

WYROK
z dnia 4 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska
Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2020 r. i 2 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Koma Nord Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** oraz **Grupa E Sp. z o.o., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg,**

przy udziale wykonawcy **T4B Sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15, 04-036 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 5 dotyczącego testowania kabli krosowych, z uwagi na jego wycofanie przez odwołującego,
2. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu nr 11 dotyczącego raportu z testu 20-krotnej reterminacji modułów przełączeniowych i nakazuje zamawiającemu w części nr 1 postępowania unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy T4B Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia raportu wymaganego w ust. 8, rozdział A, pkt 5, ppkt 12 załącznika nr 5 do siwz oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**

4. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Koma Nord Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia oraz Grupa E Sp. z o.o., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy** w części 12/13 oraz zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg** w części 1/13, i:
- 4.1. 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, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) tytułem opłat skarbowych od pełnomocnictw zamawiającego oraz kwotę **348 zł 00 gr** (słownie: trzysta czterdzieści osiem złotych zero groszy) tytułem dojazdu odwołującego,
- 4.2. zasądza od odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Koma Nord Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia oraz Grupa E Sp. z o.o., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy** na rzecz zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg**, kwotę **1 896 zł 92 gr** (słownie: tysiąc osiemset dziewięćdziesiąt sześć złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa infrastruktury teleinformatycznej szpitala wraz z dostawą, instalacją i uruchomieniem sprzętu komputerowego oraz wdrożeniem e-usług”, numer referencyjny: 5/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13.02.2020 r., nr 2020/S 031-071909.

Pismem z dnia 17.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T4B Sp. z o.o. w części nr 1 postępowania oraz o unieważnieniu postępowania w pozostałych częściach.

W dniu 28.09.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Koma Nord Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia oraz Grupa E Sp. z o.o., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez wybór w zadaniu 1 oferty wykonawcy T4B Sp. z o.o., wobec której zachodzą przesłanki odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 a contrario ustawy Pzp poprzez zaniechanie w zakresie zadania 1 odrzucenia oferty wykonawcy T4B Sp. z o.o., pomimo iż treść tej oferty jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) i niezgodności tej nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wskazanie tej nieprawidłowej przesłanki unieważnienia postępowania w zadaniu 2 oraz 3, podczas gdy powodem unieważnienia winna być wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, gdyż przyjęte przez zamawiającego narzędzie do składania ofert - Platforma Zakupowa - uniemożliwiły w zakresie zadania 2 i 3 złożenie oferty, co potwierdza stanowisko przedstawiciela Platformy, a tym samym naruszenie art. 93 ust. 4 ustawy Pzp przez uniemożliwienie wykonawcom dochodzenia zwrotu kosztów uczestnictwa w postępowaniu,
- 4) art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

Niezgodność oferty T4B Sp. z o.o. z siwz w zadaniu 1:

Zarzut 1:

„(4) Zamawiający zapisał następujące wymagania poprzez rysunek i tekst jak poniżej, przez co narzucił odpowiednią architekturę, w której przełączniki rdzeniowe zarówno w GPD jak i ZPD są logicznie jednym wirtualnym przełącznikiem. (...)

(5) Przełączniki rdzeniowe będą pełniły rolę przełączników routujących - będzie na nich realizowany routing wewnętrzny inter-VLAN, a pozostały ruch będzie kierowany do odpowiednich urządzeń brzegowych/WAN za pomocą routingu statycznego. „Dodatkowo przełączniki rdzeniowe będą połączone ze sobą w jeden wirtualny przełącznik za pomocą czterech linków o prędkości 40GbE tak, że całkowita prędkość połączenia będzie wynosić 160 Gb. Wirtualny przełącznik będzie posiadał wspólną tablicę routingu oraz tablice MAC adresów a także umożliwiał tworzenie łączy zagregowanych LACP rozpiętych pomiędzy oba przełączniki fizyczne.” - wymagania z OPZ.

(6) Wykonawca T4B zaproponował rozwiązanie, w którym w każdej serwerowni znajduje się nie jeden przełącznik, ale dwa (co potwierdza jednoznacznie odpowiedź Wykonawcy przedłożona na wezwanie Zamawiającego - pismo z dnia 2020.08.03 - Odpowiedź na wezwanie - zał.) (...)

(7) Wykonawca T4B jednoznacznie wskazuje, że proponuje architekturę, w której występują łączenie w stos - jednostkę wirtualną, ale tylko w obrębie jednej serwerowni. Jednocześnie T4B przedstawia wyciąg z dokumentacji producenta, w którym jest opisane, że do łączenia w stos mogą być wykorzystane tylko 2 porty (patrz tabela poniżej) a co za tym idzie nie jest w stanie spełnić wymagania o połączeniu wszystkich tych urządzeń razem w stos (4) czterema linkami 40Gb, tak jak jednoznacznie wymagał tego Zamawiający (zgodnie z opisem powyżej). Tym samym z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, iż Wykonawca nie jest w stanie spełnić wymagań połączenia w stos czterema linkami. (...)

Zarzut 2:

„(8) Zaoferowano przełączniki rdzeniowe niespełniające wymogów wskazanych w SIWZ. W miejscu tym podkreślamy, iż Wykonawca TB4 wie o tej niezgodności - w udzielonych wyjaśnieniach próbuje dokonać inżyniersko nowatorskiej metody interpretacji parametrów, które w sposób czytelny wskazane zostały w SIWZ.

Wymagane parametry dla przełączników rdzeniowych są następujące wg OPZ następujące:

1) „Przełączniki rdzeniowe (...) wymagania minimalne:

h) opóźnienia powinny spełniać następujące warunki:

- <3 μs 1G Gbps

- <2 μs 10 Gbps”

Wykonawca T4B zaoferował w każdym stosie dwa modele przełączników. Czytelnym jest, iż

każdy z nich musi spełniać wymóg wskazany przez Zamawiającego i tym samym musi być zgodny z treścią SIWZ.

(9) W ulotce katalogowej do przełącznika Extreme Networks X690 są podane wartości jak poniżej (...)

(10) Oferent podaje „Firma Extreme Networks dla przełączników serii X690, z racji że realizują one zarówno prędkości łączy w standardzie 1G i 10G, nie podaje w swoich materiałach informacyjnych opóźnienia dla interfejsów pracujących wyłącznie w trybie 1Gbps.” Ponadto Wykonawca T4B z jednej strony podaje, że producent nie zna takiej wartości, a jednocześnie producent w oświadczeniu wskazuje, że spełnia wszystkie wymagania. (...)

(11) W miejscu tym z całą stanowczością wskazujemy, iż liczenie opóźnienia dla obu przełączników łącznie i uśrednianie (zamiast uśrednienia różnych wartości w ramach wartości występujących w przypadku jednego przełącznika), nie jest zgodne z wymogiem OPZ (Zamawiający wskazał w tym miejscu 2 wartości: 2.3 μs oraz 0.8 μs), jest absurdalne i niespotykane w branży.

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 03.08.2020 r. (...) wskazał informacje:

„X690-48t-2q-4c: poniżej 2,3μs

X690-48x-2q-4c: poniżej 0,8μs

Uśredniając zatem wartość opóźnienia realizowaną przez cały stos przełączników otrzymujemy:

(2,3μs + 0,8μs)/2 = 1,55μs, co jest znacznie poniżej wymaganej przez Zamawiającego wartości 2 μs dla interfejsów 10Gbps”

Czytelnym jest, iż wobec braku spełnienia przez oferowany sprzęt wymogu SIWZ, Wykonawca starał się dopasować sposób wyliczania wartości do wymogów, czego wynikiem jest wprowadzenie średniej wielkości opóźnienia odrębnych portów. Wykonawca zaoferował przełączniki 10G, a ich średnie opóźnienie musi być poniżej 2μs.”

Zarzut 3:

„(12) Zamawiający w OPZ wymagał dla przełączników dostępowych (zarówno PoE i bez PoE) spełnienia cech jednoznacznie wskazanych poniżej:

Typ obudowy	Przełącznik musi być przystosowany do montażu w dostarczonej szafie rack 19” z zapasem min. 20 cm z tyłu urządzenia. Wszystkie porty przełącznika muszą znajdować się na przedniej ścianie obudowy. Dopuszcza się aby z tyłu obudowy znajdowały się tylko: zasilanie oraz konsola (RS232/RJ45 lub USB) Rozwiązanie równoważne: porty uplink/stos znajdujące się na tylnej ścianie obudowy z dedykowanymi i zatwierdzonymi przez producenta oferowanego rozwiązania, mechanicznymi elementami zabezpieczenia portów uplink/stos i utrzymaniem przez producenta pełnej gwarancji dla dostarczonych switchy z niezbędnymi elementami zabezpieczenia portów uplink/stos.
-------------	---

(13) Wykonawca T4B zaoferował przełączniki Extreme Networks porty uplink/stos znajdujące się na tylnej ścianie obudowy, przy czym nie zapewnił zatwierdzonych przez producenta rozwiązań, mechanicznych elementów zabezpieczenia portów uplink/stos, których zapewnienie było konieczne w sytuacji zaoferowania portów znajdujących się na tylnej ścianie obudowy. Wykonawca nie zaoferował żadnych dodatkowych zabezpieczeń zatwierdzonych przez producenta, jedynie standardowe porty SFP+, nie posiadające żadnych trwałych, dedykowanych, mechanicznych (np. mocowanie na śruby, czy dedykowane wkręcane złącza) zabezpieczeń zatwierdzonych przez producenta sprzętu. Standardowy port SFP+, nie posiadający żadnych dodatkowych zabezpieczeń i certyfikatów, nie może być uznany jako dedykowane, zatwierdzone i dodatkowe rozwiązanie zabezpieczające, gdyż producent takowych nie posiada."

Zarzut 4:

„(14) Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 ust 8 rozdział A pkt 1) ppkt 5 wskazał wymóg: „Producent musi objąć kluczowe produkty wchodzące w skład toru transmisyjnego tj. moduły przyłączeniowe, programem weryfikacyjnym potwierdzającym ich wydajność w sposób ciągły (np. GHMT Premium Verification Program) co gwarantuje Użytkownikowi deklarowaną jakość dla całości systemu, a nie tylko próbek dostarczanych do testów przez producenta”.

(15) W oświadczeniu złożonym przez Firmę: Excel Networking (pkt 1) czytamy, iż: „Firma Excel Networking obejmuje kluczowe produkty programem weryfikacyjnym ECP. Certyfikowani instalatorzy są objęci programem ECP (Excel Cable Partner), którego jednym z głównych założeń jest weryfikacja produktów wchodzących w skład toru transmisyjnego. Weryfikacja jakości i wydajności wykonywana jest w sposób ciągły w laboratorium Excela, które poddaje testom blisko 100 gotowych odcinków kabli miedzianych i światłowodowych dziennie.

Wszystkie elementy są sprawdzone pod kątem wad, cały tor jest poddany testom i specjalnie oznakowany. Program weryfikacyjny obejmuje produkty m.in takie jak:

- Moduł Przyłączeniowy 100-185
- Panel krosujący miedziany 100-028
- Kabel miedziany 100-196
- Kable światłowodowe 205-301,205-302,205-304

Weryfikacja w programie ECP jest dokładniejsza niż podana jako przykład weryfikacja GHMT, gdyż odbywa się ona znacznie częściej niż wspomniana procedura PVP. Mayflex (właściciel Excel Networking) obejmuje więc kluczowe produkty wchodzące w skład toru transmisyjnego tj. moduły przyłączeniowe, programem weryfikacyjnym potwierdzającym ich wydajność w sposób ciągły, czyli spełnia wymóg. Podany w wymaganiach jako przykład GHMT Premium Verification Program nie jest obligatoryjny, specyfikacja dopuszcza inne

programy weryfikacji jakości produktów. Dodatkowym potwierdzeniem weryfikacji jakości produktów jest uzyskanie przez firmę Mayflex (właściciela firmy Excel Networking) certyfikatu ISO 9001 Jednym z założeń certyfikatu ISO9001 jest cykliczne testowanie produktów pod kątem jakości”.

(16) Stanowisko producenta potwierdza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Nie ma wątpliwości co do tego, że każdy producent musi testować swoje produkty we własnym laboratorium, jednak wymagana w Opisie Przedmiotu Zamówienia certyfikacja w zewnętrznym laboratorium ma niezależnie potwierdzić deklarowane przez Producenta parametry w odniesieniu do właściwych norm. Dostęp do certyfikatów potwierdzających zgodność i wydajność może mieć każdy, ponieważ laboratoria udostępniają je na swoich stronach internetowych. W tym przypadku GHMT było jako przykład niezależnego zewnętrznego laboratorium a nie laboratorium Producenta. Jeżeli Producent Excel nie posiadał certyfikatu z niezależnego laboratorium, powinien zadać pytanie na etapie przetargu czy Zamawiający zaakceptuje wewnętrzne testy Producenta. Warto podkreślić, iż wszyscy inni wykonawcy zastosowali rozwiązanie zgodne z tym wymogiem.

(17) Mając powyższe na uwadze nie sposób uznać, iż wewnętrzny certyfikat producenta oferowanego rozwiązania jest równoważny z zewnętrznym, niezależnym systemem certyfikacji.”

Zarzut 5:

„(18) Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 ust 8 rozdział A pkt 5) - Miedziane kable krosowe, ppkt 3 wskazał wymóg: „kable krosowe Kat 6A muszą być testowane zgodnie z IEC 61935-2”

W oświadczeniu złożonym przez Firmę Excel Networking (pkt 3) czytamy, iż: *„W nawiązaniu do oświadczenia z dnia 1.07.2020 podtrzymujemy, że patchcody o numerach katalogowych 100- 148,100-134,100-153 zostały przetestowane zgodnie z normą IEC 61935-2:2010 zapewniając kompatybilność z normą ISO/IEC 11801.*

Informujemy, że w przypadku aktualizacji parametrów produktów zmiany są wprowadzane do kart katalogowych dostępnych na stronie www producenta w trybie roboczym, co może trwać do kilku miesięcy. W takim przypadku najbardziej aktualne parametry oferowanych produktów znajdują się w oświadczeniach i kartach przekazywanych bezpośrednio przez producenta”.

(19) Poza oświadczeniem producenta nie ma innych dokumentów, które mogłyby potwierdzić, że kable krosowe testowane zgodnie ze wspomnianą normą. Od momentu dostarczenia oświadczenia minęły już prawie 3 miesiące, natomiast na stronie internetowej firmy Excel Networking cały czas brak tej normy w kartach katalogowych. Tym samym nie sposób uznać, iż oświadczenie przedłożone w toku prowadzonego postępowania jest rzetelne oraz potwierdza wymogi określone w opisie przedmiotu zamówienia.”

Zarzut 6:

„(20) Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 ust 8 rozdział A pkt 5) miedziane kable krosowe, w tabeli nr 4 wskazał podstawowe minimalne parametry oferowanych kabli krosowych w których określił następujące wymogi:

„Kategoria - Kat.SA

Zakres częstotliwości, w którym badano kable [MHz] do 500

Rodzaj powłoki LSFRZH

Max Ø kabla [mm] 6.0

Średnica przewodu A WG 26/7"

Ekranowanie S/FTP

(21) W oświadczeniu złożonym przez Firmę Excel Networking (pkt 4) wskazane zostaje:

„Zgodnie z oświadczeniem z dnia 1.07.2020 Zapewniamy również, iż średnica kabla w patchcordach 100- 148,100-154,100-153 nie jest większą niż 6 mm.

Wszystkie pozostałe parametry są potwierdzone w kartach katalogowych kabli krosowych. Informujemy, że w przypadku aktualizacji parametrów produktów zmiany są wprowadzane do kart katalogowych dostępnych na stronie www producenta w trybie roboczym, co może trwać do kilku miesięcy. W takim przypadku najbardziej aktualne parametry oferowanych produktów znajdują się w oświadczeniach i kartach przekazywanych bezpośrednio przez producenta."

(22) Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia oraz zgodnie z wymaganiami projektowymi wymagał, aby kable krosowe posiadały podwójnie ekranowane S/FTP w celu ochrony przed zakłóceniami EMI oraz wysokimi częstotliwościami. Wymagana konstrukcja kabla oznaczonego jako S/FTP to siatka i folia, natomiast karty katalogowe złożone przez Oferenta jasną określają typ kabla jako F/FTP, czyli folia, folia. W związku z tym kable nie spełniają jednego z ważniejszych parametrów technicznych. Warto też podkreślić, że kable F/FTP są tańsze niż wymagane przez Zamawiającego kable S/FTP.

Tym samym kolejny raz wskazać należy, iż rozwiązanie Firmy: Excel Networking nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia."

Zarzut 7:

„(23) Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia - załącznik nr 12d - „Projekt sieci Wifi, plik 02_Sieć bezprzewodowy Wi-Fi_02-19.pdf, pkt 5, str 12, wymagał aby oferowany kabel posiadał parametry: „Kabel FFTP kategorii 6A-4pary 550 MHz.AWG23"

(24) Wykonawca T4B Sp. z o.o. w złożonej ofercie zaoferował kabel miedziany na potrzeby Wifi Excel Networking 100-196. Zarówno z dokumentów złożonych przez Wykonawcę, jak i ze strony internetowej producenta oferowanych kabli wynika, że zaoferowany kabel miedziany jest przystosowany do obsługi pasma przenoszenia do 500Mhz.

(25) Dodatkowo w oświadczeniu złożonym przez Firmę: Excel Networking (pkt 5) wskazane

zostało: „Oświadczamy, że kabel kategorii 6A F/FTP 100-196 przystosowany jest do pracy w zakresie częstotliwości do 550 MHz. Jako potwierdzenie załączamy kartę katalogową. Informujemy, że w przypadku aktualizacji parametrów produktów zmiany są wprowadzane do kart katalogowych dostępnych na stronie www producenta w trybie roboczym, co może trwać do kilku miesięcy. W takim przypadku najbardziej aktualne parametry oferowanych produktów znajdują się w oświadczeniach i kartach przekazywanych bezpośrednio przez producenta”.

(26) Dostarczona przez Wykonawcę nowa karta katalogowa co prawda potwierdza spełnienie parametrów 550 MHz, jednak od momentu dostarczenia oświadczenia minęły już prawie 3 miesiące, natomiast na stronie internetowej firmy Excel Networking nadal widnieje parametr 500 MHz. Dodatkowo wg wiedzy Wykonawcy produkt ten rzeczywiście jest przystosowany do 500MHz, tym samym karta przedstawiona w przedmiotowym postępowaniu stanowi wątpliwy dowód oraz nasuwa się wątpliwość, czy nie została zmodyfikowana jedynie pod potrzeby przedmiotowego postępowania.”

Zarzut 8:

„(27) Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 ust 8 rozdział D pkt 5) wskazał wymóg: „Wszystkie komponenty systemu okablowania muszą być zgodne z wymaganiami obowiązujących norm: ISO/IEC 11801 2 Ed. oraz EN 50173 2.Ed co musi być potwierdzone odpowiednimi certyfikatami. Należy zapewnić również certyfikat z niezależnego laboratorium posiadającego odpowiednią akredytację potwierdzający zgodność łącza klasy EA z normą ANSI/TIA-568-C.2 (2009-08) w zakresie testu łącza 2 konektorowego Permanent Link”.

Wymóg też został dodatkowo uszczegółowiony przez Zamawiającego w udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 120f w dniu 23 kwietnia 2020 r: „Dopuszcza się potwierdzenie wydajności łącza certyfikatem na 4 złącza badane w kanale (channel)”.

(28) W oświadczeniu złożonym przez Firmę: Excel Networking (pkt 6) wskazane zostało: „Przedstawione w ofercie elementy wchodzące w skład toru transmisyjnego takie jak kable, moduły i wtyki posiadają potwierdzenie certyfikatem Delta jako komponent co oznacza, iż cały tor transmisyjny spełnia normy ISO/IEC 11801 2 Ed. oraz EN 50173 2.ED. Certyfikat modułu 100-185 aktualny na dzień składania ofert załączamy do niniejszego oświadczenia. Certyfikacja poszczególnych elementów w torze transmisyjnym jest znacznie bardziej dokładna niż certyfikacja całego toru transmisyjnego, która jest uważana za uproszczoną i nieprzejrzystą. Jako producent wybraliśmy taką metodę certyfikacji, ponieważ jest ona dokładniejsza i polega na weryfikacji parametrów każdego elementu indywidualnie, przy czym metody pomiarowe są tak skonstruowane, że dają gwarancję na to, że tor sygnałowy złożony z elementów spełniających wymagania certyfikacji jako komponent, będzie spełniał wymagania certyfikacji jako tor. Każdy element posiadający certyfikat typu komponent

spełnia więc wymóg specyfikacji. W certyfikacie komponentu producent nie może dokonać przekłamań w podanych wartościach tak jak może to mieć w miejsce w certyfikacie toru transmisyjnego - np. kiedy moduł nie spełnia wymaganych standardów w torze transmisyjnym, certyfikat na tor może nie odzwierciedlać wysokiej jakości poszczególnych produktów. Certyfikat na tor może zostać wydany, pomimo że pojedynczy element toru może nie spełniać wymogów certyfikacji, dlatego certyfikat na komponent ma większe znaczenie."

(29) Swoim oświadczeniem producent oferowanego rozwiązania - firma Excel Networking w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zaprzecza sama sobie wskazując, że testy poszczególnych komponentów są bardziej dokładne, z czego można wyciągnąć wniosek, że nie warto testować całego łącza, jednak dalej przedkłada do akceptacji certyfikat Delta na łącze w konfiguracji łącza stałego (Permanent Link) z trzema złączami. Certyfikat ten nie obejmuje wszystkich komponentów, które zostały zaoferowane jako równoważne do projektu. Certyfikacja łącza stałego (Permanent Link) oraz kanału (Channel), nie jest bez znaczenia, ponieważ stanowi dodatkowe potwierdzenie, że producent stara się zapewnić, że oferowane przez niego rozwiązanie jest w pełni zgodne z zakładaną wydajnością. Test komponentów nie zastępuje testu całego łącza, łącze transmisyjne składa się z kilku komponentów, które muszą wspólnie osiągać określoną wydajność.

(30) Zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 ust. 8 rozdział D pkt 5) należało przedstawić certyfikaty zarówno na poszczególne komponenty, jak i na cały tor transmisyjny. Wszyscy Wykonawcy musieli zaproponować system, który spełnia takie wymagania. Wykonawca T4B Sp. z o.o. powinien złożyć oficjalne zapytania w zakresie wymagań minimalnych w stosunku do produktów o innych parametrach na etapie przed złożeniem oferty, w celu potwierdzenia możliwości zastosowania produktów, o innych niż minimalne parametry. Na chwilę obecną (po terminie składania ofert) brak jest możliwości doprecyzowywania oraz zmian wymagań określonych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym, gdyż narusza to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu."

Zarzut 9:

„(31) Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 ust 8 rozdział D pkt 2) wskazał wymagania dotyczące kompletności wykonania: *„Wszystkie elementy systemu okablowania miedzianego i światłowodowego powinny być opracowane (tj. zaprojektowane, wykonane i wdrożone do oferty rynkowej), jako kompletne rozwiązania, celem uzyskania maksymalnych zapasów transmisyjnych oraz zapewnić uzyskanie certyfikatu producenta okablowania"*.

Tym samym w przedmiotowym postępowaniu wymagane było również dostarczenie łączówek telekomunikacyjnych, firma: Excel Networking w swojej ofercie posiada łączówki producenta Krone, co wyraźnie wskazuje fotografia w katalogu.

(32) Dodatkowo ani w dostarczonych kartach, ani w zestawieniu materiałów nie wyspecyfikowali łączówek. (Źródło: <https://excel-networking.com/catalogue/product/237A>) Tym samym nie sposób uznać, iż spełniony został wymóg, aby: „*Wszystkie elementy systemu okablowania miedzianego i światłowodowego powinny być opracowane (tj. zaprojektowane, wykonane i wdrożone do oferty rynkowej), jako kompletne rozwiązania (...)*” wymagane przez Zamawiającego.”

Zarzut 10:

„(33) Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 ust 8 pkt 6 ppkt 2) wskazał wymagania dotyczące gwarancji:

„2. *Gwarancja systemowa musi obejmować:*

(...) c) wieczystą gwarancję aplikacji (Producent zagwarantuje, że jego system okablowania przez okres „życia” zainstalowanej sieci będą pracowały dowolne aplikacje (współczesne i stworzone w przyszłości), które zaprojektowane były (lub będą) dla systemów okablowania klasy EA (w rozumieniu normy ISO/IEC 11801 ed.3).”

(34) Zgodnie z ogólną wiedzą oraz informacjami dostępnymi na stronie internetowej firma: Excel Networking udziela 25 letniej gwarancji na swoje rozwiązania, a nie jak wymagał Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia - gwarancji wieczystej (Źródło: <https://excel-networking.com/25-year-warranty>)”.

Zarzut 11:

„(35) Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 ust 8 rozdział A pkt 5) - moduły przyłączeniowe w ppkt 12 wymagał, aby: „*Moduły zgodnie z ISO 11801 ed.2.2. muszą zapewniać minimum 20 krotną reterminację. Wymagane jest przedstawienie stosownego raportu z testów*”.

(36) W dokumentach złożonych przez Wykonawcę: T4B Sp. z o.o. brak jest potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku (brak wymaganego raportu z testów), dodatkowo na stronie internetowej producenta - firmy Excel Networking brak jest potwierdzenia, iż wymóg ten został spełniony.”

Zarzut 12:

„(37) Wykonawca T4B Sp. z o.o. w złożonej przez siebie ofercie nie wskazał numerów katalogowych produktów użytych do budowy i modernizacji Data Center (Brakuje w ofercie kart katalogowych panelu krosowego i przełącznicy optycznej opisanej poniżej). Tym samym brak jest możliwości dokonania oceny, czy zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo należy wskazać, iż w tej części są inne wymogi dotyczące np. paneli światłowodowych oraz kabli światłowodowych. Panele oraz kable FO zastosowane w sieci szkieletowej nie spełniają tych wymagań.

Poniżej wymagania dla paneli optycznych str.8 dokumentu PW Opis Elbląg serwerownia modernizacja_v3

Minimalne wymagania dla elementów okablowania strukturalnego

1. Panel krosowy optyczny / przełącznica optyczna.

- panel wysuwany o wysokości 1U
- modułowy - 4 miejsca montażu płytek adapterów złączy FO
- cofnięta część frontowa w celu zabezpieczenia patchcordów przed nadmiernym uginaniem, uszkodzeniem lub przypadkowym wypięciem, zwiększająca poziom upakowania,
- zabezpieczenie przezroczystymi pokrywami obszaru podłączenia patchcordów
- etykiety opisowe dla portów oraz etykiety opisowe dla panela po obu jego stronach
- system beznarzędziowego wysuwania oraz demontażu,
- wyposażenie panelu: komplet dla wszystkich włókien spawanych (kasety, osłonki spawów, uchwyty itp.)

(38) W związku z powyższym oferta Wykonawcy T4B również w powyższym zakresie nie spełnia wymogów OPZ, wskazuje sposób realizacji, który nie jest równoważnym rozwiązaniem, które wskazał zamawiający, a więc jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp:

„(45) Zgodnie z art. 92 ust. 1 ust. 7 Zamawiający, w piśmie z dnia 17.09.2020 r., poinformował o unieważnieniu postępowania w zadaniach 2-5. Jako podstawę unieważnień zadań 2 i 3 Zamawiający wskazał cenę najkorzystniejszej oferty. Pismo wskazuje także punktację przyznaną ofertom w tych zadaniach.

(46) Zamawiający został poinformowany już przed upływem terminu składania ofert, a także - w kolejnych dniach, że Platforma Zakupowa, z której korzystanie zapewnia Zamawiający - uniemożliwiła złożenie Odwołującemu oferty w zadaniach 2 i 3. Tym samym czynność unieważnienia postępowania, której Zamawiający dokonał w dniu 17.09.2020 r winna wskazywać istotną wadę postępowania jako podstawę unieważnienia postępowania. O tym mówi chociażby art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. (...)

(52) Oznacza ono, że System uniemożliwia złożenie oferty na jedno zadanie w ramach konsorcjum i jednocześnie na inne zadanie samodzielnie, ale nie można wtedy być liderem konsorcjum. Zasada ta jest niezrozumiała i nie znajduje żadnego uzasadnienia w ustawy PZP. Oczywistym jest, iż przepisy ustawy Pzp nie zakazują ubiegania się o udzielenie zamówienia: w konsorcjum - w zakresie w części zadań, oraz samodzielnie - w odniesieniu do pozostałych zadań, gdyż jak wskazywanym jest powszechnie - każde zadanie jest odrębną częścią zamówienia podzielonego na części i udzielanego w częściach.

(53) Żadne z tych ograniczeń nie było zasygnalizowane ani przez Zamawiającego, ani przez platformę ONEPLACE. W regulaminie/instrukcji opublikowanej przez ONEPLACE nie ma żadnej informacji o takich ograniczeniach, ani jak je można pokonać

(54) W rzeczywistości Koma Nord Sp. z o.o. nie miał możliwości złożenia oferty jednocześnie w zadaniu 1, jak i w zadaniach 2 i 3.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty T4B Sp. z o.o. w zadaniu 1,
- 2) odrzucenia ofert wykonawcy T4B Sp. z o.o. jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią siwz,
- 3) powtórzenia czynności oceny oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie Zadania 2 i 3 w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania w tych zadaniach w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, z uwagi na brak zapewnienia możliwości złożenia oferty w zadaniu 2 i 3 wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Pismem z dnia 01.10.2020 r. wykonawca T4B Sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15, 04-036 Warszawa (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 20 października 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w zakresie zarzutów dotyczących części nr 1 postępowania oraz o jego odrzucenie w zakresie zarzutu dotyczącego części nr 2 i 3 postępowania.

Pismem z dnia 14 i 31 października 2020 r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 21 października 2020 r. odwołujący również przedstawił swoje dodatkowe stanowisko w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa infrastruktury teleinformatycznej szpitala wraz z dostawą, instalacją i uruchomieniem sprzętu komputerowego oraz wdrożeniem e-usług.

Postępowanie zostało podzielone na 5 części. Niniejsze odwołanie dotyczy części nr 1 w zakresie wyboru oferty przystępującego oraz części nr 2 i 3 w zakresie podstaw unieważnienia postępowania.

Wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, których dotyczą zarzuty odwołania, zostały wskazane przez odwołującego i przytoczone powyżej.

W pkt VIII.4.3. siwz zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykonawca złożył na wezwanie poprzez Platformę (dotyczy tylko ofert złożonych w pakiecie nr 1) polskojęzyczne (lub anglojęzyczne z tłumaczeniem na język polski) katalogi, ulotki, materiały informacyjne lub inne wystawione przez producenta, z których jednoznacznie wynika, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagane przez zamawiającego parametry techniczne określone w załączniku nr 5 do siwz, których autentyczność musi zostać potwierdzona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Pismem z dnia 09.06.2020 r. odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o unieważnienie postępowania w części nr 2 i 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ w dniu składania ofert na platformie ONEPLACE „w związku z brakiem pewnych funkcjonalności systemu” nie było możliwe złożenie oferty samodzielnie w jednej części postępowania, jeżeli jednocześnie w innej części wykonawca składał ofertę jako lider konsorcjum. Z ww. powodu odwołujący w ogóle nie mógł złożyć oferty w tych częściach.

Pismem z dnia 26.06.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wymaganych dokumentów, w tym m.in. katalogów, ulotek, materiałów informacyjnych i innych dokumentów wystawionych przez producenta na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w załączniku nr 5 do siwz.

Następnie pismem z dnia 24.07.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających szereg wymagań opisanych w załączniku nr 5 do siwz.

Pismem z dnia 03.08.2020 r. przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dodatkowymi dokumentami.

Pismem z dnia 17.09.2020 r. zamawiający poinformował m.in. o:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 1 postępowania oferty przystępującego,
- 2) unieważnieniu postępowania w części nr 2 i 3 w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 5 dotyczącego testowania kabli krosowych, podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, z uwagi na jego wycofanie przez odwołującego.

Następnie Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania w pozostałym zakresie, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego podstaw unieważnienia postępowania w części nr 2 i 3 w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że zarzut odwołującego dotyczy podstawy prawnej unieważnienia postępowania w części nr 2 i 3, a o tej podstawie prawnej odwołujący powziął wiadomość w dniu 17.09.2020 r. Tym samym 10-dniowy termin na wniesienie odwołania został zachowany (odwołanie wniesiono w dniu 28.09.2020 r.). Dlatego Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie ww. zarzutu jako spóźnionego.

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczących części nr 1 postępowania.

Izba stwierdziła jednocześnie, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego części nr 2 i 3 postępowania. W częściach tych zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, natomiast odwołujący domaga się unieważnienia go na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na wskazane okoliczności faktyczne (brak możliwości złożenia samodzielnej oferty w tych częściach z powodu błędnie działającego systemu) i możliwość wystąpienia do zamawiającego o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Z przepisu wynika,

że aby wykonawca mógł skutecznie wnieść odwołanie, spełnione muszą być łącznie dwie przesłanki: interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia ustawy Pzp przez zamawiającego.

W niniejszej sprawie odwołujący nie ma przede wszystkim interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Po pierwsze należy zauważyć, że odwołujący kwestionuje samą podstawę prawną unieważnienia postępowania w części nr 2 i 3, nie zaś fakt jego unieważnienia. Tymczasem zmiana podstawy prawnej unieważnienia nie przekłada się na szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia ani w tym, ani w ewentualnie nowym prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu. Również kwestia uzyskania ewentualnego zwrotu kosztów przygotowania oferty nie ma żadnego wpływu na szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia w obecnie prowadzonym, czy we wszczętym w przyszłości postępowaniu. Skoro odwołujący nie kwestionuje samego faktu unieważnienia postępowania, to wyłącznie kwestia podstawy prawnej tego unieważnienia nie zmienia jego sytuacji w zakresie możliwości uzyskania zamówienia i tym samym nie powoduje, aby miał on interes w uzyskaniu tego zamówienia. Po drugie, należy zgodzić się z zamawiającym, że samodzielną ofertę w części nr 2 i 3 postępowania chciała składać wyłącznie spółka Koma Nord, natomiast odwołującym w przedmiotowej sprawie jest konsorcjum złożone z dwóch spółek: Koma Nord i Grupa E, zatem odwołujący jako konsorcjum złożone z dwóch spółek nie ma żadnego interesu i nie może ponieść szkody z powodu hipotetycznego naruszenia, które dotyczy tylko jednej z ww. dwóch spółek. Jeżeli zatem spółka Koma Nord uważała prowadzenie postępowania w części nr 2 i 3 za naruszające art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to powinna w stosownym czasie złożyć odrębne samodzielne odwołanie zawierające zarzut zaniechania unieważnienia postępowania w okolicznościach wadliwego działania systemu, a nie zarzut dotyczący jedynie podstawy prawnej tego unieważnienia, który w dodatku nie ma żadnego związku z sytuacją drugiego członka odwołującego się konsorcjum.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego podstawy prawnej unieważnienia postępowania w części nr 2 i 3, nie wykazał interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i oddaliła odwołanie w zakresie tego zarzutu.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów dotyczących zgodności oferty przystępującego z siwz, w pierwszej kolejności należy przytoczyć właściwe przepisy.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest ona niezgodna z ustawą, a także jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zarzut nr 1 – dotyczący zaoferowanej architektury.

Odwołujący zarzuca, że oferta przystępującego jest niezgodna z siwz w zakresie wymogu: „Dodatkowo przełączniki rdzeniowe będą połączone ze sobą w jeden wirtualny przełącznik za pomocą czterech linków o prędkości 40GbE tak, że całkowita prędkość połączenia będzie wynosić 160 Gb. Wirtualny przełącznik będzie posiadał wspólną tablicę routingu oraz tablicę MAC adresów a także umożliwiał tworzenie łączy zagregowanych LACP rozpiętych pomiędzy oba przełączniki fizyczne.” Odwołujący wskazuje, że wg rozwiązania przystępującego, w każdej serwerowni znajduje się nie jeden przełącznik, ale dwa, a zatem przystępujący proponuje architekturę, w której łączenie w stos - jednostkę wirtualną występuje tylko w obrębie jednej serwerowni. Tym samym przystępujący nie zapewnia spełnienia wymagania połączenia w stos czterema linkami.

W wyjaśnieniach z dnia 03.08.2020 r. przystępujący wskazał, że: „każdy przełącznik X690 wyposażony jest w 48 portów 10G (SFP+ lub RJ45) oraz 6 portów QSFP28. W ramach jednego DataCenter, para przełączników zostanie połączona w stos tak, że zostaną wykorzystane po dwa porty QSFP28 w każdym z nich. Do połączenia w stos zostaną wykorzystane specjalne kable miedziane – jak słusznie zauważa Zamawiający. Jednocześnie, tak skonstruowany stos będzie stanowił jeden przełącznik rdzeniowy, w rozumieniu zapisów „Pkt C Ppkt. 1) Przełączniki rdzeniowe, Tabela 16, pkt b)”, a co za tym idzie, będzie spełniał wymagania co do wymaganej w OPZ ilości portów „przełącznika rdzeniowego lub stosu”. Tak skonstruowany przełącznik rdzeniowy (stos), będzie posiadał

wymagane 8 portów 40G, gdzie cztery z nich zostaną wykorzystane na potrzeby połączenia pomiędzy Data Center. Przełączniki rdzeniowe (stosy), zostaną skonfigurowane w taki sposób, że będą tworzyć jeden wirtualny przełącznik zgodnie ze wszystkimi postawionymi w OPZ wymaganiami”.

Z treści przytoczonego przez odwołującego wymogu i wyjaśnień przystępującego wynika, że założeniem zamawiającego było stworzenie jednego „dużego” stosu za pomocą czterech linków, natomiast przystępujący oferuje technologię, w której powstaną 2 stosy w każdej serwerowni połączone czterema linkami. Jednocześnie odwołujący nie kwestionuje zdolności osiągnięcia przez oferowane rozwiązanie funkcjonalności oczekiwanych przez zamawiającego, a jedynie samą niezgodność oferowanej technologii z siwz.

W tym miejscu należy wskazać, że zamawiający dopuścił w załączniku nr 5 do siwz zaoferowanie rozwiązań równoważnych wskazując, że:

„2. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały, urządzenia oraz ich elementy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, poprzez dołączenie kart charakterystyki technicznej, certyfikatów, katalogów, folderów, opisów technicznych oferowanego ww. elementu oraz uzyskać wszelkie ewentualne uzgodnienia.

4. W związku z powyższym, w przypadku zaproponowania rozwiązań równoważnych, Wykonawca powinien złożyć Zamawiającemu następujące dokumenty:

- Karta katalogowa urządzenia,
- Opis techniczny zaoferowanego rozwiązania równoważnego”.

Rozwiązanie proponowane przez przystępującego jest, w ocenie Izby, rozwiązaniem równoważnym do opisanego w załączniku nr 5 do siwz, ponieważ polega na innym połączeniu przełączników w stos, jednocześnie gwarantującym osiągnięcie funkcjonalności oczekiwanych przez zamawiającego. Należy bowiem w tym miejscu podkreślić, że rozwiązania równoważne nie muszą być identyczne ze wskazanymi w siwz (bezcelowe byłoby dopuszczanie rozwiązań równoważnych w sytuacji, gdyby w rzeczywistości chodziło o ich identyczność). Rozwiązania równoważne muszą natomiast spełniać wymagania dla równoważności, jeśli zostały one opisane w siwz albo w przypadku braku takiego opisu - muszą zapewniać osiągnięcie tego efektu, tych funkcjonalności, tych celów realizacji zamówienia, które zakładał zamawiający.

W niniejszej sprawie sprawność i zgodna z założeniami siwz funkcjonalność oferowanego przez przystępującego rozwiązania nie jest kwestionowana, zatem powinno ono być uznane za rozwiązanie równoważne opisanemu w załączniku nr 5 do siwz. Jednocześnie należy uznać, że wymienione przez zamawiającego karty charakterystyki technicznej, certyfikaty, katalogi, foldery mogą być przedstawiane jedynie dla urządzeń równoważnych, natomiast w przypadku oferowania całego rozwiązania technologicznie

równoważnego przedstawiony może być co najwyżej jego opis techniczny. Opis taki, w ocenie Izby, przystępujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 03.08.2020 r. Tym samym, spełnione zostały wymogi w zakresie równoważności i oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu. Dlatego zarzut został oddalony.

Zarzut nr 2 – dotyczący zaoferowanych przełączników rdzeniowych.

Zamawiający wskazał w załączniku nr 5 do siwz, że: „Opóźnienia powinny spełniać następujące warunki:

- < 3 μ s 1G Gbps
- < 2 μ s 10 Gbps”

Przystępujący przedłożył w toku postępowania ulotkę produktu firmy Extreme, w której dla przełączników na porty miedziane (1G) wskazano trzy prędkości i uśrednione dla nich opóźnienie 2,3 μ s.

W wyjaśnieniach z dnia 03.08.2020 r. przystępujący wskazał, że producent w swoich materiałach nie określa rozłącznie opóźnienia dla trybu 1G i 10G. Niemniej jednak przystępujący dołączył do wyjaśnień oświadczenie producenta o spełnianiu m.in. wymogu w zakresie wymaganych opóźnień. Dodatkowo w toku postępowania odwoławczego przystępujący wyjaśnił, że zamiast przełączników z przepustowością 1G zamierza wykorzystać przełączniki z portami miedzianymi realizującymi większą przepustowość, tj. 10 GbE TX RJ45, dla których przewidziana przepustowość jest mniejsza niż wartości maksymalne wskazane przez zamawiającego, a zatem jest zgodna z siwz. Przystępujący przedłożył także oświadczenie firmy Extreme Networks Poland, w którym firma ta stwierdza, że na specjalną prośbę przystępującego wykonała test wydajności przełącznika i test ten wykazał, że średnie opóźnienie dla prędkości 1 Gbps wynosi 2,78 μ s. Tym samym, spełniony został wymóg w zakresie dopuszczalnych opóźnień i oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu. Dlatego zarzut został oddalony.

Zarzut nr 3 – dotyczący zabezpieczenia w przełącznikach dostępowych.

W załączniku nr 5 do siwz zamawiający dopuścił dla przełączników dostępowych rozwiązanie równoważne dotyczące typu obudowy: „porty uplink/stos znajdujące się na tylnej ścianie obudowy z dedykowanymi i zatwierdzonymi przez producenta oferowanego rozwiązania, mechanicznymi elementami zabezpieczenia portów uplink/stos i utrzymaniem przez producenta pełnej gwarancji dla dostarczonych switchy z niezbędnymi elementami”. Odwołujący zarzuca, że przystępujący nie zapewnił zatwierdzonych przez producenta mechanicznych elementów zabezpieczenia portów uplink/stos, których zapewnienie było konieczne w sytuacji zaoferowania portów znajdujących się na tylnej ścianie obudowy.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w dniu 06.07.2020 r. przystępujący przedłożył karty katalogowe osłon zabezpieczających, z których wynika, że „porty uplink/stos znajdujące się na tylnej ścianie obudowy switcha są odpowiednio osłonięte i zabezpieczone. Osłonę montuje się w szafie na tylnej szynie rack za urządzeniem aktywnym”. Dodatkowo w postępowaniu odwoławczym przystępujący przedłożył oświadczenie firmy Extreme Networks Poland potwierdzające treść wynikającą z karty katalogowej. Izba stwierdziła przy tym, że w świetle wymogu załącznika nr 5 do siwz, wskazany sposób zabezpieczenia jest zgodny z siwz, w szczególności zamawiający nie wykluczył zabezpieczenia „dorobionego” na szafie rack. Tym samym, spełniony został wymóg w zakresie wymaganego zabezpieczenia portów uplink/stos i oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu. Dlatego zarzut został oddalony.

Zarzut nr 4 – dotyczący programu weryfikacyjnego modułów przyłączeniowych.

W załączniku nr 5 do siwz zamawiający zawarł wymóg: „Producent musi objąć kluczowe produkty wchodzące w skład toru transmisyjnego tj. moduły przyłączeniowe, programem weryfikacyjnym potwierdzającym ich wydajność w sposób ciągły (np. GHMT Premium Verification Program), co gwarantuje Użytkownikowi deklarowaną jakość dla całości systemu, a nie tylko próbek dostarczanych do testów przez producenta”. Przystępujący zaoferował wewnętrzne testowanie, które jest wg niego dokładniejsze niż GHMT Premium Verification Program, natomiast odwołujący zarzuca, że wskazując na ww. program GHMT zamawiający wymagał testowania przez niezależne laboratorium.

Izba stwierdziła, że w wymogu zamawiającego program GHMT Premium Verification został podany jedynie jako przykład i z treści tego wymogu nie wynika, że testy mają się odbywać w niezależnym laboratorium. Należy zgodzić się także z argumentacją zamawiającego i przystępującego, że kiedy zamawiający wymagał badania przez niezależne laboratorium, wyraźnie wskazywał to w siwz. Tym samym nie ma podstaw do twierdzenia, że wymagane było w tym przypadku testowanie przez niezależne laboratorium. Zarzut zatem nie potwierdził się i dlatego został oddalony.

Zarzut nr 6 – dotyczący ekranowania kabli krosowych.

Zamawiający w załączniku nr 5 do siwz wskazał jako wymóg dla kabli krosowych m.in. „Ekranowanie S/FTP”. Odwołujący zarzuca, że przystępujący zaoferował kable F/FTP, ja też dodaje, że zamawiający wymagał, aby kable krosowe posiadały podwójnie ekranowane S/FTP w celu ochrony przed zakłóceniami EMI oraz wysokimi częstotliwościami.

Przystępujący zaoferował kable z ekranowaniem F/FTP, co nie spełnia ww. wymogu. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę na to, że zamawiający dopuścił rozwiązania

równoważne, wskazując m.in. że: „Dopuszcza się stosowanie infrastruktury okablowania kategorii 6 w przypadku zapewnienia na odcinku pomiędzy urządzeniami bezprzerwowej i zmierzonej transmisji na poziomie minimum 1GE. Dopuszcza się możliwość wykorzystania okablowania istniejącego po inwentaryzacji i pomiarach okablowania”. Biorąc zatem pod uwagę, że:

1. zgodnie z oświadczeniem zamawiającego, aktualnie używa on kabli F/FTP, które zgodnie z ww. opisem równoważności będą mogły być wykorzystane przez wykonawcę, co świadczy o tym, że spełniają oczekiwania funkcjonalne zamawiającego,
2. zamawiający w opisie równoważności dopuszcza zastosowanie kabli kategorii 6, a oferowane przez przystępującego mają wyższą kategorię 6A, co świadczy o tym, że spełniają oczekiwania funkcjonalne zamawiającego,
3. przystępujący przedstawił w toku postępowania odwoławczego tabelę porównawczą obu rodzajów kabli, z której wynika, że w zakresie szeregu wymogów mają one takie same parametry, w tym również w zakresie podnoszonej przez odwołującego ochrony przed wysokimi częstotliwościami oraz odporności na zakłócenia EMI,

należy stwierdzić, że kable F/FTP oferowane przez przystępującego są równoważne wymaganym S/FTP.

Na potwierdzenie spełniania wymogów dotyczących ww. kabli przystępujący złożył oświadczenie producenta firmy Excel. Oświadczenie to nie odnosi się wprawdzie konkretnie do kwestii ekranowania, ale też należy zauważyć, że wbrew zasadom dotyczącym stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający nie sformułował precyzyjnie, na czym polega wg niego wadliwość dokumentów dotyczących kabli krosowych, a jedynie wskazał w piśmie z dnia 24.07.2020 r., że: „z dokumentów złożonych przez wykonawcę nie wynika, że zaoferowane kable krosowe spełniają wszystkie wymogi wyszczególnione w tabeli”. Przy tak ogólnie wyrażonych wątpliwościach/zastrzeżeniach zamawiającego przystępujący nie miał obowiązku domyślać się, który konkretnie parametr nie został wg zamawiającego spełniony. Tym samym konsekwencją ogólnego wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było oświadczenie producenta potwierdzające spełnienie wymogów bez odniesienia się konkretnie m.in. do kwestii ekranowania. W tej sytuacji, w ocenie Izby, nie została wyczerpana zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i hipotetycznie możliwe byłoby ponowne wezwanie przystępującego do potwierdzenia równoważności kabli F/FTP.

Z uwagi jednakże na wyżej wskazane w pkt 1 - 3 okoliczności Izba uznała kwestię równoważności za wystarczająco wykazaną, dlatego też oddaliła ten zarzut.

Zarzut nr 7 – dotyczący częstotliwości kabla F/FTP.

Zamawiający w załączniku nr 12d - „Projekt sieci Wifi, plik 02_Sieć bezprzewodowy

Wi-Fi_02-19.pdf, pkt 5, str 12, wymagał, aby oferowany kabel posiadał parametry: „Kabel FFTP kategorii 6A-4pary 550 MHz.AWG23”. W wyjaśnieniach z dnia 03.08.2020 r. przystępujący wskazał, że co do wymogu częstotliwości kierował się odpowiedzią zamawiającego z dnia 11.05.2020 r., niemniej jednak załączył także otrzymaną od producenta kabla miedzianego na potrzeby WiFi kartę katalogową wraz z oświadczeniem, że zaoferowany produkt spełnia wymagania zamawiającego. Z karty wynika, że kabel osiąga częstotliwość 550 Mhz i firma Excel potwierdziła to w oświadczeniu. Tym samym, spełniony został wymóg w zakresie wymaganej częstotliwości kabla i oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu. Dlatego zarzut został oddalony.

Jedynie na marginesie, odnosząc się do argumentacji odwołującego, należy zauważyć, że choć treści zamieszczone na stronach internetowych producentów mogą być wskazówką co do ich oferty handlowej, to jednak ze względu na brak obowiązku zamieszczania na tych stronach informacji pełnych i zawsze aktualnych, informacje te w konfrontacji z innymi dowodami, co do zasady nie mogą być uznane za bardziej wiarygodne.

Zarzut nr 8 – dotyczący certyfikatu dla łącza 2 konektorowego Permanent Link.

Zamawiający w załączniku nr 5 do siwz wskazał wymóg: „Wszystkie komponenty systemu okablowania muszą być zgodne z wymaganiami obowiązujących norm: ISO/IEC 11801 2 Ed. oraz EN 50173 2.Ed, co musi być potwierdzone odpowiednimi certyfikatami. Należy zapewnić również certyfikat z niezależnego laboratorium posiadającego odpowiednią akredytację potwierdzający zgodność łącza klasy EA z normą ANSI/TIA-568-C.2 (2009-08) w zakresie testu łącza 2 konektorowego Permanent Link”.

Należy zauważyć, że w ww. wymogu mowa jest zarówno o certyfikatach dla komponentów systemu okablowania, jak i dla samego łącza. Przystępujący przedłożył certyfikaty dla trzech komponentów: modułu przyłączeniowego 100-185 i 100-181, kabla miedzianego 100-196 i kabli krosowych 100-148, 100-154 i 100-153. Ponadto przystępujący przedstawił stanowisko producenta firmy Excel, w którym wskazano, że z uwagi na to, że certyfikacja na komponent jest znacznie bardziej dokładna niż certyfikacja całego toru transmisyjnego, producent przyjął taką właśnie formę certyfikacji. Oznacza to, że decydując się na zaoferowanie produktów firmy Excel przystępujący w istocie nie był w stanie przedłożyć certyfikatów w formie oczekiwanej przez zamawiającego, tj. zarówno na komponenty, jak i na cały tor transmisyjny, gdyż w tym wypadku producent takiej certyfikacji nie prowadzi, uznając za wystarczającą, a nawet lepszą certyfikację komponentów. Brak możliwości złożenia certyfikatu dla toru jest więc okolicznością niezależną od przystępującego. Słusznie przystępujący powołuje się w tym wypadku na treść art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, który przewiduje w takiej sytuacji możliwość złożenia innych dowodów niż

wymagane przez zamawiającego w celu wykazania spełnienia wymagań. W przedmiotowej sprawie przystępujący przedłożył certyfikaty na komponenty wraz z oświadczeniem producenta potwierdzającym zgodność produktu, w tym toru transmisyjnego, z wymienionymi przez zamawiającego normami. Tym samym, spełniony został wymóg w zakresie certyfikacji toru transmisyjnego i oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu. Dlatego zarzut został oddalony.

Zarzut nr 9 – dotyczący łączówek telekomunikacyjnych.

Zamawiający w załączniku nr 5 do siwz zawarł wymóg: „Wszystkie elementy systemu okablowania miedzianego i światłowodowego powinny być opracowane (tj. zaprojektowane, wykonane i wdrożone do oferty rynkowej), jako kompletne rozwiązania, celem uzyskania maksymalnych zapasów transmisyjnych oraz zapewnić uzyskanie certyfikatu producenta okablowania". Odwołujący zarzuca, że przystępujący nie wyspecyfikował łączówek telekomunikacyjnych, a posiada łączówki firmy Krone. Przystępujący twierdzi, że nie oferuje łączówek firmy Krone, ale łączówki własne firmy Excel Networking. Przede wszystkim jednak z dokumentacji postępowania wynika, że przystępujący wskazał w pkt 3.13 Formularza Asortymentowo – Cenowego m.in. łączówki nie wymieniając ich producenta i numeru katalogowego, gdyż we wzorze ww. formularza dla poz.3.13 zamawiający wykreślił obowiązek podawania tych informacji. Tym samym wykonawcy nie byli zobowiązani do ich podawania. Dlatego też zarzut został oddalony.

Zarzut nr 10 – dotyczący wieczystej gwarancję aplikacji.

Zamawiający w załącznik nr 5 do siwz wskazał wymagania dotyczące gwarancji:
„2. Gwarancja systemowa musi obejmować:
(...) c) wieczystą gwarancję aplikacji (Producent zagwarantuje, że jego system okablowania przez okres „życia” zainstalowanej sieci będą pracowały dowolne aplikacje (współczesne i stworzone w przyszłości), które zaprojektowane były (lub będą) dla systemów okablowania klasy EA (w rozumieniu normy ISO/IEC 11801 ed.3).”

Odwołujący powołuje się na informacje zamieszczone na stronie internetowej firmy Excel, z których nie wynika, aby udzielała ona gwarancji wieczystej. Ponownie w tym miejscu należy zauważyć, że ze względu na brak obowiązku zamieszczania na stronach internetowych informacji pełnych i aktualnych, informacje te w konfrontacji z innymi dowodami, co do zasady nie mogą być uznane za bardziej wiarygodne. W przedmiotowej sprawie przystępujący przedłożył zamawiającemu w dniu 06.07.2020 r. oświadczenie firmy Excel, w którym firma ta w pkt 9 potwierdziła spełnianie m.in. ww. wymogu dotyczącego gwarancji. Tym samym zarzut nie potwierdził się i dlatego też został oddalony.

Zarzut nr 11 – dotyczący raportu z 20-krotnej reterminacji modułów przełączeniowych.

W załączniku nr 5 do siwz w ust. 8, rozdział A pkt 5 ppkt 12, zamawiający wskazał: „12. Moduły zgodnie z ISO 11801 ed.2.2. muszą zapewniać minimum 20 krotną reterminację. Wymagane jest przedstawienie stosownego raportu z testów”. Przystępujący nie złożył ww. raportu w toku postępowania, ale też nie był wzywany do jego złożenia na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przystępujący dołączył ww. raport do pisma z dnia 14.10.2020r.

Tym samym potwierdził się zarzut polegający na wskazaniu, że przystępujący nie złożył w toku postępowania o udzielenie zamówienia wymaganego raportu. Jednocześnie Izba wyjaśnia, że wymagany raport musi być złożony zamawiającemu, który uprawniony jest do tego, aby go ocenić i podjąć wynikające z tej oceny czynności. Dlatego też Izba nie mogąc wchodzić w rolę zamawiającego, nie mogła też w zastępstwie za niego samodzielnie ocenić przedłożonego w postępowaniu odwoławczym raportu. W związku z tym odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia ww. raportu oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Zarzut nr 12 – dotyczący budowy i modernizacji Data Center.

Odwołujący zarzuca, że przystępujący nie wskazał numerów katalogowych produktów użytych do budowy i modernizacji Data Center, czyli panelu krosowego i przełącznicy optycznej, przez co brak jest możliwości dokonania oceny, czy zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi określone w siwz. Należy zauważyć, że odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu, w którym miejscu w dokumentacji przetargowej zamawiający zawarł ww. wymogi. W szczególności w załączniku nr 5 do siwz zamawiający nie wymienił wymagań dla panelu krosowego i przełącznicy optycznej. Przy czym, jak słusznie wskazuje przystępujący, w odpowiedzi z dnia 11.05.2020 r. na pytanie nr 6, zamawiający przyznał pierwszeństwo wymogom znajdującym się w OPZ, czyli w załączniku nr 5 do siwz. Skoro zatem wymogi dla panelu krosowego i przełącznicy optycznej nie zostały wskazane w ww. załączniku, to znaczy, że zamawiający nie wymagał wykazywania ich spełnienia.

Ponadto dla ziszczenia się przesłanek odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp konieczne jest wskazanie postanowienia siwz, z którym treść oferty jest niezgodna. Sam „brak możliwości dokonania oceny, czy zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi określone w siwz” nie przesądza o niezgodności oferty z siwz, jeśli nie ma konkretnego wymogu, który wykonawca miał spełnić. Tym samym zarzut nie potwierdził się i dlatego też został oddalony.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do argumentacji odwołującego podniesionej na rozprawie i dotyczącej kwestii podpisywania i poświadczania określonych oświadczeń i dokumentów przedkładanych przez przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, należy podnieść, co następuje. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie odwołujący na rozprawie podniósł okoliczności dotyczące kwestii podpisywania i poświadczania określonych oświadczeń i dokumentów przedkładanych przez przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast okoliczności te nie były zawarte w treści odwołania. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie okoliczności dotyczące kwestii podpisywania i poświadczania określonych oświadczeń i dokumentów przedkładanych przez przystępującego, gdyż nie były one zawarte w treści odwołania.

Reasumując, spośród zarzutów niewycofanych przez odwołującego, Izba uznała za zasadny jedynie zarzut dotyczący nieprzedłożenia przez przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia raportu z testu 20-krotnej reterminacji modułów przełączeniowych. Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu Izba uznała za niezasadne.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1—3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku” należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17. Także skarga na wyrok KIO 630/18 dotycząca podziału kosztów pomiędzy strony została oddalona postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 830/18).

W niniejszej sprawie odwołujący podniósł 13 zarzutów (12 technicznych i 1 dotyczący podstaw unieważnienia postępowania w części nr 2 i 3 postępowania). Spośród ww. 13 zarzutów, Izba uwzględnił jeden zarzut, jeden został przez odwołującego cofnięty (ale po otwarciu rozprawy), pozostałe 11 zostało oddalonych. Wynik postępowania odwoławczego jest więc korzystny dla odwołującego w zakresie jednego spośród 13-tu zarzutów. Dlatego

też kosztami postępowania Izba obciążyła w części 1/13 zamawiającego i w części 12/13 odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się: wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego i zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników ($2 \times 3.600 \text{ zł} = 7.200 \text{ zł}$), koszty opłat skarbowych od pełnomocnictw zamawiającego (34 zł) oraz koszty z tytułu dojazdu odwołującego ($119 + 229 = 348 \text{ zł}$), co daje łącznie kwotę 22.582 zł. Skoro odwołujący ma ponieść ww. koszty w części 12/13, to powinien je ponieść w wysokości 20.844,92 zł. Z kolei zamawiający ma je ponieść w części 1/13, czyli w wysokości 1.737,08 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.948 zł tytułem wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę ($15.000 + 3.600 + 348 = 18.948$), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 20.844,92 zł. Zamawiający poniósł zaś dotychczas koszty w wysokości 3.634 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłat skarbowych od pełnomocnictw ($3.600 + 34 = 3.634$), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 1.737,08 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1.896,92 zł ($20.844,92 - 18.948 = 1.896,92$), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Zasądzona od odwołującego na rzecz zamawiającego kwota 1.896,92 zł wyrównuje jednocześnie koszty, które powinien ponieść zamawiający ($3.634 - 1.896,92 = 1.737,08$).

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b w zw. z § 3 oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący