

Sygn. akt: KIO 1310/16

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2016 r. przez Odwołującego **Orange Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskie 160 (02-326 Warszawa).

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Naczelny Sąd Administracyjny**, ul. Gabriela Piotra Boduena 3/5 (00-011 Warszawa)

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w trybie przetargu ograniczonego na *świadczenie usługi transmisji danych w sieci rozległej WAN i dostępu do Internetu dla Sądownictwa Administracyjnego* (nr postępowania: PO-1/2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2016/S 030-048597 w dniu 12.02.2016 r., wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca Orange Polska S.A. wniósł w dniu 15 lipca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1310/16).

Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na modyfikacji treści siwz (odpowiedzi na pytania) dokonanej w dniu 06.07.2016 r.

Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty w procedurze ograniczonej i zarzucił Zamawiającemu, iż udzielonymi odpowiedziami z dnia 06.07.2016 r., doprowadził do niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z ustawą, tj. art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 ust. 1, art. 139 ust. 1 i art. 14 ust. 1 w zw. z art. 387 § 1 KC, polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, ze względu na określenie parametrów usługi będącej przedmiotem zamówienia w zakresie opóźnień RTT na poziomie niemożliwym do uzyskania w przewidzianej przez Zamawiającego technologii IP MPLS, przy jednoczesnym zachowaniu wymaganych przez Zamawiającego parametrów niezawodności (odpowiedź nr 6). Odwołujący zarzucił opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję ze względu na to, że uniemożliwia złożenie wykonawcom prawidłowej oferty, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na niejednoznaczny opis doprowadzenia łączy.

Odwołujący wniósł o zmianę wymaganego parametru RTT do <40 ms dla relacji end-2-end (CPE wykonawcy w lokalizacji CP lub CPE wykonawcy w lokalizacji CZ – CPE wykonawcy w pozostałych lokalizacjach), ewentualnie zmianę zamawianej technologii z IP MPLS na usługę dedykowanej sieci WAN w oparciu o dzierżawione kanały cyfrowe dedykowane łączy światłowodowe, gdzie w szkielet operatora nie występują urządzenia PE i P (np. sieć WAN w technologii ME). Ponadto, Odwołujący wniósł o określenie przez Zamawiającego, czy wymaganie wskazane w pkt 2.1.1 ppkt 2 załącznika nr 1 do siwz (OPZ) „łącza podstawowe i zapasowe zrealizowane różnymi drogami transmisyjnymi (różne trasy). Niedopuszczalne jest wykorzystanie różnych włókien w jednym kablu” należy rozumieć jako:

- a) dwa łącza transmisyjne (podstawowe i zapasowe) mają być zestawione z wykorzystaniem dwóch geograficznie rozdzielnych (poprowadzonych w różnych kanalizacjach teletechnicznych) dróg kablowych na całym odcinku łącza pomiędzy

siecią szkieletową Wykonawcy, a danym budynkiem Zamawiającego, na wejściu do budynku i w różnych szachtach/ korytkach/ przepustach w infrastrukturze teletechnicznej budynku;

- b) dwa łącza transmisyjne (podstawowe i zapasowe) mają być zestawione z wykorzystaniem włókien w dwóch różnych kablach światłowodowych, które to kable mogą być poprowadzone w tej samej kanalizacji teletechnicznej pomiędzy siecią szkieletową wykonawcy, a danym budynkiem Zamawiającego, na wejściu do budynku oraz w samym szachcie/ korytku/ przepuście w infrastrukturze teletechnicznej budynku;
- c) dwa łącza transmisyjne (podstawowe i zapasowe) mają być zestawione z wykorzystaniem dwóch geograficznie rozdzielnych (poprowadzonych w różnych kanalizacjach teletechnicznych) dróg kablowych na całym odcinku łącza pomiędzy siecią szkieletową Wykonawcy, a danym budynkiem Zamawiającego – z wyłączeniem dojścia od ostatniej studni kablowej do budynku Zamawiającego i sieci wewnętrznej w budynku. (Na odcinku od ostatniej studni kablowej do budynku Zamawiającego i w sieci wewnętrznej w budynku oba łącza transmisyjne (podstawowe i zapasowe) muszą być zestawione z wykorzystaniem włókien w dwóch różnych kablach światłowodowych, które to kable mogą być poprowadzone w tej samej kanalizacji teletechnicznej i tym samym szachcie/ korytku/ przepuście w infrastrukturze teletechnicznej budynku.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 2 sierpnia 2016 r. Odwołujący wycofał zarzut dotyczący niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia wynikający z braku jednoznacznego opisu doprowadzenia łączy. Podtrzymał pozostałe dwa zarzuty związane z opisem wymagania dotyczącego opóźnień (RTT<30 ms). W tym zakresie podtrzymał w całości argumentację prezentowaną w odwołaniu opisaną w pkt 1 i 2, mającą uzasadniać twierdzenie, iż wymagany parametr techniczny dla usługi będącej przedmiotem zamówienia nie jest możliwy do dotrzymania przy zachowaniu wymagań niezawodności.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga realizacji świadczenia transmisji danych w sieci rozległej WAN w technologii IP MPLS, działając w oparciu o szkielet IP MPLS Wykonawcy przeznaczony do przenoszenia ruchu klientów VPN, bazując na standardzie RFC 4364 – BGP/MPLS IP VPNs. Wyjaśniając architekturę sieci IP MPLS Odwołujący wskazał na trzy rodzaje urządzeń: routery CPE (instalowane w lokalizacji Zamawiającego), routery PE i routery P (zawsze umieszczone w sieci szkieletowej). Konfigurowane na urządzeniach CPE oraz PE Wykonawcy mechanizmy takie jak: klasyfikacja ruchu, markowanie pakietów, kolejkowanie pakietów, zarządzanie przeciążeniami, ograniczanie i kształtowanie ruchu, mają bezpośredni wpływ na wzrost

parametru opóźnienia w relacji end-to-end (CPE – CPE). Na wartość opóźnienia mają wpływ także liczne (w tym chwilowe) parametry transmisji takie jak np. wielkość pakietu, obciążenie łącza i routerów, odległość między CPE, ilość routerów uczestniczących w transmisji, zastosowany protokół transmisji, czy obciążenie serwera docelowego.

Doświadczenie i wieloletnia wiedza praktyczna Wykonawcy (świadczy usługi IP MPLS od przeszło 10 lat) wskazuje, że gwarantowane opóźnienie w obu kierunkach w szkieletce sieci IP MPLS (pomiędzy routerami PE – PE) wynosi do 20 ms z uwagi na opisane powyżej mechanizmy i zależności. Do tej wartości należy dodać opóźnienia wnoszone na łączach dostępowych na odcinku pomiędzy routerami CPE, a routerem PE Wykonawcy z każdej strony, co daje całkowite opóźnienie w obu kierunkach RTT na poziomie $10+20+10=40$ ms. Wykonawca może zatem zagwarantować średnie opóźnienie end-to-end między routerami CPE w obu kierunkach na poziomie = 40 ms.

W ocenie Wykonawcy, oczekiwana wartość opóźnienia 30 ms w sieciach IP MPLS w relacji end-to-end, w przypadku gdy routery CPE podłączone są do różnych routerów PE oddalonych od siebie geograficznie oraz w szkieletce są zaimplementowane mechanizmy zarządzania niezawodnością oraz jakością jest nieosiągalne. Wymaganie od Wykonawców zachowania parametrów RTT 30 ms może się odbyć kosztem wyłączenia części funkcjonalności niezawodnościowych w sieci operatora.

Wykonawca wskazał przykłady zamówień, w których usługa była świadczona w technologii IP MPLS przy wymaganym parametrze RTT 150 ms (KRUS), 60 ms (ZUS), 75 ms (IMGW), 50 ms (Lasy Państwowe). Odwołujący świadczył usługę w sieci WAN IP MPLS dla Ministerstwa Finansów z zapewnieniem parametru RTT na poziomie 20 ms, co było możliwe ze względu na szczególne uwarunkowania geograficzne (bliskość lokalizacji – 2 łącza w relacji Radom-Warszawa). Dla lokalizacji rozmieszczonych geograficznie na terenie całego kraju osiągalny i gwarantowany przez Orange Polska parametr RTT wynosił odpowiednio 40 ms (łącza grupy II) i 100 ms (łącza grupy I).

W ocenie Odwołującego dotrzymanie wartości parametru opóźnienia RTT na poziomie 30 ms jest uzasadnione i możliwe do osiągnięcia wyłącznie w przypadku:

- a) budowy dedykowanej sieci WAN w oparciu o dzierżawione kanały cyfrowe lub dedykowane łącza światłowodowe, gdzie w szkieletce operatora nie występują urządzenia PE i P i zachodzące na nich opisane parametry – nie spełni kryteriów Zamawiającego, który wymaga wykonania łącza w technologii IP MPLS;
- b) usługi sieci IP MPLS o zdegradowanej/ograniczonej infrastrukturze technicznej oraz funkcjonalnej. Dotrzymanie wartości parametru RTT na poziomie 30 ms ogranicza możliwość zapewnienia właściwych mechanizmów niezawodności i bezpieczeństwa

w sieci IP MPLS – spełnia wymagania jakościowe ale z wysokim prawdopodobieństwem nie będzie spełniać wymagań niezawodnościowych.

Dalszą konsekwencją niezgodności z art. 29 ust. 1 Pzp byłoby zawarcie umowy o świadczenie niemożliwe, czyli nieważnej na podstawie art. 387 § 1 k.c.

Skarżony parametr RTT na poziomie do 30 ms ograniczać ma w sposób nieuzasadniony uczciwą konkurencję, preferując wykonawców którzy zdecydują się na złożenie oferty bez zapewnienia rzetelnej gwarancji realizacji wszystkich wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów jakościowych jaki i niezawodnościowych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 (zarzut nr 1) i art. 189 ust. 2 pkt 3 (zarzut nr 2 – zarzut wycofany na posiedzeniu niejawnym) lub alternatywnie o oddalenie odwołania.

W ocenie Zamawiającego, w zakresie parametru RTT Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 1204/16 toczącej się z odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego. W tamtym postępowaniu Odwołujący cofnął odwołanie odnosząc się do pisma Zamawiającego z 06.07.2016 r. zmieniającego wymogi w zakresie parametru RTT oświadczył, iż *w odniesieniu do zadanych pytań i udzielonych (...) odpowiedzi oraz w kontekście sformułowanych w odwołaniu zarzutów (...) stwierdza, iż nastąpiło uwzględnienie w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu*”. Odwołujący, identycznie jak obecnie, domagał się wówczas zmiany wartości wymaganego parametru RTT do <40 ms, zaś dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ uznana została przez samego Odwołującego za spełniającą Jego oczekiwania. W tej sytuacji ponowne wniesienie odwołania przez ten sam podmiot i w tej samej sprawie należy uznać za niedopuszczalne.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Ponieważ Odwołujący cofnął zarzut, co do którego Zamawiający podnosił, iż jako spóźniony powinien prowadzić do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 Ustawy, Izba uznała, iż wniosek Zamawiającego stał się bezprzedmiotowy i pozostawiła bez rozpoznania odwołanie w tym zakresie.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Ustawy skierowanego wobec zarzutów

związanych z wymaganym poziomem opóźnienia RTT (zarzut nr 1 i 2 w odwołaniu). Zgodnie ze wskazaną podstawą prawną Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przed Izbą w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Aby zatem odwołanie podlegało odrzuceniu konieczne jest, aby okoliczności podnoszone w obu odwołaniach wnoszonych przez ten sam podmiot były takie same (tu odnosiły się do identycznego zapisu siwz), a także, aby w sprawie pierwszego odwołania zapadło rozstrzygnięcie przed Izbą.

Odnosząc się do pierwszej z przesłanek, tj. wspólnych okoliczności będących podstawą obu odwołań Izba uznała, iż w momencie wnoszenia każdego z odwołań, odpowiednio w dniu 04.07.2016 r. (sygn. akt KIO 1204/16) i 15.07.2016 r. (sygn. akt KIO 1310/16) sporny zapis siwz nie brzmiał identycznie, a zarzuty w obu odwołaniach dotyczyły, w pierwszym odwołaniu braku identyfikacji odcinka pomiaru (na jakim wymagane jest utrzymanie parametru RTT), a obecnie ustalenia wartości RTT na niemożliwym do zagwarantowania poziomie (nie więcej niż 30 ms). Należy również zauważyć, iż poziom RTT w momencie wnoszenia odwołania z 04.07.2016 r. ustalony był na poziomie do 10 ms, a następnie (już po wniesieniu tego odwołania) Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów siwz dookreślając odcinek pomiaru i zmieniając wartość parametru do poziomu 30ms. Zmiana w zapisach siwz wynikała z odpowiedzi na pytanie nr 6 udzielonej w piśmie z dnia 06.07.2016 r. o treści: *w związku z pojawiającym się wymaganiami dotyczącym parametru Opóźnienia (RTT) nie większego niż 10 ms, prosimy o doprecyzowanie na jakim odcinku będzie ono mierzone. Zamawiający w celu doprecyzowania zapisu, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zmienia treść SIWZ w następujący sposób:*

3) w załączniku nr 1 do SIWZ w tabeli 2.1 w wierszach 1-4 wyrazy „Opóźnienia (RTT) nie większe niż 10 ms” zastępuje się wyrazami: „Opóźnienia (RTT) na trasach pomiędzy urządzeniem CPE w Centrum Podstawowym i urządzeniem CPE w każdej z lokalizacji oraz pomiędzy urządzeniem CPE w Centrum Zapasowym i urządzeniem CPE w każdej z lokalizacji zdalnych nie może być większe niż 30 ms”;

4) w załączniku nr 1 do SIWZ w tabeli 2.3 wyrazy zdanie „Opóźnienia (RTT) nie większe niż 10 ms” zastępuje się wyrazami: „Opóźnienie (RTT) na trasach pomiędzy urządzeniem CPE w Centrum Podstawowym i urządzeniem brzegowym PE w sieci Wykonawcy oraz pomiędzy urządzeniem CPE w Centrum Zapasowym i urządzeniem brzegowym PE w sieci Wykonawcy nie może być większe niż 10 ms”.

Odwołujący obecnie kwestionuje zmianę związaną z opóźnieniem RTT liczoną dla odcinka CPE-CPE w obu kierunkach na poziomie 30ms.

Izba uznała, iż dokonana modyfikacja siwz zmieniała okoliczności, które stanowiły nową podstawę zarzutu podnoszonego w obecnym odwołaniu, w ten sposób, iż uległ dookreśleniu odcinek pomiaru, a także zmieniona została wartości parametru wymaganego z 10ms na 30ms, które nie były znane Odwołującemu przy pierwszym odwołaniu. Okoliczność, iż w obu odwołaniach żądania, jakie formułował były zbieżne i zmierzały do obniżenia parametru do wartości 40 ms, nie wpływa na ustalenie braku tożsamości okoliczności powoływanych w obu odwołaniach. Dodatkowo, nawet gdyby przyjąć, iż merytorycznie w obu odwołaniach Odwołujący zmierzał do osiągnięcia tego samego celu, tj. zmiany opisu parametru RTT przez jego obniżenie do wartości 40 ms, to nie można uznać, aby w sprawie KIO 1204/16 zapadło rozstrzygnięcie Izby. Postępowanie przed Izbą zakończyło się wydaniem w dniu 18 lipca 2016 r. postanowienia o jego umorzeniu, gdyż Odwołujący cofnął odwołanie. W ocenie Izby, nie można przypisać postanowieniu o umorzeniu postępowania waloru rozstrzygnięcia. Jedynie zajęcie stanowiska merytorycznego oznaczałoby, iż sprawa zakończyła się rozstrzygnięciem Izby wynikającym z oceny okoliczności podnoszonych w odwołaniu. W ocenie Izby, jedynie merytoryczne rozpoznanie zarzutów wynikające z oceny okoliczności przywołanych w pierwszym odwołaniu prowadziłyby do wydania rozstrzygnięcia, decydującego o braku możliwości skutecznego wniesienia nowego odwołania w oparciu o poddane ocenie Izby tożsame okoliczności, tu wynikające z brzmienia kwestionowanego zapisu siwz. W świetle powyższego brak było uzasadnienia do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

W ocenie Izby, nie można również przypisywać żądaniom Odwołującego zawartym w obu odwołaniach znaczenia dla ustalenia, czy zachodziła podstawa do odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy. Wprawdzie Odwołujący konsekwentnie zmierzał do zmiany parametru RTT przez jego obniżenie, to należy zauważyć, iż modyfikacja wprowadzona w odpowiedzi na pytanie nr 6 w dniu 06.07.2016 r. nie była zgodna z żądaniem obniżenia do wartości 40 ms. Nie można zatem stwierdzić, aby zmiana dokonana została zgodnie z żądaniem wyrażonym literalnie w odwołaniu z 04.07.2016 r. i podtrzymanym nadal w obecnie rozpoznawanym odwołaniu. Ponadto, nawet gdyby przyjąć, iż stwierdzenie wprowadzone w protokole posiedzenia Izby, jakie padło ze strony Odwołującego, iż *w odniesieniu do zadanych pytań i udzielonych (...) odpowiedzi oraz w kontekście sformułowanych w odwołaniu zarzutów (...) stwierdza, iż nastąpiło uwzględnienie w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu*, wskazuje na satysfakcjonujący wówczas Odwołującego kierunek zmiany SIWZ, to z uwagi na brak oświadczenia ze strony Zamawiającego, iż to on uwzględnił w całości odwołanie, nie było możliwym przypisanie skutku procesowego oświadczeniu Wykonawcy, o jakim mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż odwołanie w zakresie podtrzymanych zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 Ustawy podlega dalszemu rozpoznaniu i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie podtrzymanych zarzutów.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do wniesienia odwołania, tj. naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody, będące wynikiem kwestionowanych czynności Zamawiającego. Oceny tej Izba zobowiązana była dokonać z uwzględnieniem zakres zarzutów i żądań wobec czynności, podjęcia których Odwołujący się domaga. Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty, jako jeden z czterech potencjalnych wykonawców, któremu może być powierzone świadczenie usługi na warunkach wynikających między innymi z kwestionowanego opisu parametru RTT, który odnosi się do wymagania zagwarantowania maksymalnego poziomu opóźnień. Odwołujący zarzucił, iż wymagany poziom RTT nie większy niż 30 ms powoduje niemożliwym właściwe wykonanie zamówienia, stąd w jego interesie jest zapewnienie, aby opis przedmiotu zamówienia umożliwiał złożenie oferty zgodnej z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, w tym tymi dotyczącymi niezawodności i bezpieczeństwa.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawe do wniesienia odwołania.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych na podstawie treści SIWZ, a także udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 06.07.2016 r.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ *Opis Przedmiotu Zamówienia* (OPZ) określił parametry dla świadczenia usługi transmisji danych pomiędzy każdą z lokalizacji zdalnych a CP (Centrum Podstawowe) i CZ (Centrum Zapasowe), opisane w tabeli 2.1. W każdym z pkt dotyczących łącza Zamawiający wymagał *opóźnienia (RTT) nie większe niż 10 ms*. W odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 06.07.2016 r. Zamawiający zmienił wartość parametru RTT w wierszach 1-4 wyraził na: *Opóźnienia (RTT) na trasach pomiędzy urządzeniem CPE w Centrum Podstawowym i urządzeniem CPE w każdej z lokalizacji oraz pomiędzy urządzeniem CPE w Centrum Zapasowym i urządzeniem CPE w każdej z lokalizacji zdalnych nie może być większe niż 30 ms*.

Ponadto, w odpowiedzi z tego samego dnia na pytanie nr 5 dotyczące wymagania z pkt 2.1 tabeli wiersz 1 tieret 11 – *łącze ma być wpięte bezpośrednio do infrastruktury operatora, przy braku współdzielenia urządzeń z innymi klientami, brak współdzielenia z innymi klientami, i wyjaśnienia, czy wymóg braku współdzielenia z innymi klientami nie dotyczy sieci*

szkieletowej oraz urządzeń PE Wykonawcy, Zamawiający wyjaśnił, iż *nie dotyczy sieci szkieletowej. Dotyczy urządzeń PE Wykonawcy.*

W piśmie z dnia 25 lipca 2016 r. Zamawiający ponownie odniósł się do kwestii braku współdzielenia urządzeń PE Wykonawcy w odpowiedzi na pytanie nr 75 o treści: *w związku z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 5 z dnia 06.07.2016 r., prosimy o potwierdzenie, czy wykonawca dobrze rozumie, iż wymagane są dedykowane (nie współdzielone przez klientów) urządzenia PE? Wskazujemy, iż świadczenie usługi objętej przedmiotem zamówienia z zastosowaniem urządzeń PE współdzielonych również gwarantuje bezpieczeństwo oraz niezawodność przy dodatkowo niższych kosztach niż w przypadku urządzeń dedykowanych.*

Zamawiający wskazał, iż *Zapis „łącze wpięte bezpośrednio do infrastruktury operatora, brak współdzielenia urządzeń z innymi klientami” w wierszach 1-4 tabeli 2.1 Załącznika nr 1 do SIWZ określa, że urządzenia na obu końcach łącza nie mogą być współdzielone.*

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Odwołujący sformułował zarzuty wobec zmodyfikowanej w dniu 06.07.2016 r. treści siwz, w części dotyczącej parametru opóźnienia (RTT) nie większego niż 30 ms. pomiędzy urządzeniami CPE-CPE w każdej z lokalizacji a CP i CZ.

Na wstępie Izba wskazuje, że oceny parametru należało dokonać z uwzględnieniem wprowadzonych na moment wniesienia odwołania zapisów załącznika nr 1 wraz z wyjaśnieniami z 06.07.2016 r., które wyznaczają okoliczności istniejące w dacie wniesienia odwołania. W ustaleniach faktycznych przywołana została odpowiedź na pytanie nr 75 z 25.07.2016 r., która dodatkowo potwierdzała wcześniejszą treść siwz, jak i odpowiedź Zamawiającego z 06.07.2016 r. dotyczącą braku współdzielenia urządzeń PE Wykonawcy z innymi klientami. Ponieważ wyjaśnienia z 25.07.2016 r. w żaden sposób nie zmieniały opisu przedmiotu zamówienia w części nie kwestionowanej w odwołaniu Izba uznała, iż nie stoi na przeszkodzie uwzględnienie jej treści, która potwierdza stan faktyczny istotny z punktu widzenia oceny parametru RTT, kwestionowanego jako niemożliwy do zagwarantowania przy świadczeniu usługi transmisji danych przy wykorzystaniu łącza IP MPLS.

Izba oddaliła odwołanie uznając, iż Odwołujący nie wykazał, aby wymagany przez Zamawiającego poziom opóźnienia RTT nie był możliwy do osiągnięcia przy uwzględnieniu opisu usługi świadczonej zgodnie ze standardem RFC.

Zamawiający w OPZ wskazał, iż warunki świadczenia usługi obejmują między innymi obowiązek zapewnienia przez Wykonawcę *bezpieczeństwa transmisji danych poprzez*

separację ruchu Zamawiającego od ruchu zewnętrznego i innych klientów Wykonawcy (2.1.5). Zamawiający wskazał w sposób jednoznaczny w tabeli 2.1 OPZ jak i odpowiedzi na pytanie nr 5 z 06.07.2016 r., iż oczekuje, aby urządzenia PE Wykonawcy (router umieszczony w węźle sieci Wykonawcy, do którego za pośrednictwem łączy dostępowych dołączane są urządzenia CPE) nie były współdzielone z innymi klientami.

Uwzględniając stanowiska stron, w których zgodnie wskazano, iż na opóźnienia RTT wpływ ma zarówno odległość urządzeń CPE i PE, a także ilość urządzeń w sieci, które wnoszą opóźnienia w chmurze operatora, Izba uznała, że Odwołujący formułując tezę, iż najniższym możliwym w technologii IP MPLS poziomem RTT jest wartość 40 ms, miał na względzie sieć MPLS odbiegającą od oczekiwań Zamawiającego. Odwołujący zakładał bowiem współdzielone świadczenie usługi dla każdego elementu infrastruktury z innymi klientami, w tym współdzielone urządzenia PE. Wychodząc z takiego założenia prezentował swoje stanowisko, które nie mogło być uznane za przekonujące, gdyż Zamawiający oczekiwał braku współdzielenia urządzeń PE Wykonawcy z innymi klientami. Przy takiej zasadniczej rozbieżności wyliczenia Odwołującego traciły znaczenie dla rozstrzygnięcia spornej kwestii. Jednocześnie Odwołujący przyznał, iż świadczył usługę przy gwarantowanym opóźnieniu RTT niższym niż 40 ms dla Ministerstwa Finansów (w jednym kierunku i przy mniejszej liczbie zbliżonych geograficznie lokalizacji). W ocenie Izby, żaden z argumentów Odwołującego nie uzasadniał wniosku, iż nie jest możliwe osiągnięcie parametru oczekiwanego przez Zamawiającego przy wykorzystaniu urządzeń PE Wykonawcy niewspółdzielonych z innymi klientami. Odwołujący w zasadzie takiej możliwości nie zaprzeczył wskazując jedynie na element kosztowy, który znacznie podrażałby usługę, a związany z zakupem dedykowanych dla Zamawiającego urządzeń PE. Również w jednym z pytań skierowanych do Zamawiającego wskazano na aspekt ekonomiczny rozwiązania opartego na urządzeniach niewspółdzielonych z innymi klientami. Ponieważ Odwołujący nie odniósł się do rozwiązania spełniającego wymagania Zamawiającego Izba przyjęła, iż oczekiwany poziom opóźnień RTT nie jest niemożliwy do osiągnięcia, co ma umożliwić prawidłowe działanie tworzonego systemu informatycznego.

Mając na uwadze powyższe, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis.

Przewodniczący: