry.

Odwolujący wskazał, że stoi na stanowisku, które jest poparte dowodami wymienionymi powyżej i załączonymi do niniejszego odwołania, a pochodzącymi bezpośrednio od przedstawicieli producenta Arista lub wynikającymi wprost z dokumentacji publikowanej przez producenta w oficjalnych specyfikacjach i instrukcjach zamieszczonych na stronie producenta Arista, że oferowane przez Wykonawcę rozwiązanie nie spełnia dodatkowo punktowanych paramentów oznaczonych jako P4 oraz P5 wobec czego Zamawiający nie powinien przyznać w ww. kryteriach maksymalnej ilości punktów. Wobec faktu niespełniania ww. paramentów Wykonawca po pierwsze powinien otrzymać 0 pkt ww. kryteriach oceny oferty, a po drugie – a przede wszystkim – powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 109 ust 1 pkt 10) ustawy, a oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy jako złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania wobec wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji co miało istotny na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 5 grudnia 2023 r. stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że poprzedził wszczęcie Postępowania przeprowadzeniem wstępnych konsultacji rynkowych, podczas których odbył spotkania z czterema uczestnikami rynku, w tym m.in. z Przystępującym. Zgodnie z informacjami uzyskanymi podczas wstępnych konsultacji rynkowych, rozwiązanie firmy Arista obsługuje wkładki optyczne innych firm, w tym m.in. firmy Cisco, które Zamawiający aktualnie posiada i które chciałby wykorzystać w nowym środowisku sieciowym. Na potwierdzenie takiego stanu rzeczy Przystępujący przekazał dokument producenta, z którego wynika, że aktywacja obsługi wkładek optycznych innych producentów jest możliwa po wgraniu dedykowanej licencji. Na potwierdzenie przedmiotowych okoliczności Zamawiający przedkłada w załączeniu – dokument producenta wraz z tłumaczeniem, który jednoznacznie potwierdza, że możliwe jest współpracowanie rozwiązania firmy Arista z wkładkami optycznymi innych firm. Dodatkowo Zamawiający przedkłada w załączeniu także notatkę ze spotkania z Przystępującym w ramach wstępnych konsultacji rynkowych prowadzonych przed wszczęciem Postępowania z dnia 27 marca 2023 r. W punkcie 2 podpunkt 10 tej notatki wskazano, że rozwiązanie firmy Arista obsługuje wkładki firmy Cisco.

Jak kontynuował Zamawiający należy zwrócić uwagę na fakt, iż Odwołujący przytacza korespondencję pomiędzy panem K.Z. a oficjalnym kanałem producenta służącym do rozwiązywania problemów z działaniem produktów Arista wdrożonych u klientów. W praktyce osoby rozwiązujące problemy klientów posiadają pełną wiedzę o posiadanym przez klienta rozwiązaniu oraz warunkach SLA umów serwisowych. Ma to na celu udzielenie najlepszego wsparcia dla rozwiązania problemu istniejącego w posiadanym przez klienta rozwiązaniu. Dlatego osoba realizująca zadania na linii suportu firmy Arista prosi o numery seryjne przełączników w celu znalezienia odpowiednich kontraktów serwisowych oraz umów. W przytoczonej komunikacji na końcu korespondencji z dnia 21 listopada pojawia się prośba od przedstawiciela producenta, o przekazanie szczegółów projektu, gdyż jest to temat handlowy wymagający prawdopodobnie ustalenia i uzgodnienia zakresu wsparcia i obsługi potencjalnych wkładek, konwerterów w ramach potencjalnego projektu. Natomiast Odwołujący twierdzi, że przytoczył oficjalne stanowisko producenta, choć nie przedstawił dalszej komunikacji z producentem. Prawdopodobnie nie zwrócił się z przedstawionym zagadnieniem do działu handlowego tak jak sugerował pan J.G. z firmy Arista.

Jak kontynuował Zamawiający, z powszechnie dostępnych informacji wynika, że firma Arista umożliwia obsługę wkładek innych producentów natomiast temat należy zgłosić do działu handlowego firmy. Przykładowo można wskazać informacje zawarte na stronie internetowej, a w tym informacje na oficjalnej stronie internetowej producenta zaoferowanego rozwiązania.

Odnosząc się natomiast do argumentacji dotyczącej Parametru P5 Zamawiający wskazał, że zaoferowane rozwiązanie, tj. przełączniki typu border-leaf, a dokładnie model DCS-7280SR3M-48YC8-F, posiada funkcjonalność opisaną w Parametrze P5, co można stwierdzić na podstawie powszechnie dostępnych informacji.

Szczegółowe dane i specyfikacja techniczna tego konkretnego modelu zawarte są na stronie producenta. Oznaczony kolorami fragment potwierdza posiadanie przez zaoferowane przez Przystępującego rozwiązanie kluczowej funkcjonalności, jaką jest Inband Network Telemetry tj. sprzętowe wsparcie dla przesyłanych danych telemetrycznych.

Podobne informacje wynikają z karty katalogowej oferowanego produktu.

Oznaczony kolorami fragment (strona 4) potwierdza posiadanie przez zaoferowane przez Przystępującego rozwiązanie kluczowej funkcjonalności, jaką jest Inband Network Telemetry tj. sprzętowe wsparcie dla przesyłanych danych telemetrycznych. Zamawiający analizując dostępne materiały uznał informacje zawarte na kartach katalogowych oferowanego rozwiązania za dane najbardziej wiarygodne ponieważ karty katalogowe zawierają bardziej szczegółowe oraz lepiej opisane informacje, które odnoszą się do konkretnych produktów.

W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, należy uznać, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenia spełniają parametry P4 oraz P5, zatem argumentacja Odwołującego jest niezasadna.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 5 grudnia 2023 r. stanowisko w sprawie zajął Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania oraz przedstawiając stosowną argumentację.

Przystępujący wskazał, że wiadomości na które powołuje się Odwołujący (korespondencja prowadzona pomiędzy Odwołującym, a producentem Arista), nie jest korespondencją pełną (tj. nie zawierała wszystkich informacji, które przekazywane były w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również nie zawierała pełnego opisu sytuacji) co potwierdza sam producent Arista w wiadomościach, które Przystępujący przekazał w załączeniu jako dowód.

Z powyższego dowodu wynika w sposób niebudzący wątpliwości, iż zaoferowany przez Przystępującego przedmiot zamówienia, nie tylko spełnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego warunki i wymagania, ale również przed jego zaoferowaniem (tj. wpisaniem go w ofercie) Przystępujący skontaktował się z producentem Arista w celu 100% potwierdzenia, iż rzeczywiście produkt nie tylko spełnia ale również będzie spełniał wszystkie wymagania. Z kolei korespondencja załączona do odwołania przez Odwołującego jest korespondencją, która nie przedstawiała producentowi Arista wszystkich informacji, aby ten mógł w sposób nie budzący wątpliwości odpowiedzieć na to czy produkt spełnia, czy nie spełnia wymagania Zamawiającego, jak również czy posiada dodatkową funkcjonalność (za którą przyznawana była dodatkowa liczba punktów). Tym samym nie można ona stanowić dowodu na potwierdzenie prawdziwości i zasadności zarzutów odwołania.

Przystępujący zwrócił również uwagę na przeprowadzone konsultacje rynkowe, na których poruszane były kwestie obsługiwanie przez urządzenia oferowane przez Przystępującego konkretnych funkcjonalności.

Dalej Przystępujący zauważył, że nie wszystkie informacje dotyczące oferowanego sprzętu, jego kompatybilności, itp. muszą znajdować się w szeroko rozumianym Internecie. To że „nie istnieje wyżej wymieniony Part Number, ani żadne oficjalne wsparcie dla tych wkładek nie jest wymienione oficjalnie na stronach producenta Arista Networks” nie może być dowodem na to, że takie wsparcie nie jest oferowane.

Jak wynika z analizy treści odwołania, Odwołujący wywodzi nieistnienie wskazanych przez niego jego informacji, wyłącznie z faktu, iż nie znajdują się one w Internecie, czyli nie są publicznie dostępne. W ocenie Przystępującego zaprezentowane przez Odwołującego rozumowanie jest fundamentalnie błędne, a występowanie lub niewystępowanie jakichkolwiek informacji w sieci Internet nie świadczy o obiektywnym istnieniu albo nieistnieniu faktów, przedmiotów lub zdarzeń. Z doświadczenia życiowego, wynika, iż informacje znajdujące się na stronach internetowych dostawców lub producentów, nie tylko częstokroć są niepełne lub nie aktualne, ale również częstokroć bywają wprost błędne. Co więcej tego typu informacje mogą być objęte tajemnicą biznesową, dostępną wyłącznie dla stałych kooperantów danego producenta, co dodatkowo uzasadnia brak umieszczania takich informacji w sieci.

Przystępujący przytoczył również liczne orzecznictwo na poparcie swojego stanowiska.

W zakresie przełączników Przystępujący wskazał, iż zaoferowane przełączniki Arista przez IT arte realizują funkcję telemetry również korzystając z funkcji “Postcard Telemetry”, co potwierdza załącznik 10 dostarczony przez Sevenet. Wynika z niego, iż funkcja jest zaznaczona jako wspierana dla ruchu IPv4, IPv6 oraz VXLAN. Zaoferowane przełączniki 7280R3 wspierają sprzętowe wsparcie dla funkcji Inband Network Telemetry co potwierdza karta katalogowa producenta.

W związku z powyższym, zdaniem Przystępującego, bezzasadne są również zarzuty dotyczące rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd i przekazania nieprawdziwych informacji, a co za tym idzie żądanie wykluczenia Przystępującego, ponieważ nie zostały spełnione przesłanki określone w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1

ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę IT arte Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Przystępujący”, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wszystkie wymogi związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo, w ramach postępowania odwoławczego Odwołujący, Zamawiający jak i Przystępujący wnioskowali o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, wyszczególnionych w pismach procesowych lub wskazanych w treści protokołu z posiedzenia i rozprawy. Izba postanowiła dopuścić wnioskowane przez strony i uczestnika dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. Różnie Izba oceniła jednak wiarygodność i moc przedkładanych przez strony i uczestnika dowodów, co znajdzie wyraz w dalszej treści uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa i wdrożenie infrastruktury sieci LAN w serwerowniach PKP Polskich Linii Kolejowych S.A.”, numer postępowania: 6060/ILC 8/11901/03302/23/P.

W Rozdziale X SWZ Zamawiający przewidział, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania m. in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2-4 oraz 7-10 ustawy PZP.

Zamawiający ustanowił m. in. następujące kryteria oceny ofert:

Parametr 4 (P4) – Każdy z zaoferowanych przełączników obsługuje oraz natywnie i oficjalnie wspiera posiadane przez Zamawiającego wkładki firmy Cisco tj. 10Gbase-SR, 10Gbase-LR, 1000Base-T,QSFP-40G-SR-BD, QSFP-H40G-AC (waga 10%).

Wykonawca otrzyma 10 pkt w przypadku gdy każdy z zaoferowanych przełączników obsługuje oraz natywnie i oficjalnie wspiera posiadane przez Zamawiającego wkładki firmy Cisco tj. 10Gbase-SR, 10Gbase-LR, 1000Base-T,QSFP-40G-SR-BD, QSFP-H40G- AOC. Zamawiający przyzna punkty na podstawie informacji zawartych w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ.

Parametr 5 (P5) - Wsparcie sprzętowe na zaoferowanych przełącznikach dla telemetrii, dla wszystkich przesyłanych pakietów w pełnej prędkości przełączania (waga 5%).

Wykonawca otrzyma 5 pkt w przypadku gdy wsparcie sprzętowe na zaoferowanych przełącznikach dla telemetrii, dla wszystkich przesyłanych pakietów w pełnej prędkości przełączania (próbkowanie pakietów w mechanizmach typu Netflow, SFlow nie spełnia tego warunku). Zamawiający przyzna punkty na podstawie informacji zawartych w Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ.

Przystępujący w formularzu ofertowym (pkt 21) oświadczył, że oferowany przez niego sprzęt w zakresie każdego z ww. kryteriów oceny ofert spełnia wymagania Zamawiającego, wobec czego otrzymał maksymalną ilość punktów w każdym z nich.

Przystępujący w formularzu ofertowym punkt 2.1 pozycja nr 4 oświadczył, że oferuje:

- Transceiver unlock license key (Licencja aby działały wkładki SFP/SFP+/QSFP+/QSFP28 i kable AOC/DAC Cisco przełącznikach Arista), kod produktu: TRANSCEIVER-UNLOCK.

W dniu 14 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego.

Uzasadnienie prawne:

Zdaniem Izby dla wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie kluczowym była ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego, tj. w szczególności, mając na uwadze rozkład ciężaru dowodu, materiału dowodowego przedłożonego przez Odwołującego

W pierwszej kolejności wskazać należy na dowody, jakie przedstawił Odwołujący, tj. przede wszystkim treść korespondencji z oficjalnym serwisem technicznym firmy Arista, z której wywodził on, że ww. firma oficjalnie zaprzecza,

że udziela oficjalnego wsparcia dla wkładek firmy trzeciej (Cisco), co miałyby świadczyć o podaniu przez Przystępującego w postępowaniu nieprawdziwych informacji.

Zdaniem Izby teza sformułowana przez Odwołującego nie wynika jednak z treści ww. korespondencji. Serwis techniczny firmy Arista nie oświadczył wprost, że nie wspiera wkładek firmy Cisco wymienionych jako konkretne modele – a właśnie do konkretnych modeli odnosiła się treść kryterium oceny ofert. Odpowiedź serwisu technicznego ma charakter ogólny i nie odnosi się do konkretnych modeli wkładek ani do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w których urządzenia Arista są oferowane. Z przywoływanej przez Odwołującego korespondencji można wywieść jedynie tyle, że „Arista nie może zagwarantować wydajności, jakości ani niezawodności wkładek firm trzecich” oraz, że „Jeżeli klient zgłosi usterkę produktu lub defekt w sieci, a Arista uzna, że usterka lub wada nie wynika z użycia wkładek firm trzecich i/lub innego nieautoryzowanego sprzętu, Arista będzie w dalszym ciągu zapewniać wsparcie dla danego produktu w ramach gwarancji lub wykupionego programu wsparcia Arista”. Odpowiedź ta nie potwierdza tezy Odwołującego, że przełączniki firmy Arista nie wspierają natywnie i oficjalnie posiadanych przez Zamawiającego wkładek firmy Cisco o konkretnych modelach.

Z drugiej strony należy zwrócić uwagę na materiał dowodowy przedstawiony przez Zamawiającego i Przystępującego, tj. m. in. oświadczenie przedstawiciela producenta firmy Arista (pismo z dnia 4 grudnia 2023 r.), w którym wskazuje się, że urządzenia Arista zaoferowane w niniejszym postępowaniu obsługują natywnie wkładki Cisco wymagane przez Zamawiającego poprzez konfigurację na każdym z urządzeń klucza TRANSCEIVER-UNLOCK. Co więcej, w ww. piśmie przedstawiciel producenta wskazuje, że jeśli chodzi o korespondencję prowadzoną z Odwołującym, serwis techniczny został wprowadzony w błąd, a dla uzyskania rzetelnej odpowiedzi koniecznym było podanie szczegółów dotyczących konkretnego projektu, klienta końcowego oraz szczegółów dotyczących konkretnych urządzeń oferowanych w danym projekcie.

Ewidentnie widać więc, że w sprawie został zebrany materiał dowodowy, który jest niejednoznaczny. Dlatego też rolą Izby w tym zakresie było oparcie się na dyspozycji art. 542 ust. 1 ustawy PZP i dokonanie oceny wiarygodności i mocy dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego.

Po przeprowadzonej analizie materiału dowodowego Izba uznała, że dowody przedstawione przez Odwołującego nie uzasadniają stawianej przez niego tezy w takim stopniu, by odwołanie mogło zostać uwzględnione. Odwołujący nie wykazał w sposób jednoznaczny zarzutów odwołania. Izba zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym, że niejednokrotnie kwestia świadczenia usług wsparcia o konkretnym zakresie zależy od konkretnych ustaleń handlowych, często dotyczących zindywidualizowanych potrzeb i nieujawnianych na oficjalnych stronach internetowych. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający, jakim jest PKP PLK S.A., jest dużym klientem i firmom zależy by ich urządzenia były u niego stosowane, co uzasadnia tezę, że indywidualne warunki handlowe dla takiego podmiotu mogą być dużo bardziej korzystne niż dla standardowego klienta oraz, że zakres usług serwisowych może różnić się od tych standardowo świadczonych.

Rację należy przyznać Odwołującemu, że z oświadczenia przedstawiciela Arista przedłożonego jako dowód przez Przystępującego wynika, że urządzenia zaoferowane w niniejszym postępowaniu „obsługują natywnie wkładki Cisco wymagane przez Zamawiającego”. We wskazanym dowodzie nie ma mowy o drugim z elementów kryterium, tj. wsparciu natywnym wkładek Cisco. Podkreślenia jednak wymaga, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący oparł odwołanie na stwierdzeniu, że Arista nie wspiera oficjalnie i natywnie wkładek Cisco, co jednak zdaniem Izby nie wynika jednoznacznie z zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Nie można więc wykluczyć, że wsparcie natywne dla konkretnych wkładek firmy Cisco, o których mowa w dokumentacji niniejszego postępowania, jest świadczone. Okoliczność przeciwna – potwierdzająca tezy odwołania, nie została w sposób jednoznaczny wykazana i nie wynika z całości zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Przy ocenie materiału dowodowego Izba wzięła również pod uwagę kwestie, na które zwracał uwagę Zamawiający i Przystępujący, tj. duży poziom ogólności korespondencji prowadzonej przez Odwołującego z serwisem Arista i brak jej zindywidualizowania. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że również konsultanci serwisu technicznego prosili o podanie szczegółów projektu, co każe twierdzić, że udzielona przez nich odpowiedź mogłaby być inna, gdyby pytanie zostało uszczegółowione np. o konkretne modele wkładek lub szczegóły projektu, w których określone urządzenia Arista są oferowane.

Dalej należy wskazać, że jeśli chodzi o kwestie kodu produktu oraz kryterium P5, Odwołujący swoje twierdzenia w tym zakresie oparł na dowodach, które nie zostały przetłumaczone na język polski lub zostały przetłumaczone tylko częściowo. Następujące dowody:

- dowód pn. „Optic Modules and Cables – Data Sheet” stanowiący załącznik nr 7 do odwołania,
- dowód pn. „Arista Transceiver and Cable Guide” stanowiący załącznik nr 8 do odwołania,
- dowód pn. „Arista Software License Framework” stanowiący załącznik nr 9 do odwołania

oraz

- dowód pn. „Supported Features” stanowiący załącznik nr 10 do odwołania

nie zostały w ogóle przetłumaczone na język polski, co dyskwalifikuje ich przydatność w postępowaniu odwoławczym.

Z kolei jeśli chodzi o dowody przedłożone przez Odwołującego w trakcie posiedzenia i opisane w protokole z posiedzenia i rozprawy, to Odwołujący przedłożył jedynie częściowe ich tłumaczenie.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 506 ust. 2 ustawy PZP zdanie pierwsze, wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Dowody nieprzetłumaczone na język polski lub przetłumaczone tylko częściowo nie mogą być przez Izbę w sposób kompleksowy i prawidłowy ocenione, a co za tym idzie, nie mogą być wzięte pod uwagę przy wydawaniu rozstrzygnięcia. Izba w tym zakresie w pełni popiera pogląd wyrażony w orzeczeniach KIO z dnia 11 października 2021 r. oraz z dnia 29 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 2772/21 oraz KIO 1653/21.

Podsumowując należy wskazać, że zarzuty odwołania okazały się chybione. Odwołujący nie wykazał by Przystępujący przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, a tym samym, że zaistniała podstawa do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP. Tym samym odwołanie należało oddalić.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 1 pkt 2 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: