

Sygn. akt: KIO 2655/10

WYROK
z dnia 22 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 grudnia 2010 r. przez Odwołującego „**SOLIDEX**” S.A., 30 – 133 Kraków, ul. J. Lea 124 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa 2 sztuk przełączników do budowy rdzenia sieci Ethernet (Core) oraz 7 sztuk przełączników do podłączenia serwerów do rdzenia sieci wraz z serwisem i wsparciem eksploatacyjnym” przez Zamawiającego - **Kancelaria Sejmu, 00 – 902 Warszawa, ul. Wiejska 4/6/8.**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża „**SOLIDEX**” S.A., 30 – 133 Kraków, ul. J. Lea 124 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**SOLIDEX**” S.A., 30 – 133 Kraków, ul. J. Lea 124.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Solidex S.A. z Krakowa [dalej także Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 2 szt. przełączników do budowy rdzenia sieci Ethernet (Core) oraz 7 szt. przełączników do podłączenia serwerów do rdzenia sieci wraz z serwisem i wsparciem eksploatacyjnym. W odwołaniu podniesiono, że Zamawiający - Kancelaria Sejmu zaniechał czynności odrzucenia oferty firmy Polcom Spółka z o.o., z Krakowa oraz zaniechał czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, o której stanowi art. 7 ust.1 i ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. Z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp]. Zdaniem Odwołującego, zaniechanie odrzucenia oferty firmy Polcom spółka z o.o. nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, albowiem oferta ta jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty POLCOM, jako niespełniającej wymogów określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. W uzasadnieniu podał, że konkurencyjna oferta firmy POLCOM nie spełnia warunków zamówienia sformułowanych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w załączniku nr 1A w związku z pkt 4.1 ppkt 1, oraz w punkcie 1.1 rozdziału II - Opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca nie wskazał w ofercie danych oferowanych przełączników tj. numeru produktu i tym samym naruszył punkt 4.1 pkt 1) Rozdziału I „Instrukcji dla Wykonawców”. Powołując ten punkt Instrukcji wykonawca podał, że „Załącznik należało uzupełnić poprzez podanie danych technicznych oferowanych przełączników, producenta oraz ich oznaczeń stosowanych przez Producenta (nazwa, typ, nr produktu),” a zatem dane te stanowią treść oferty i z tego względu nie podlegają uzupełnieniu.

Wykonawca wskazał, że w ofercie POLCOM zostały wyspecyfikowane „2 sztuki przełączników CORE, Producenta Brocade, model NetIronMLX”, bez wskazania nr produktu. Firma POLCOM wskazując model urządzenia Brocade NetIronMLX podała jedynie nazwę rodziny urządzeń, w skład, której wchodzi wiele różnych urządzeń. Wykonawca podkreślił, iż produkty z rodziny Brocade NetIronMLX są urządzeniami modułarnymi, co oznacza, że z dostępnych w cenniku producenta elementów takich jak: 1) obudowa (np. 4, 8, 16 a nawet 32 slotowa, każda dostępna w dwóch wersjach podstawowej i ze zwiększoną przepustowością), 2) moduły (np. 100 GbE, 10 GbE 8 - i 4 - portowe, 1 GbE 48 -, 24 -, i 20-

portowe, SONET), oraz 3) zasilacze - można tworzyć dowolne konfiguracje charakteryzujące się różnymi parametrami technicznymi. Samo podanie rodziny produktów bez podania konkretnego numeru produktu – komponentu uniemożliwia identyfikację produktu, a więc także dokonanie oceny czy spełnia wymagania SIWZ. W załączeniu Odwołujący przedstawił dokument [Wydruk Specyfikacji modeli NetIronMLX udostępnionej przez producenta urządzeń na stronie internetowej w języku angielskim], gdzie na stronie 11 przedstawiono numery urządzeń stosowane przez producenta. Firma POLCOM nie wskazała żadnego z numerów produktów pomimo wyraźnego wymogu stawianego przez Zamawiającego w SIWZ. Dalej wykonawca podał, że powyższego wymogu oferta POLCOM nie spełnia, również w stosunku do „Przełączników sieciowych acces dla serwerów, 1GE/10GE - 7 sztuk, producent Brocade, model FastIron SX”, albowiem także w tym przypadku firma POLCOM nie wskazała numeru produktu. Ponownie podkreślił, że firma POLCOM wskazując model urządzenia firmy Brocade FastIronSX podała jedynie nazwę rodziny urządzeń, a nie numer produktu. Podobnie jak w przypadku urządzeń NetIronMLX urządzenia FastIronSX są rodziną urządzeń modularnych zawierającą urządzenia w obudowie 8 i 16-slotowej z możliwością wyposażenia w różne moduły liniowe. Samo podanie rodziny produktów bez podania konkretnego numeru produktu uniemożliwia identyfikację produktu, a więc także dokonanie oceny czy spełnia wymagania SIWZ. W załączeniu Odwołujący przedstawił także komputerowy wydruk obrazujący „numery produktów stosowane przez producenta”[w języku angielskim], podkreślając, że POLCOM nie wskazała żadnego z numerów produktów pomimo wyraźnego wymogu w SIWZ. W tym przypadku Odwołujący powołał się również na wydruk Specyfikacji modeli FastIronSX udostępnionej przez producenta urządzeń na stronie internetowej. Niepodanie przez firmę POLCOM numerów oferowanych urządzeń uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację zgodności Oferty POLCOM ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca stwierdził także, że firma POLCOM ograniczyła się do przedstawienia Specyfikacji Technicznej oferowanych urządzeń, w której przepisane zostały zapisy SIWZ opisujące ogólne wymagania Zamawiającego w stosunku do oferowanych urządzeń bez podania konkretnych oznaczeń stosowanych przez producenta. Zdaniem wykonawcy „firma Brocade stosuje następujące oznaczenia: „Part numer” czyli numer produktu oraz „Description”, czyli opis co zostało przedstawione na stronie 11 wydruku specyfikacji technicznych modelu NetIronMLX oraz stronie 11 wydruków specyfikacji technicznych modelu FastIronSX”, także załączonym do odwołania. Firma POLCOM nie podając w swojej ofercie oznaczeń stosowanych przez producenta nie spełnia wymogów Specyfikacji Technicznej w tym zakresie. Zaznaczył jednocześnie, że dane te stanowią treść oferty i z tego względu nie podlegają uzupełnieniu. Brak oznaczeń urządzeń stosowanych przez producenta, zdaniem Odwołującego, uniemożliwił porównanie wymagań zawartych w

Specyfikacji Technicznej z urządzeniami zaoferowanymi przez Firmę POLCOM. W związku z tym, że urządzenia „Netiron MLX” oraz „Fastiron SX” są urządzeniami modularnymi, w świetle wymagań Specyfikacji Technicznej, oferent powinien podać również oznaczenia zaoferowanych komponentów. Dalej podał, że opierając się na podanej przez Firmę POLCOM specyfikacji nie można w żaden sposób określić, jakie urządzenie zostało przez Firmę POLCOM zaoferowane.

Wskazując na naruszenie punktu 1.1 rozdziału II Opisu przedmiotu zamówienia, wykonawca podał, że Zamawiający w Specyfikacji Technicznej, w tym punkcie sformułował następująco możliwość uzyskania przełącznika wirtualnego: „Możliwość uzyskania przełącznika wirtualnego, z wielu urządzeń fizycznych (min. dwóch) jednego urządzenia logicznego zarówno z pkt. widzenia warstwy trzeciej jak i drugiej modelu ISO/OSI dzięki zastosowaniu wirtualnego połączenia między dwoma fizycznymi przełącznikami bez konieczności stosowania różnego typu protokołów (STP, VRRP itd.)”. W ofercie POLCOM technologia „Multi-Chassis Trunking” zaimplementowana w urządzeniach Brocade serii Netiron MLX nie spełnia wymogu w zakresie warstwy 3 modelu OSI bez wykorzystania protokołu VRRP, albowiem w powyższym przypadku protokół VRRP jest stosowany, którą to okoliczność Zamawiający wykluczył w SIWZ- ie [zapis akapitu 4 na stronie 4 Specyfikacji technicznej]. Na dowód powołał się ponownie wydruk specyfikacji technicznej udostępnionej przez producenta urządzeń na stronie internetowej.

W zakresie naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp wykonawca wskazał, że Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP odrzucił ofertę firmy NextiraOne Polska Sp. z o. o., na podstawie tego, iż Wykonawca ten nie wskazał w ofercie, wymaganych zgodnie z SIWZ, danych oferowanych przełączników: ich nazwy, typu, nr produktu - oznaczeń tych urządzeń stosowanych przez producenta, nazwy producenta oraz danych technicznych. Informacje te należało podać uzupełniając Załącznik Nr 1A. Na tej samej podstawie odrzuceniu podlega Oferta POLCOM, która w analogicznym zakresie nie spełnia wymogów SIWZ. Zatem mając na uwadze powyższe wykonawca stwierdził, iż Zamawiający nierówno potraktował Wykonawców, odrzucając ofertę NextiraOne, jednocześnie uznając, iż Oferta POLCOM jest zgodna z wymogami SIWZ. W konkluzji podał, że oferta POLCOM została wybrana niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że zarzuty są całkowicie bezzasadne. W uzasadnieniu podał, iż według Specyfikacji wymagał podania w załączniku nr 1A informacji technicznych (specyfikacji) oferowanych urządzeń, by móc ocenić zgodność oferty z wymaganiami zapisanymi w SIWZ. Stwierdził także, że zdawał sobie sprawę z tego, że postępowanie się numerem produktu na tym etapie procesu zakupu nie zawsze jest

poprawnym rozwiązaniem. To samo urządzenie, zaoferowane, jako część większego systemu, (tzw. „bundle”) lub jako część zamienna/niezależnie kupowana - może mieć dwa zupełnie różne oznaczenia. Stąd nazwa, typ, czy numer produktu to jedynie pomoc w interpretacji sformułowania „oznaczenie stosowane przez producenta”. Wykonawca Polcom Sp. z o.o. przedstawił w załączniku „Specyfikację techniczną”, gdzie podał, jako oznaczenie producenta Brocade NetIron MLX dla przełączników „core” i Brocade FastIron SX dla przełączników „access” oraz właściwości, jakie te przełączniki posiadają. Zamieszczone dane pozwalają na identyfikację oferowanych urządzeń. Korzystając z wyżej wymienionych danych, Zamawiający miał możliwość precyzyjnego porównania wymagań zawartych w SIWZ z urządzeniami zaoferowanymi przez „Polcom” sp. z o.o. Reasumując, Zamawiający stwierdził, że w załączniku nr 1A wymagał min. przedstawienia informacji technicznych (specyfikacji) oferowanych urządzeń. Dla ułatwienia wskazał, że załącznik należy uzupełnić poprzez podanie danych technicznych oferowanych przełączników, producenta oraz ich oznaczeń stosowanych przez producenta (nazwa, typ, nr produktu). Zamawiający tylko przykładowo w nawiasie podał, że wykonawcy powinni podać nazwę, typ, nr produktu. Nie podanie przez „Polcom” Sp. z o.o. numeru produktu, z jednoczesnym podaniem innych informacji wymaganych przez Zamawiającego i umożliwiających w sposób jednoznaczny identyfikację oferowanego produktu nie może prowadzić do odrzucenia oferty Wykonawcy. Oferta „Polcom” Sp. z o.o. nie pozostaje, zatem w sprzeczności z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy), brak jest, zatem podstaw do jej odrzucenia. Uwzględnienie żądania odrzucenia oferty jedynie z tej przyczyny, że brak jest w ofercie jednej z informacji, która nie jest niezbędna do dokonania oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 KC jest niedopuszczalne.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenie pkt 1.1. Rozdziału I Opisu przedmiotu zamówienia tj. możliwości uzyskania przełącznika wirtualnego, stwierdził, że wirtualizacja przełączników jest rozwiązaniem „producenta”, jako odpowiedź na potrzeby zminimalizowania ryzyka przestoju sieci i skrócenia czasu przestoju sieci za rozsądną cenę. W klasycznym rozwiązaniu multiplikuje się ilość połączeń oraz urządzeń sieciowych (redundancja) w każdej warstwie sieci (level2/level3), wykorzystując do tego kilka protokołów, przede wszystkim STP, HSRP oraz VRRP. Takie podejście ma wiele wad. Główna to wykorzystanie modelu „aktywny-pasywny”, gdzie jedno zasoby przyjmują na siebie całe obciążenie pracą, podczas gdy drugie są w stanie spoczynku, oczekując na awarię zasobów pracujących. W ten sposób w pracy produkcyjnej wykorzystywane jest tylko 50% zasobów, co znacznie podnosi koszt budowy sieci. Sformułowanie przez Zamawiającego warunku zapisanego w pkt. 1.1 miało wyeliminować oferty na rozwiązania

„klasyczne” w sytuacji braku jednolitej terminologii i definicji wirtualnego przełącznika a jednocześnie nie wyeliminować rozwiązań innych producentów posługując się nazwami stworzonymi/przyjętymi przez jednego z producentów. Opis miał dopuścić złożenie ofert na różne technologie implementacji wirtualnych przełączników. W rozwiązaniu firmy Brocade wykorzystuje się jedynie protokół VRRP-E (nie wykorzystuje się protokołu STP) by stworzyć z wielu urządzeń fizycznych jednego urządzenia logicznego zarówno z punktu widzenia warstwy trzeciej jak i drugiej modelu ISO/OSI. W rozwiązaniach innych firm stosuje się np. autonomiczne, dodatkowe urządzenia dla zapewnienia funkcjonalności warstwy 3. Oznacza to, że funkcjonalność level 3 jest na „zewnątrz” przełączników, a nie stanowi ich wewnętrznej właściwości. Zdaniem Zamawiającego, ze specyfikacji jednoznacznie wynika, że zastosowanie tylko protokołu VRRP-E nie jest w sprzeczności z zapisem „ bez konieczności stosowania różnego typu protokołów (STP, VRRP itd.)”, które łącznie umożliwiają zapewnienie redundancji w sieci w klasycznym/standardowym modelu „aktywny-pasywny”. W konkluzji stwierdził, że nie naruszył w przedmiotowym postępowaniu wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy, zatem wniesione odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. Stwierdził, że poddał oferty wnikliwemu badaniu i wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, dbając o zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty kierował się zgodnie z SIWZ kryterium ceny 100 % i wybrał ofertę "Polcom" Sp. z o.o., gdyż zarówno była ona zgodna z treścią SIWZ, jak również była ona ofertą najtańszą.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego, przedstawiła na rozprawie, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że zasadniczy zarzut odwołania dotyczy naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 nr 113, poz. 759 ze zm.) [ustawa Pzp] z uwagi na to, że zdaniem Odwołującego, oferta wykonawcy Polcom nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganym w załączniku nr 1A do specyfikacji, albowiem wykonawca nie podał dla oferowanych

przełączników oznaczeń stosowanych przez producenta, co do numeru produktu, oraz w zakresie - pkt 1.1. rozdziału II specyfikacji, co do przełącznika wirtualnego z uwagi na proponowane wykorzystanie niedopuszczonego specyfikacją protokołu VRRP.

Rozpatrując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w zakresie pierwszego z zarzutów Izba stwierdziła, że zgodnie z załącznikiem nr 1A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy byli zobowiązani uzupełnić ten załącznik [specyfikacja techniczna oferowanych urządzeń] poprzez podanie danych technicznych oferowanych przełączników, producenta oraz ich oznaczeń stosowanych przez producenta (nazwa, typ, numer produktu). Z powyższego jednoznacznie wynika, że produktem jest przełącznik, a zatem wymagany numer dotyczy przełącznika, a nie elementów składających się na przełącznik. Tak jak przyznał Odwołujący urządzenia przedstawione przez firmę Polcom są urządzeniami modułarnymi. To oznacza, że produktem, w tym przypadku, są urządzenia o konfiguracji specyficznym dostosowanej do wymogów Zamawiającego zawartych w opisie przedmiotu zamówienia i w specyfikacji technicznej SIWZ. Tak jak stwierdził Odwołujący na produkt będący przedmiotem zamówienia składają się takie elementy jak obudowa, moduł i zasilacz. Tak jak ustaliła Izba wskazywane przez Odwołującego numery nie dotyczą przełącznika – oferowanego urządzenia, lecz komponentów składających się na produkt, oznaczenie, których nie było wymagane specyfikacją.

Izba stwierdziła także, że w tym konkretnym przypadku wykonawca nie może z obiektywnych powodów powoływać się na oznaczenia producenta w odniesieniu do oferowanego przez firmę Polcom urządzenia, gdyż takie urządzenie jeszcze nie zostało wytworzone. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że urządzenia konfigurowane niestandardowo nie mają przydzielonego i prezentowanego na stronie producenta numeru gdyż przygotowywane są dla potrzeb konkretnego kontraktu.

Rozpatrując zarzut niezgodności przedmiotu oferty POLCOM ze specyfikacją, co do przełącznika wirtualnego w zakresie warstwy 3 modelu CSI z wykorzystaniem protokołu VRRP, Izba przede wszystkim stwierdziła, że Zamawiający w pkt 1.1. – rozdz. II specyfikacji wykluczył wyłącznie możliwość jednoczesnego stosowania różnego typu protokołów w związku z zastosowaniem dwóch przełączników, jednakże nie wykluczył możliwości stosowania jednego z protokołów także jednego z tych wymienionych w nawiasie tego punktu tj. STP i VRRP. Również odpowiedź na pytanie nr 17 z dnia 10.11.2010. nie wprowadziła zmiany do pkt 1.1 w zakresie spornego wymagania. Zatem technologia proponowana przez wykonawcę Polcom z wykorzystaniem jednego protokołu VRRP nie narusza warunków postępowania. Izba stwierdziła także, iż w tym przypadku powoływana

ogólnodostępna strona producenta i wydruk specyfikacji technicznej nie mogą stanowić dowodu na potwierdzenie, że technologia Multi-Chassis zaimplementowana w urządzeniach Brocade serii Natron MLX nie spełnia wymagań specyfikacji w zakresie pkt 1.1. rozdziału 2 siwz. Izba stoi, bowiem na stanowisku, że strona internetowa pełni przede wszystkim funkcję marketingową. Ponadto producent nie ma obowiązku zamieszczania na tej stronie pełnych informacji o systemach operacyjnych produkowanych przełączników.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała, że wskazywany w odwołaniu zarzut naruszenia art.7 ust.1 pkt 1 i 3 w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty firmy Polcom jest także niezasadny.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

.....