

Sygn. akt: KIO 2489/22
KIO 2495/22

POSTANOWIENIE
z dnia 5 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

Po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 października 2022 r., odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2022 r. przez:

A) Odwołującego **Network Experts Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Chojnowska 8, 03-583 Warszawa (sygn. akt KIO 2489/22);

B) Odwołującego **Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów (sygn. akt KIO 2495/22);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Starachowice**, ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice

przy udziale

Wykonawcy **AB Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Galicyjska 1, 31-586 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2489/22 i KIO 2495/22 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1.

A. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2489/22;

B. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2495/22;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz:

- A. Odwołującego – Network Experts S. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie kwoty 13.500 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącej 90% wpisu od odwołania;
- B. Odwołującego - Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie kwoty 13.500 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącej 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2022, poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2489/22
KIO 2495/22

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Starachowice, w trybie podstawowym na dostawę urządzeń sieciowych, modernizację sieci LAN oraz dostawy i konfiguracja systemu telefonii voip w Urzędzie Miejskim w Starachowicach i jednostkach organizacyjnych mu podległych w ramach projektu pn. „Zwiększenie dostępności e-usług dla miasta Starachowice” (nr postępowania: ZP.271.43.2022.SD), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2022/S 174-495043 w dniu 12 września 2022 r., wobec treści ogłoszenia i treści dokumentów zamówienia, wykonawcy: Network Experts Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie oraz Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie wnieśli w dniu 22.09.2022 r. odwołania (sygn. akt KIO 2489/22 i KIO 2495/22).

I. Sygn. akt KIO 2489/22

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu sporządzenie dokumentów zamówienia - Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez określenie wymogów dotyczących zamawianych przełączników LAN CORE (Data Center) Typ 1, Typ 2 i Typ 3, w sposób uniemożliwiający Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, w związku z zastosowaniem w Załączniku nr 1 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ), w pkt I.5.1 (Przełączniki LAN CORE Typ 1); w pkt I.5.2 (Przełączniki LAN CORE Typ 2) oraz w pkt I.5.3 (Przełączniki LAN CORE Typ 3), każdorazowo w części dotyczącej „Zarządzania i monitorowania”, wymogu o treści: **„Zamawiający wymaga aby przełączniki obsługiwały oficjalnie oprogramowanie systemu operacyjnego od producenta tych przełączników oraz dodatkowo minimum jednego innego dostawcy oprogramowania. Wykonawca musi dołączyć do oferty dokument potwierdzający, że oferowane urządzenie jest certyfikowane przez innego producenta oferującego zewnętrzne oprogramowanie systemu operacyjnego danego urządzenia.”**, wraz z uzupełnieniem OPZ zawartym w wyjaśnieniu Zamawiającego z dnia 16.09.2022 r., polegającym na : „dopuszczeniu dostawy przełączników obsługujących dwa różne systemy operacyjne stworzone pierwotnie przez niezależne firmy.”

W związku z powyższym Zamawiający naruszył przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych:

1) art. 16 uPzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności wobec określenia wymogów dotyczących zamawianych przełączników w sposób wskazujący na jednego producenta przełączników LAN CORE Typ 1, Typ 2 oraz Typ 3;

2.) art. 99 ust. 4 uPzp, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, wobec określenia wymogów zamawianych urządzeń w sposób wskazujący na jednego producenta przełączników LAN CORE Typ 1, Typ 2 oraz Typ 3 (dyskryminacja pośrednia).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia, tj. Załącznika nr 1 do SWZ, w sposób umożliwiający uczciwą konkurencję wykonawcom, oferującym swoje usługi, w tym Odwołującemu, poprzez:

- wykreślenie w Załączniku nr 1 do SWZ, tj. w OPZ, w pkt I.5.1 (Przełączniki LAN CORE Typ 1); w pkt I.5.2 (Przełączniki LAN CORE Typ 2) oraz w pkt I.5.3 (Przełączniki LAN CORE Typ 3), każdorazowo w części dotyczącej „Zarządzania i monitorowania”, wymogu o treści: „Zamawiający wymaga aby przełączniki obsługiwały oficjalnie oprogramowanie systemu operacyjnego od producenta tych przełączników oraz dodatkowo minimum jednego innego dostawcy oprogramowania. Wykonawca musi dołączyć do oferty dokument potwierdzający, że oferowane urządzenie jest certyfikowane przez innego producenta oferującego zewnętrzne oprogramowanie systemu operacyjnego danego urządzenia.”, wraz z uzupełnieniem OPZ zawartym w wyjaśnieniu Zamawiającego z dnia 16.09.2022 r., polegającym na : „dopuszczeniu dostawy przełączników obsługujących dwa różne systemy operacyjne stworzone pierwotnie przez niezależne firmy.”

alternatywnie:

- dopuszczenie w treści Załącznika nr 1 do SWZ, tj. w OPZ, w pkt I.5.1 (Przełączniki LAN CORE Typ1); w pkt I.5.2 (Przełączniki LAN CORE Typ 2) oraz w pkt I.5.3 (Przełączniki LAN CORE Typ 3), każdorazowo w części dotyczącej „Zarządzania i monitorowania”, rozwiązania równoważnego, polegającego na dopuszczeniu możliwości dostawy przełącznika oferującego otwarte formy zarządzania przełącznikiem, poprzez interfejsy, takie jak języki skryptowe: python, REST API, Ansible. Przełączniki muszą w tym modelu również umożliwiać zastosowanie rozwiązań typu software defined jak np. Openflow, OpenVswitch. Interes w uzyskaniu zamówienia.

II. Sygn. akt KIO 2495/22

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp oraz 17 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań co do przełączników w sposób utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na bezpodstawne wyeliminowanie sprzętu innego niż sprzęt firmy DELL, ewentualnie poprzez bezpodstawne wyeliminowanie możliwości zaoferowania sprzętu oferującego wszystkie wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści swz i ogłoszenia oraz przedłużenie terminu składania ofert.

Zamawiający złożył w pismach z 04.10.2022 r. odpowiedzi na odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego w obu sprawach przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca AB Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W pismach wniesionych do akt sprawy w dniu 04.10.2022 r. obaj Odwołujący wycofali swoje odwołania w całości.

Zamawiający złożył wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa pełnomocnika Zamawiającego w każdej ze spraw połączonych do wspólnego rozpoznania.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 05.10.2022 r. Izba na podstawie § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) umorzyła postępowanie odwoławcze w sytuacji wyczerpującej przypadek wskazany w art. 568 pkt 1 Ustawy.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 3 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz.U. poz. 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołujących kwotę stanowiącą 90% uiszczonych w wysokości 15.000,00 zł wpisów. Izba nie uwzględniła wniosków Zamawiającego o zwrot kosztów postępowania odwoławczego, gdyż wycofanie odwołań nastąpiło w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego. Zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zostało przewidziane w przepisach rozporządzenia w sytuacji, gdy cofnięcie odwołania nastąpiłoby w dniu, na który wyznaczony

został termin rozprawy lub posiedzenia. W postępowaniu odwoławczym obaj Odwołujący swoje oświadczenia o wycofaniu odwołania wnieśli w dniu 4.10.2022 r., a tym samym nastąpiło to w dniu poprzedzającym dzień, na który wyznaczony został termin posiedzenia z udziałem stron.

Przewodniczący: