

WYROK
z dnia 3 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2021r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital nr 2 im. dr Tadeusza Boczonía w Mysłowicach, ul. Bytomska 41, 41-400 Mysłowice,**

przy udziale wykonawcy **net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszej i odrzucenie oferty wykonawcy net-o-logy sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert,
2. kosztami postępowania odciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15000 zł 00 gr (piętnaście pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania.

Sygn. akt KIO 3390/21

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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 :

UZASADNIENIE

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital nr 2 im. dr Tadeusza Boczonია w Mysłowicach prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Wykonanie projektu sieci szpitalnej, zakup, dostarczenie, montaż, instalacja i doposażenie sieci szpitalnej LAN w budynkach A, B C oraz Administracji wraz z modernizacją, doposażeniem serwerowni i oprogramowaniem centralnym, wdrożeniem w SP ZOZ Szpitala nr 2 im. T. Boczonია w Mysłowicach”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 173-450914.

W dniu 18 listopada 2021r. Odwołujący - Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Neto-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Przystępujący”), której treść była niezgodna z warunkami zamówienia z następujących przyczyn:

- a) Zaoferowanie niewłaściwego serwisu dla oferowanych serwerów – który nie uwzględniał wsparcia w wymagany przez Zamawiającego wymiarze czasowym (24/7 – 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu), a jedynie (9/5 – 9 godzin dziennie przez 5 dni w tygodniu),
- b) Zaoferowanie niewłaściwej ilości urządzeń UTM – jedno urządzenia zamiast dwóch, co nie spełnia wymagania zaoferowania klastra HA urządzeń,
- c) Zaoferowane urządzenie UTM, nie spełniało wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego w zakresie wsparcia dla podłączenia sieci 3G/4G oraz wymaganych portów/gniazd telekomunikacyjnych,
- d) Zaoferowanie przełącznika dystrybucyjnego typu 1 – który nie spełnia warunków technicznych określonych przez Zamawiającego, co do wielkości tablicy adresów MAC oraz maksymalnego dopuszczalnego poboru mocy,
- e) Zaoferowanie przełącznika dystrybucyjnego typu 2 – który nie spełnia warunków technicznych określonych przez Zamawiającego, co do wielkości tablicy adresów MAC oraz maksymalnego dopuszczalnego poboru mocy

Odwołujący ponadto wskazał, że w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu nr 1, zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych

w wykazie, z uwagi na to, że przedstawione przez tego wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia Przystępującego – co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp.

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

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
3. ewentualnie, w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu nr 1, o wezwanie Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających wymaganą zdolność techniczną i zawodową tj. wykazu dostaw wraz z referencjami,
4. Dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekiwał wsparcia technicznego dla serwerów klastra RAC, dla serwerów klastra serwerów wirtualizacyjnych oraz dla serwerów kopii zapasowej na poziomie: „3-letnia gwarancja producenta w miejscu instalacji. Zgłoszenia przyjmowane w trybie 24x7, czas reakcji w ciągu następnego dnia roboczego. Serwis realizowany przez polski oddział serwisu producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta”. Przystępujący zaoferował natomiast wsparcie niespełniające powyższych wymagań Zamawiającego w odniesieniu do dobowego przedziału czasowego, w którym można zgłaszać problemy, oferując wsparcie w trybie 9x5 („Pakiet On-Site Service, 9x5, NBD Recovery - naprawa w następnym dniu roboczym – 60 miesięcy”). Zamiast więc wsparcia 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, zaoferował wsparcie 9 godzin przez 5 dni w tygodniu, co wynika wprost z załączonych do oferty kart katalogowych serwera dla serwera: Fujitsu RX2530 M5 oraz kart katalogowych serwera dla serwera: Fujitsu PY RX2540 M6. Odwołujący podkreślił, że w konsekwencji oferta Przystępującego jest niezgodna jest z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Kolejno Odwołujący wskazał, że zgodnie z Roz. 3.9 zał. nr 2 do SWZ - OPZ (str. 39) – Zamawiający wymaga, aby „...dostarczyć i wdrożyć na bazie przygotowanej dokumentacji projektowej urządzenie UTM (klastr HA – High Availability – „Wysokiej dostępności”)”.

Słowo klaster w terminologii informatycznej oznacza dostawę 2 urządzeń pracujących zamiennie. Nie jest możliwe zbudowanie klastra HA z jednego urządzenia. Takie rozumienie wymagań Zamawiającego znajduje swoje oparcie również w odpowiedziach na pytania. Między innymi w odpowiedzi na pytanie nr 41 z 5 października 2021r. Zamawiający oświadczył, że dopuszcza rozwiązanie w postaci dwóch urządzeń pracujących w trybie Active/Passive. Natomiast jak wynika z zestawienia oferowanych urządzeń i rozwiązań (str. 1/59 Zestawienia), Przystępujący zaoferował tylko jedno urządzenie UTM, nie zaoferował zatem klastra HA urządzeń UTM, co było wymagane zgodnie z Roz. 3.9 OPZ. Tym samym treść oferty wykonawcy Net-o-logy nie odpowiada warunkom zamówienia i jako taka oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Kolejno Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 3.9 ust. 3 tiret pierwsze zał. nr 2 do SWZ - OPZ – Zamawiający wymagał, aby urządzenia UTM posiadały następujące porty komunikacyjne:

- 16 portami Gigabit Ethernet RJ-45.
- 8 gniazdami SFP 1 Gbps.
- 2 gniazdami SFP+ 10 Gbps

Zaoferowane przez Przystępującego urządzenie UTM Watchguard Firebox M370, zgodnie z przedstawioną dokumentacją, nie obsługuje takich portów komunikacyjnych, a jedynie 8 portów Gigabitowych. Z wymaganych przez Zamawiającego trzech różnych rodzajów portów posiada jedynie te określone w tiret pierwszy w ilości 8 sztuk. Z łącznej wymaganej przez Zamawiającego liczby 26 gniazd/portów posiada jedynie osiem, co oznacza, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Kolejną niezgodnością oferty Przystępującego z SWZ jest zdaniem Odwołującego kwestia dotycząca przełącznika dystrybucyjnego (dostępowego) typu 1. Wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 4.6 ust. 5 zał. nr 2 do SWZ - OPZ Zamawiający wymagał aby przełącznik dystrybucyjny typu 1 obsługiwał tablicę adresów MAC o wielkości minimum 32000 pozycji. Jednocześnie, zgodnie z Roz. 4.6 ust. 41 zał. nr 2 do OPZ zgodnie z wymaganiami Zamawiającego maksymalny pobór mocy nie mógł być większy niż 75W. Przystępujący zaoferował urządzenie Huawei S5735-L24P4X-A1, które, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie 28/59 Zestawienia ma pojemność tablicy MAC 16.000 pozycji oraz maksymalny pobór mocy 434 W, co powoduje, że oferta Przystępującego, jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Również, w opinii Odwołującego zaoferowany przez Przystępującego przełącznik dystrybucyjny (dostępowy) typu 2 nie spełnia wymagań Zamawiającego, ponieważ zgodnie z Rozdziałem 4.7 ust. 5 zał. nr 2 do SWZ - OPZ Zamawiający wymagał aby przełącznik dystrybucyjny (dostępowy) typu 2 miał tablicę adresów MAC o wielkości minimum 32000

pozycji. Jednocześnie, zgodnie z Rozdziałem 4.7 ust. 43 zał. nr 2 do OPZ zgodnie z wymaganiami Zamawiającego maksymalny pobór mocy nie mógł być większy niż 130W. Przystępujący zaoferował natomiast urządzenie Huawei S5735-L24P4X-A1, które ma pojemność tablicy MAC 16.000 pozycji oraz maksymalny pobór mocy 434 W.

W opinii Odwołującego powyżej wskazanych zarzutów nie może być mowy o jakiegokolwiek poprawie innej omyłki wykonawcy, gdyż źródłem informacji o niezgodności oferty nie są oświadczenia własne wykonawcy, lecz specyfikacje urządzeń opracowane przez podmiot zewnętrzny – producenta, a nie przez samego wykonawcę. Informacje o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia wynikają z przedmiotowych środków dowodowych i ewentualna zmiana oznaczałaby konieczność zaoferowania innych urządzeń, które spełniają wymagania Zamawiającego, to zaś oznaczałoby nie poprawienie innej omyłki, lecz zmianę treści oferty, co do przedmiotu świadczenia wykonawcy i wykracza poza zakres dopuszczalny art. 223 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzut ewentualny Odwołujący wskazał, że zgodnie z określonym przez Zamawiającego warunkiem udziału w zakresie zdolności technicznej i technologicznej wynikającym z Roz. 6 ust. 1.2 pkt 4 SWZ, Zamawiający wymagał w celu udziału w postępowaniu, aby wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem: „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał co najmniej 2 zamówienia, których przedmiotem były budowa, modernizacja lub rozbudowa sieci komputerowej LAN, modernizacja, doposażenie serwerowni wraz z oprogramowaniem centralnym i wdrożeniem o wartości brutto co najmniej co najmniej 600 000,00 zł.”

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przekazał wykaz, w którym podał następujące prace:

1. Urząd Miasta Mysłowice - Budowa sieci komputerowej LAN, modernizacja, doposażenie serwerowni wraz z oprogramowaniem centralnym i wdrożeniem. Wartość: ponad 600 000,00 PLN brutto,
2. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 Al. Jana Pawła II 7 44-330 Jastrzębie- Zdrój - Modernizacja sieci komputerowej LAN, modernizacja, doposażenie. Wartość: ponad 600 000, 00 PLN brutto,
3. Jelenia Plast Sp. z o.o. ul. Spółdzielcza 47 58-500 Jelenia Góra - Budowa sieci komputerowej LAN, modernizacja, doposażenie serwerowni wraz z oprogramowaniem centralnym i wdrożeniem. Wartość: ponad 600 000,00 PLN brutto.

Według Odwołującego żadne z tych projektów nie spełniały wymagań określonego przez Zamawiającego, bowiem zadania zrealizowane na rzecz Urzędu Miasta Mysłowice obejmowały jedynie prace budowlano instalacyjne: przebudowę pomieszczeń, wykonanie instalacji elektrycznej, instalacji klimatyzacyjnej, instalacji gaszenia gazem oraz instalacji

teletechnicznej. Prace nie obejmowały doposażenia serwerowni o urządzenia serwerowe, ani dostawy oprogramowania centralnego wraz z wdrożeniem, które składają się na warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej odnoszący się do doświadczenia. Wynika to nie tylko z zakresu prac wskazanego w złożonej przez Przystępującego referencji, lecz również z Opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu (znak sprawy ZP.271.1.31.2017JP).

Odwołujący wskazał ponadto, że prace zrealizowane na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2 Jastrzębie – Zdrój obejmowały jedynie przebudowę pomieszczeń związanych z obsługą informatyczną szpitala, przebudowę sieci elektrycznej, przebudowę szkieletu sieci światłowodowej w ilości 490 linii, rozbudowę punktów dystrybucyjnych oraz sieci LAN w ilości 357 linii, dostawę montaż oraz uruchomienie i konfigurację urządzeń sieciowych (WiFi). Prace nie obejmowały doposażenia serwerowni o urządzenia serwerowe, ani oprogramowania centralnego wraz z wdrożeniem, które składają się na warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej odnoszący się do doświadczenia. Wynika to nie tylko z referencji złożonej przez Przystępującego, lecz również z Opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu (znak sprawy BZP.38.382-5.21).

W odniesieniu do prac zrealizowanych na rzecz Jelenia Plast Sp. z o.o. – Jelenia Góra Odwołujący podkreślił, że miały one niższą wartość niż wymagana przez Zamawiającego, a ich wartość wynosiła 470.000 PLN netto, czyli ok. 578.100,00 PLN brutto.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie, a ewentualnie o oddalenie w całości. Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania wskazał, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. nie posiadający interesu prawnego zgodnie z art. 505 Pzp, a zatem legitymacji czynnej. Zamawiający podkreślił, że środki ochrony prawnej określone w ustawie, w tym odwołanie, przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Brak interesu prawnego oznacza brak legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, co winno skutkować odrzuceniem odwołania. Odwołujący na uzasadnienie swojego interesu prawnego wskazał fakt uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia i sklasyfikowanie jego oferty na drugim miejscu. W ocenie Zamawiającego, nie jest to wystarczające. Nawet gdyby oferta zwycięska, tj. Przystępującego nie była brana pod uwagę z powodu odrzucenia lub wykluczenia tego wykonawcy, Odwołujący nie uzyskałby zamówienia. Wysokość środków podana przez Zamawiającego, jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 909 280,60 zł brutto, zaś wartość oferty Odwołującego to 1 075 635,00 zł. Wartość oferty Odwołującego przewyższa zatem wysokość środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia.

Zamawiający wskazał, że jak podnosi się w praktyce i orzecznictwie, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi tego konkretnego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu o jego udzielenie, a nie hipotetycznego w przyszłości. Gdyby nawet zatem oferta Odwołującego była ofertą z najniższą ceną, to i tak przewyższała ona wysokość środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Zgodnie z art. 255 ust. 3 Pzp, postępowanie podlegałoby wówczas unieważnieniu. Odwołujący nie ma zatem interesu prawnego we wniesieniu odwołania i podważeniu rozstrzygnięcia postępowania, albowiem czynności te nie prowadzą do uzyskania przez niego zamówienia. Z tych samych przyczyn niezasadne jest twierdzenie, jakoby Odwołujący poniósł szkodę w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Odrzucenie oferty Przystępującego nie prowadziłyby do wyboru oferty Odwołującego, ale do unieważnienia postępowania. Zamawiający podkreślił, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny zaoferowanej przez Odwołującego, zatem gdyby oferta Odwołującego była ofertą „najkorzystniejszą”, unieważniłby postępowanie o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Zamawiający stwierdził, że są one bezzasadne i stanowią nadinterpretację ze strony Odwołującego. W szczególności, w opinii Zamawiającego, chybiony jest zarzut Odwołującego, że jedno urządzenie UTM nie spełnia wymogu Zamawiającego. Opis urządzenia UTM przyjęty przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania — pkt 3.9 OPZ o treści: „W ramach tego zadania należy dostarczyć i wdrożyć na bazie przygotowanej dokumentacji projektowej urządzenie UTM (klaster HA) o poniższych minimalnych parametrach (..)” wskazuje wymagane urządzenie UTM w liczbie pojedynczej, a zatem wymaga co do zasady dostarczenia jednego urządzenia. Zamawiający wyjaśnił, że dopiero w odpowiedzi na pytanie Wykonawcy nr 41 (pismo z 05.10.2021 r.) dopuścił rozwiązanie UTM dostarczone w postaci klastra pracującego w trybie Active / Passive składającego się z dwóch urządzeń, których jednak nie wymagał (zgodnie z ww. opisem wymagał jednego urządzenia). Nie ma zatem takiego wymogu SWZ, którego zapis dopuszcza jedno urządzenie. Należy mieć na uwadze, że nie został złożony przez żadnego z Wykonawców wniosek o modyfikację SWZ w zakresie urządzenia UTM, zgodnie z którym zaoferowanie jednego urządzenia UTM byłoby wyłączone. Zarzut odwołania w powyższym zakresie jest zatem bezzasadny.

Również w ocenie Zamawiającego, przedłożony przez Przystępującego wykaz usług oraz dokumenty potwierdzające ich wykonanie Zamawiający uznał za prawidłowe i zgodne z warunkami postępowania, zatem chybiony jest zarzut, że winien wezwać do ich uzupełnienia.

Wyjaśnił, że zgodnie z SWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał co najmniej 2 zamówienia, których przedmiotem były budowa, modernizacja lub rozbudowa sieci komputerowej LAN, modernizacja, doposażenie serwerowni wraz z oprogramowaniem centralnym i wdrożeniem o wartości brutto co najmniej co najmniej 600 000,00 zł. Należy mieć na uwadze, że wyliczenie ma charakter częściowo alternatywny, na co wskazuje użycie spójnika „lub”. Na tej samej zasadzie, Odwołujący mógłby zarzucać, że referencje nie dotyczą zamówienia obejmującego równocześnie budowę i modernizację sieci. Według Zamawiającego dwie z trzech przedstawionych przez Przystępującego referencji spełnia jego wymogi, a więc nie ma przesłanek do kwestionowania prawidłowości wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających ich wykonanie w kontekście wymogu SWZ w tym zakresie.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 30 listopada 2021r. wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaoferowania niewłaściwego serwisu wskazał, że wsparcie techniczne dla serwerów klastra RAC, serwerów klastra wirtualizacyjnego oraz serwera kopii zapasowej jest zgodne z wymaganiami SWZ. Serwis dla serwerów opisany jako „Pakiet On-Site Service, 9x5, NBD Recovery” gwarantuje przyjmowanie zgłoszeń telefonicznie oraz pocztą elektroniczną 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu. Czas reakcji – w tym przypadku zaoferowany pakiet zawiera nawet gwarantowany czas naprawy – jest w ciągu następnego dnia roboczego. Na dowód przedłożył – Oświadczenie producenta serwerów – Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dn. 25 listopada 2021r. Powyższe zdaniem Przystępującego stanowi o bezzasadności zarzutu.

Zdaniem Przystępującego również niezasadny jest zarzut dotyczący niewłaściwej ilości urządzeń UTM bowiem zaoferował on ilość urządzeń zgodną z wymaganiami SWZ. Zamawiający wymagał dostarczenie klastra składającego się z dwóch urządzeń co zostało potwierdzone przez Przystępującego w zestawieniu ponieważ podana ilość 1 szt. dotyczy systemu składającego się z 2 szt. urządzeń WatchGuard Firebox M370 (z pakietem licencji zgodnie z SWZ) pracujących w klastrze Active/Passive.

Przystępujący za bezzasadny uznał także zarzut dotyczący niespełnienia przez urządzenia UTM wymagań technicznych. Wyjaśnił, iż zaoferowane przez niego urządzenia w większości spełniają wymagania funkcjonalne wyspecyfikowane przez Zamawiającego ponieważ system łącznie posiada 16 portów Gigabit Ethernet RJ-45, po 8 na każdym urządzeniu. Zaoferowane urządzenia nie posiadają dodatkowych 8 gniazd SFP 1 Gbps oraz 2 gniazd SFP+ 10 Gbps co jednoznacznie nie oznaczają, że nie będą spełniały wymagań Zamawiającego. Przystępujący zauważył, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że Zamawiający może nie mieć potrzeby wykorzystywania dodatkowych 8 gniazd SFP 1 Gbps oraz 2 gniazd SFP+ 10 Gbps ponieważ funkcjonalność przełączania w warstwie L3 będzie

realizowana na przełącznikach rdzeniowych, a urządzenia UTM będą świadczyły tylko ochronę ruchu wychodzącego do sieci Internet gdzie nie będzie wymagana przepustowość wyższa niż 1 GB/s, a taką przepustowość zapewniają zaoferowane porty na urządzeniu. Przystępujący mając na uwadze poczynienie racjonalnych oszczędności już na etapie oferty przetargowej dokonał niezbędnych obliczeń, a co za tym idzie optymalizacji konfiguracji celem jej doboru spełniającego obecne i przyszłe wymagania Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących przełączników dystrybucyjny (dostępowy) typu 1 wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 21 z dnia 5 października 2021 dopuścił przełącznik dystrybucyjny typu 1 posiadający wielkość tablicy MAC o pojemności 16000 pozycji. Natomiast w zakresie poboru mocy (max. 75W) wskazał, iż podana wartość mocy 434W jest wartością maksymalną pobieraną przez przełącznik, co w żaden sposób nie oznacza, iż w konfiguracji zaoferowanej przez Przystępującego przełącznik będzie pobierał więcej niż 75W, a w konkretnych konfiguracjach może pobierać mniej niż 75W. Również w opinii Przystępującego zarzuty dotyczące przełącznika dystrybucyjnego (dostępowego) typu 2 Zamawiający dopuścił przełącznik dystrybucyjny typu 2 posiadający wielkość tablicy MAC o pojemności 16000 pozycji. Ustosunkowując się do zarzutu poboru mocy nie większej niż 130W w stosunku do zaoferowanego urządzenie Huawei S5735L24P4X-A1 wskazał, iż podana wartość mocy 434W jest wartością maksymalną pobieraną przez przełącznik, co w żaden sposób nie oznacza, iż w konfiguracji zaoferowanej przez Przystępującego przełącznik będzie pobierał więcej niż 130W, a w konkretnych konfiguracjach może pobierać mniej niż 130W.

Przystępujący odnosząc się do zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania wezwania go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych stwierdził, iż wszystkie z trzech projektów wymienionych w złożonym „Wykazie wykonanych lub wykonywanych robót” potwierdzają spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a mianowicie:

Ad. 1. – Urząd Miasta Mysłowice, ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłowice – prace zrealizowane w ramach tego zamówienia obejmowały m.in. wykonanie instalacji teletechnicznej (Załącznik nr 1 do Wykazu - pkt. 5), w tym projekt, montaż i instalację sieci komputerowej LAN, a zatem jest to złożony projekt informatyczny w pełni potwierdzający zakres zdolności technicznej i zawodowej Przystępującego,

Ad. 2 . – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2, Al. Jana Pawła II 7, 44-330 Jastrzębie- Zdrój – prace zrealizowane w ramach tego zamówienia obejmowały m.in. projekt i wykonanie oraz dostosowanie instalacji niskoprądowej (w tym sieci komputerowej LAN), projekt i wykonanie sieci zasilania serwerów, modernizację pomieszczenia IT, przebudowę szkieletu sieci światłowodowej, rozbudowę punktów dystrybucyjnych oraz sieci LAN, dostawę, montaż, instalację i wdrożenie przełączników szkieletowych i dystrybucyjnych, a

zatem jest to złożony projekt informatyczny w pełni potwierdzający zakres zdolności technicznej i zawodowej Przystępującego,

Ad. 3. - Jelenia Plast Sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 47, 58-500 Jelenia Góra – prace zrealizowane w ramach tego zamówienia obejmowały m.in. projekt, dostawę i wdrożenie platformy serwerowej i macierzowej wraz z oprogramowaniem centralnym, wirtualizacyjnym oraz Oracle, projekt i wdrożenie systemu backupowego, projekt, montaż i instalację sieci LAN, a zatem jest to złożony projekt informatyczny potwierdzający zakres zdolności technicznej i zawodowej Przystępującego, dodatkowo całkowita wartość inwestycji wyniosła ponad 600 000 zł netto. Na dowód przedstawił zaktualizowane Referencje Jelenia Plast Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze z dn. 25 listopada 2021r.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego co do braku interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. Zamawiający podnosił, że cena oferty złożonej przez Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, zatem nie wykazał on interesu we wniesieniu odwołania oraz wskazywał, że oferta innego wykonawcy otrzymała wyższą liczbę punktów niż oferta Odwołującego.

Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, art. 505 ust. 1 Pzp mówi o interesie w uzyskaniu danego zamówienia, a nie o interesie prawnym we wniesieniu odwołania. Następnie Izba wskazuje, że interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności Zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty Zamawiający nie może zwiększyć (zresztą Zamawiający nie wykazał w żaden sposób podnoszonych przez siebie w tym zakresie twierdzeń, że powyższej kwoty nie może zwiększyć), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko, a działanie podmiotu kwestionującego wybór oferty, nawet w przypadku gdy oferta Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu

postępowania. Skoro więc oferta Odwołującego nie została odrzucona, to Odwołujący cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z Pzp czynności Zamawiającego, a tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Neto-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, a także z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny spraw nie jest sporny i został przedstawiony przez strony adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba zważyła:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia.

Podkreślić należy, że na gruncie wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy. Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu, jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 Kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów dotyczącego zaoferowania niewłaściwego serwisu, wskazać należy, że zgodnie z:

1) z tabelą zawartą w rozdziale 3.3 zał. nr 2 do SWZ - OPZ Zamawiający ustalił wsparcie techniczne dla serwerów klastra RAC na następującym poziomie „3-letnia gwarancja producenta w miejscu instalacji. Zgłoszenia przyjmowane w trybie 24x7, czas reakcji w ciągu następnego dnia roboczego. Serwis realizowany przez polski oddział serwisu producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta”;

2) z tabelą zawartą w rozdziale 3.4 zał. nr 2 do SWZ - OPZ Zamawiający ustalił wsparcie techniczne klastra serwerów wirtualizacyjnych na następującym poziomie „3-letnia gwarancja producenta w miejscu instalacji. Zgłoszenia przyjmowane w trybie 24x7, czas reakcji w ciągu następnego dnia roboczego. Serwis realizowany przez polski oddział serwisu producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta”,

3) z tabelą 3.6 zał. nr 2 do SWZ – OPZ – Zamawiający oczekiwał wsparcia dla serwerów kopii zapasowej na następującym poziomie „3-letnia gwarancja producenta w miejscu instalacji. Zgłoszenia przyjmowane w trybie 24x7, czas reakcji w ciągu następnego dnia roboczego.”.

Kolejno Izba ustaliła, że w zakresie ww. punktu 1) Przystępujący zaoferował wsparcie w trybie 9x5 („Pakiet On-Site Service, 9x5, NBD Recovery - naprawa w następnym dniu roboczym – 60 miesięcy”), co wynika z załączonych do oferty kart katalogowych serwera dla serwera: Fujitsu RX2530 M5 (str. 2-3 dokumentu pn. „Zestawienie oferowanych urządzeń i rozwiązań”).

W zakresie punktu 2) Przystępujący zaoferował wsparcie w trybie 9x5 („Pakiet On-Site Service, 9x5, NBD Recovery - naprawa w następnym dniu roboczym – 60 miesięcy”), co wynika wprost z załączonych do oferty kart katalogowych serwera dla serwera: Fujitsu RX2530 M5 (str. 11-12/59 ww. dokumentu).

Natomiast w zakresie wymagania wskazanego w punkcie 3) Przystępujący zaoferował wsparcie w trybie 9x5 („Pakiet On-Site Service, 9x5, NBD Recovery - naprawa w następnym dniu roboczym – 60 miesięcy), co wynika wprost z załączonych do oferty kart katalogowych serwera dla serwera: Fujitsu PY RX2540 M6 (str. 4-5 ww. dokumentu).

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że Przystępujący we wszystkich 3 wyżej wskazanych pozycjach zaoferował wsparcie niespełniające jasno sprecyzowanego wymogu, aby zgłoszenia były przyjmowane w trybie 24x7, czas reakcji w ciągu następnego dnia roboczego. Zaoferowane bowiem przez Przystępującego wsparcie w trybie 9x5 takich możliwości nie zapewnia. Obejmuje ono bowiem zamiast wsparcia 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, wsparcie 9 godzin przez 5 dni w tygodniu. Nie sposób więc uznać, że taki rodzaj wsparcia odpowiada wyraźnemu postanowieniu SWZ.

Izba oddaliła złożony przez Przystępującego dowód dotyczący wsparcia serwisowego, uznając po pierwsze, że z dowodu tego nie wynika, czy osoba, która podpisała powyższe pismo jest uprawniona na działania i składania oświadczeń w imieniu producenta sprzętu tj. firmy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Ponadto Izba stwierdziła, że skoro powyższe oświadczenia stoi z sprzeczności z informacjami pochodzącymi bezpośrednio od producenta sprzętu, to Izba wiarę dała właśnie tym informacjom, stwierdzając, że są bardziej wiarygodne.

Izba za uzasadnione uznała także zarzuty dotyczące zaoferowania niewłaściwej ilości urządzeń UTM, z uwagi na wymóg wynikający z rozdziału 3.9. załącznika nr 2 do SWZ: „*w ramach tego zadania należy dostarczyć i wdrożyć na bazie przygotowanej dokumentacji projektowej urządzenie UTM (klaster HA)*”. Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że słowo klaster w terminologii oznacza dostawę 2 urządzeń pracujących zamiennie, w związku z czym nie jest możliwe zbudowanie klastra HA z jednego urządzenia, a właśnie taką ilość jak wynika ze złożonego przez Przystępującego „Zestawienie oferowanych urządzeń i rozwiązań” zaoferował Przystępujący. Podkreślić należy, że Izba uznała, że stanowisko Odwołującego co do konieczności zaoferowania dwóch urządzeń aby zbudować klaster HA jest prawdziwe. Zauważyć bowiem należy, że sam Przystępujący w złożonym przez siebie piśmie procesowym potwierdził powyższą interpretację, wskazując: „Zamawiający wymagał dostarczenie klastra składającego się z dwóch urządzeń”.

W konsekwencji Izba uznała, że skoro w złożonym „Zestawieniu...” Przystępujący podał ilość 1 szt., to nie sposób podzielić jego stanowiska, że pomimo wskazania 1 sztuki, zaoferował on system składający się z 2 sztuk. Taki sposób rozumienia jest absurdalny i sprowadzałby się do możliwości modyfikowania przez wykonawców na etapie badania i oceny ofert treści oferty. Co więcej zauważyć należy, że Przystępujący nie złożył żadnego dowodu w celu wykazania, że pomimo wskazania 1 sztuki urządzenia faktycznie zaoferował 2 sztuki. Takim dowodem mogło być np. przedstawienie ceny tych urządzeń, na podstawie której możliwe byłoby ustalenie, że faktycznie pod tą pozycją zostały wycenione dwa urządzenia. W konsekwencji Izba uwzględniła ww. zarzut.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaoferowania przez Przystępującego urządzenia UTM niespełniającego wymogów SWZ, Izba ustaliła, że w rozdziale 3.9 ust. 3 tiret pierwsze zał. nr 2 do SWZ - OPZ – Zamawiający wymagał, aby urządzenia UTM posiadały następujące porty komunikacyjne:

- 16 portami Gigabit Ethernet RJ-45.
- 8 gniazdami SFP 1 Gbps.
- 2 gniazdami SFP+ 10 Gbps.

Odwołujący wskazywał, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenie UTM Watchguard Firebox M370, zgodnie z przedstawioną dokumentacją, nie obsługuje takich portów komunikacyjnych, a jedynie 8 portów Gigabitowych, co wynika ze str. 26 „Zestawienia...”. Istotne jest także, że sam Przystępujący przyznał, że *„urządzenia w większości spełniają wymagania funkcjonalne wyspecyfikowane przez Zamawiającego ponieważ system łącznie posiada 16 portów Gigabit Ethernet RJ-45, po 8 na każdym urządzeniu. Zaoferowane urządzenia nie posiadają dodatkowych 8 gniazd SFP 1 Gbps oraz 2 gniazd SFP+ 10 Gbps co jednoznacznie nie oznacza, że nie będą spełniały wymagań Zamawiającego”*. A więc powyższe wprost potwierdza słuszność zarzutu Odwołującego. Skoro bowiem Przystępujący wprost oświadczył, że *„Zaoferowane urządzenia nie posiadają dodatkowych 8 gniazd SFP 1 Gbps oraz 2 gniazd SFP+ 10 Gbps”* to oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Również Izba za uzasadnione uznała zarzuty dotyczące przełącznika dystrybucyjnego zarówno typu 1 jak i typu 2. Podkreślić należy, że Zamawiający wymagał, aby przełącznik dystrybucyjny typu 1 miał pobór mocy nie większy niż 75W, a typu 2 nie większy niż 130W. Jak natomiast wynika z Zestawienia złożonego przez Przystępującego oba przełączniki mają określony maksymalny pobór mocy 434W. Ponadto Przystępujący okoliczności tą potwierdził, że podana wartość mocy 434W jest wartością maksymalną pobieraną przez przełącznik zarówno ten typu 1 jak i typu 2. W konsekwencji również uznać należało, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Końcowo wskazać należy, że w związku z tym, że zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym w odwołaniu oraz na rozprawie, miał charakter ewentualny, tj. został podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Izba - wobec uwzględnienia powyższego zarzutu - odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu ewentualnego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący :