

Sygn. akt: KIO 801/12

**WYROK**  
**z dnia 8 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2012 r. przez **ASSECO POLAND S.A. w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łódź w Łodzi**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Sevenet S.A. w Gdańsku**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **COMP S.A. w Warszawie**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez doprecyzowanie w pkt 2.2 ppkt 6 w części II specyfikacji „Opis przedmiotu zamówienia” rodzaju szaf, co do których wymaga wysokości 12U oraz wykreślenie postanowienia § 2 ust.1 pkt 5 projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji;
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Łódź w Łodzi**, i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ASSECO POLAND S.A. w Rzeszowie**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od **Miasta Łódź w Łodzi** na rzecz **ASSECO POLAND S.A. w Rzeszowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Miasto Łódź (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa urządzeń aktywnych wraz z wdrożeniem w ramach projektu >>Metropolitalna sieć szerokopasmowego dostępu do Internetu<<”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 7 kwietnia 2012 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 20 kwietnia 2012 r. ASSECO POLAND S.A. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający zasadę równości i uczciwej konkurencji przez ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu i w konsekwencji udzielenie zamówienia publicznego,
- art. 353<sup>1</sup> KC w związku z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę swobody umów tj. ukształtowanie stosunku prawnego niezgodnie z zasadami współżycia społecznego.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób określony w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący twierdził, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów, gdyż będąca przedmiotem odwołania treść SIWZ uniemożliwia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uniemożliwia uzyskanie zamówienia

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

I. Diskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia – Odwołujący twierdził, że brak uzasadnienia dla zbyt wysokich wymagań dla urządzeń warstw niższych sieci, oraz

wymagań co do funkcjonalności, które urządzenie ma spełniać, mimo że funkcjonalność ta nie będzie wykorzystywana. W ocenie Odwołującego, postanowienia SIWZ wymuszają pozycjonowanie sprzętu niepotrzebnie przewymiarowanego i jednocześnie równie drogiego, co nie znajduje uzasadnienia biorąc pod uwagę zasadę racjonalności wydatków.

Odwołujący zakwestionował następujące postanowienia SIWZ

1) Ograniczenie maksymalnej wysokości urządzenia- 12U (pkt 2.2 ppkt. 6 części II SIWZ).

Urządzenia rdzeniowe są z natury urządzeniami centralnymi w sieci, a zatem największymi, zajmującymi nierzadko ponad pół szafy 19".

Odwołujący wnosił o zniesienie tego zapisu.

2) Wydajność urządzenia rdzeniowego 100Gbps/slot (p. 2.4 par. 1 ust. 4 części II SIWZ).

Przy tej architekturze sieci 40Gbps/slot w kierunku down- i up-stream zapewnia ponad dwukrotną redundancją nieobsadzonego pasma.

Odwołujący wnosił o zmniejszenie wymagania do 40 Gbps/slot

3) 1'000'000 adresów MAC na węźle LSR (Label Switching Router, p. 2.4 par. 1 ust. 8- funkcjonalność przełączania Ethernet).

Węzły przełączające pakiety MPLS obsługują ruch na podstawie etykiet, a nie adresów MAC.

Odwołujący wnosił o zmniejszenie adresów MAC do 128.000.

4) VPLS, H-VPLS, 100 VRF, MPLS-TE, MPLS-FRR na przełącznikach dostępowych (p. 2.4 par. 3 ust. 5 części II SIWZ).

Funkcjonalność VPLS w szczególności oraz MPLS w ogóle jest tu niepotrzebna. Jako Label Edge Router może przecież funkcjonować Przełącznik MPLS (klasy operatorskiej), wyszczególniony już w SIWZ.

Nie ma zatem, w ocenie Odwołującego potrzeby zapewniania na przełączniku dostępowym VPLS, szczególnie, iż przełącznik MPLS jest pojedynczym punktem agregacyjnym w danym fragmencie sieci i może przyjmować ruch tagowany jako 802.1Q (VLAN) lub 802.1ad (Q-in-Q)

Odwołujący wnosił o zniesienie wymagań na VLPS, H-VLPS, MPLS-TE i MPLS-FRR dopisując wymagania na VLL.

Odwołujący wskazywał, że powyższe postanowienie SIWZ opisały przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto wymogi mają wpływ na punktację w ramach ustalonego przez Zamawiającego jednego z kryteriów oceny ofert, tj. funkcjonalności. Zdaniem Odwołującego, wskazane parametry pozwalają przyjąć iż Zamawiający dopuszcza w praktyce urządzenia jednego producenta tj. firmy CISCO, co popierał oświadczeniem jednego z producentów (pismo w załączeniu do odwołania), w którym twierdzono, „iż mimo wybudowania wielu podobnych sieci miejskich na całym

świecie-Singapur, Hiszpania, Włochy- po raz pierwszy spotykamy się z wymaganiami tak dobitnie faworyzującymi jednego, określonego producenta sprzętu, firmę Cisco Systems".

## II. Żądanie statusu Autoryzowanego Przedstawiciela

Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z § 2 ust. 1 Wzoru Umowy Zamawiający żąda złożenia oświadczenia o tym, iż wykonawca posiada status Autoryzowanego Przedstawiciela producenta oferowanych urządzeń. Odwołujący podnosił, iż przywołane postanowienie umowne ma charakter dyskryminacyjny i nieuzasadniony realnymi potrzebami Zamawiającego, bowiem dla prawidłowego i profesjonalnego wykonania przedmiotowego zamówienia powyższy wymóg nie ma znaczenia. Przywołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2010 r. (sygn.. KIO/KD 22/10), zgodnie z którą „W opinii Izby nie budzi żadnych wątpliwości, iż zapis użyty w pkt 3 SIWZ "Opis zamówienia", w części "wymogi obsługowo-eksploatacyjne" o treści: "Wykonawca powinien być producentem lub wyznaczonym przez producenta przedstawicielem występującym w jego imieniu" stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji - dyskryminację bezpośrednią - podmiotów, które nie są producentami lub wyznaczonymi przez producenta przedstawicielami występującymi w imieniu producentów i zawęża krąg podmiotów które mogłyby wziąć udział w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Zawarcie w SIWZ ww. zapisu przez Zamawiającego w oczywisty sposób przeczy fundamentalnej zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publicznego.”

Odwołujący kwestionował także wymóg wbudowania reflektometrów TDR na wszystkich portach (p. 2.4 par 4 części II SIWZ Przełącznik Segmentu) oraz prawo Zamawiającego wglądu do dokumentów Wykonawcy przewidzianego w § 12 ust. 1 zdanie pierwsze Wzoru umowy, ale zarzuty te wycofał na rozprawie.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy SEVENET SA i COMPP SA (dalej: Przystępujący).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, zaistniałaby sytuacja, w której Odwołujący nie mógłby złożyć w postępowaniu oferty, bądź byłoby to

nadmiernie utrudnione (przy czym utrudnienie to nie dotyczyłoby wyłącznie niemożności złożenia oferty potencjalnie tańszej od innych – sam brak możliwości złożenia oferty konkurencyjnej nie uzasadnia w ocenie Izby legitymacji do wniesienia odwołania). Co najmniej zarzut odnoszący się do wymogu statusu autoryzowanego partnera oferowanych produktów przemawia za powyższym poglądem.

Izba również uznała, że obaj Przystępujący mieli interes w rozstrzygnięciu odwołania (na korzyść Zamawiającego), który wyrażał się w dążeniu do utrzymania treści SIWZ w dotychczasowym brzmieniu, bez wprowadzania zmian wnioskowanych przez Odwołującego. Ponieważ oba przystąpienia zgłoszono w przepisany terminie, zgodnie z art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych Przystępujący stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba jako dowód w postępowaniu dopuściła dokumentację postępowania (kopię potwierdzoną przez Zamawiającego za zgodność z oryginałem, w aktach sprawy) oraz akta postępowania sygn. akt KIO 812/12. Izba wzięła również pod uwagę argumentację prezentowaną w złożonych pismach i na rozprawie. Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty są uzasadnione.

Odwołujący podnosił zarzuty odnośnie opisu przedmiotu zamówienia twierdząc, że wymagania Zamawiającego są nadmierne, nieskorelowane z rzeczywistymi potrzebami, a dodatkowo wskazują na konkretnego producenta (CISCO). Zamawiający mianowicie zawarł w opisie przedmiotu zamówienia następujące oczekiwania:

- 1) Ograniczenie maksymalnej wysokości urządzenia - 12U (pkt 2.2 ppkt. 6 części II SIWZ).
- 2) Wydajność urządzenia rdzeniowego 100Gbps/slot (p. 2.4 par. 1 ust. 4 części II SIWZ) - Odwołujący wnosił o zmniejszenie wymagania do 40 Gbps/slot.
- 3) 1'000'000 adresów MAC na węźle LSR (Label Switching Router, p. 2.4 par. 1 ust. 8-funkcjonalność przełączania Ethernet).

Odwołujący wnosił o zmniejszenie adresów MAC do 128.000.

- 4) VPLS, H-VPLS, 100 VRF, MPLS-TE, MPLS-FRR na przełącznikach dostępowych (p. 2.4 par. 3 ust. 5 części II SIWZ).

Funkcjonalność VPLS w szczególności oraz MPLS w ogóle jest tu niepotrzebna. Jako Label Edge Router może przecież, zdaniem Odwołującego, funkcjonować Przełącznik MPLS (klasy operatorskiej), wyszczególniony już w SIWZ.

Spośród powyższych zarzutów, Izba uznała, że uzasadniony jest ten, który odnosił się do wysokości urządzenia (a właściwie – wysokości szaf). Izba ustaliła, że w SIWZ,

w części II, w pkt 2.2. zatytułowanym „WYMAGANIA OGÓLNE DLA DOSTARCZANYCH ROZWIĄZAŃ” Zamawiając zawarł w pkt. 6 wymóg, iż „W ramach realizacji zamówienia Wykonawca uwzględni dostawę i montaż szaf teleinstalacyjnych 19” o głębokości 80 cm oraz w wysokości 12U. Szafy teleinstalacyjne muszą być w wersji stojąco – wiszącej dla każdego punktu dostępowego.”. Nie było sporne, że w ramach przedmiotu zamówienia należy dostarczyć szafy dla różnego rodzaju lokalizacji/punktów, w tym dla punktów dostępowych (pkt 2.3.4 i inn. SIWZ). Każdy rodzaj punktu będzie determinował rodzaj zainstalowanych tamże urządzeń (a więc również może mieć wpływ na wielkość szafy, która będzie zawierała wymagane urządzenia). Dlatego w ocenie Izby uprawnione było rozumowanie Odwołującego, który z zacytowanego wyżej postanowienia SIWZ wywiódł, że wszystkie szafy teleinstalacyjne powinny mieć wysokość 12U (co Odwołujący uznał za wymóg niemożliwy do dochowania, argumentując, że urządzenia rdzeniowe nie zmieszczą się w szafach o wymaganej wysokości), a dodatkowo szafy przeznaczone dla punktów dostępowych powinny być w wersji stojąco – wiszącej (czego Odwołujący nie kwestionował). Według Zamawiającego i Przystępujących cały punkt 6 odnosił się do szaf jednego rodzaju – dla punktów dostępowych. Izba nie podzieliła tego stanowiska: przytoczony wymóg znajduje się w części SIWZ zatytułowanej „Wymagania ogólne...”, pierwsze zdanie odnosi się do wszystkich szaf teleinstalacyjnych i zawiera wymóg co do ich wysokości, natomiast drugie zdanie – do szaf teleinstalacyjnych dla punktów dostępowych. W dalszej części SIWZ Zamawiający zawarł wymogi co do konkretnych urządzeń (mających się znajdować w konkretnych lokalizacjach/punktach). Prezentowane przez Zamawiającego stanowisko byłoby uzasadnione tylko wówczas, gdyby określenie wysokości szaf, w których mają się znajdować konkretne urządzenia, znalazło się przy opisie określonego rodzaju urządzeń. Skoro Zamawiający twierdzi, że Odwołujący mylnie rozumiał SIWZ, ponieważ intencją Zamawiającego było wskazanie wysokości szaf wyłącznie dla punktów dostępowych, a w ocenie Izby tak sprecyzowany wymóg nie wynika jednak z SIWZ, Zamawiający powinien zmodyfikować SIWZ, aby wykonawcom umożliwić złożenie oferty na jednakowych zasadach, przez sprecyzowanie rodzaju szaf (punktów), dla których wymaga ściśle określonej wysokości. W odwołaniu Odwołujący wnosił o wykreślenie punktu 6 w całości, jednak ze stanowiska prezentowanego na rozprawie wynikało, że satysfakcjonujące będzie dla niego wskazanie rodzaju szaf, co do których Zamawiający wymaga określonej wysokości (argumentacja Odwołującego sprowadzała się do tego, że dochowanie wielkości 12U dla innych szaf, niż przewidziane dla punktów dostępowych, nie będzie możliwe). Dlatego Izba nakazała **Zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez doprecyzowanie w pkt 2.2 ppkt 6 w części II specyfikacji „Opis przedmiotu zamówienia” rodzaju szaf, co do których wymaga wysokości 12U.**

Pozostałe zarzuty odnoszące się do przedmiotu zamówienia Izba uznała za nieudowodnione. Mianowicie Odwołujący kwestionował następujące funkcjonalności: wydajność urządzenia rdzeniowego 100Gbps/slot, 1'000'000 adresów MAC na węźle LSR, VPLS, H-VPLS, 100 VRF, MPLS-TE, MPLS-FRR na przełącznikach dostępowych.

Odwołujący w ocenie Izby nie poparł swojego stanowiska żadnymi dowodami, jedynie twierdził, że „brak uzasadnienia dla zbyt wysokich wymagań dla urządzeń warstw niższych sieci, oraz wymagań co do funkcjonalności, które urządzenie ma spełniać, mimo że funkcjonalność ta nie będzie wykorzystywana”.

Izba uznała jednak, że Zamawiający ma prawo, zamawiając system teleinformatyczny (przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń aktywnych sieci wraz z wdrożeniem w ramach projektu „Metropolitalna sieć szerokopasmowego dostępu do Internetu”), który będzie charakteryzował się możliwie wysoką wydajnością, przepustowością, możliwością rozbudowy zarówno co do nowych użytkowników, jak i usług, określić swoje wymagania na wysokim poziomie. Odwołujący nie twierdził, że w obecnych warunkach nie może przez zakwestionowane wymogi złożyć oferty, a jedynie byłaby ona niekonkurencyjna – tj. ocenia, iż potencjalnie droższa, niż oferty konkurencji. Równocześnie nie wykazał, aby wymogi Zamawiającego były nadmierne (Krajowa Izba Odwoławcza nie ocenia zresztą rzetelności wydatkowania środków publicznych); nie wykazał również, dlaczego żąda obniżenia wymagań Zamawiającego akurat do konkretnych, wskazanych przez siebie wartości (ze 100Gbps/slot do 40 Gbps/slot i z 1'000'000 adresów MAC na węźle LSR do 128.000)

Odwołujący twierdził, że na przełącznikach dostępowych funkcjonalność VPLS w szczególności oraz MPLS w ogóle nie jest potrzebna Zamawiającemu. Tymczasem Izba ustaliła, że w założeniach budowy systemu, w pkt. 2.3. „KONCEPCJA BUDOWY SIECI MSSDI” części II SIWZ, ppkt 2.3.1. „Określenie mechanizmów technicznych” Zamawiający wskazał, iż „Biorąc pod uwagę przyjęte założenia odnośnie skalowalności rozwiązania, a także uwzględniając możliwości udostępnienia pasma w sieci przyjęto, iż właściwym kierunkiem rozwoju jest wybór technologii IP/MPLS do budowy sieci MSSDI. Wybór rozwiązań sprzętowych jest zatem ukierunkowany na obsługę tychże standardów. Jako mechanizm optymalizacji wdrożenia przyjęto budowę w sieci umożliwiającej wdrożenie mechanizmów emulacji sieci warstwy 2 (np. VPLS) oraz pełnej funkcjonalności MPLS L3 VPN.” W ppkt. 2.3.3. „Architektura systemu”, Zamawiający z kolei przewidział, iż „Architektura sieci jest w znacznej mierze zdeterminowana topologia łączy światłowodowych, jakie zaprojektowano w ramach całości projektu MSSDI. Sieć obejmuje trzy typy węzłów:

1) **Węzły rdzeniowe** – są to 3 węzły (pełnią rolę jednocześnie urządzenia rdzeniowego oraz agregacyjnego). Agregują one połączenia 10 Gigabit Ethernet z pozostałymi lokalizacjami agregacyjnymi oraz zbierają ruch pochodzący z węzłów dostępowych;



2) **Węzły dystrybucyjne (agregacyjne)** – realizują połączenia 10Gigabit Ethernet do węzłów

rdzeniowych – zbierają one jednocześnie ruch pochodzący z węzłów dostępowych;

3) **Węzły końcowe** – agregują ruch bezpośrednio od użytkowników w węzłach dostępowych. Należy zaznaczyć, iż wydajność węzłów agregujących nie jest determinowana przez przepustowość połączeń do węzła rdzeniowego. Wolumen ruchu zamykający się lokalnie w urządzeniu może być większy niż wolumen kierowany do rdzenia sieci. Samo urządzenie nie może być „wąskim gardłem” dla realizacji zadań lokalnych.”. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podkreślał założenia architektury sieci co do optymalizacji konfiguracji, pozwalającej na płynną rozbudowę w przyszłości oraz na konieczność zapewnienia możliwości wykorzystywania węzłów dostępowych jako węzłów agregacyjnych. Wskazywał, iż jego celem jest minimalizacja kosztów zarządzania siecią i minimalizacja czasu przestoju w funkcjonowaniu sieci, a posiadając wymagane, zakwestionowane odwołaniem, funkcjonalności, będzie mógł zdalnie, z centrum nadzoru sieci, dokonać pełnej analizy przyczyny wystąpienia uszkodzenia fizycznego połączenia pomiędzy urządzeniami, bez dodatkowych nakładów (fizycznej obecności i konieczności odpowiednich pomiarów osobnymi urządzeniami). Stanowisko Odwołującego sprowadzało się do twierdzenia, że wymagane funkcjonalności nie są Zamawiającemu potrzebne, dodatkowo na rozprawie podnosił, iż punkt 2.3.4 SIWZ przewiduje funkcjonalność QinQ, zatem szereg innych nie jest już konieczny. Z kolei Zamawiający na rozprawie twierdził, że oczekuje funkcjonalności MPLS, ponieważ ma ona wiele możliwości konfiguracyjnych, a argument z pkt 2.3.4 przywołany przez Odwołującego jest nietrafny, ponieważ tenże QinQ podał jako jedną z opcji, przykładową, co nie wyklucza zastosowania innych funkcjonalności. Wskazywał, że urządzeń rdzeniowych będzie tylko 7, a urządzeń dostępowych wiele i - w przeciwieństwie do poprzednich - ich położenie będzie zdecentralizowane, przy czym zakładany jest przepływ dużej ilości informacji do punktów dostępowych, w tym prognozowany streaming video z monitoringu miejskiego.

W świetle powyższych postanowień SIWZ, i argumentacji Zamawiającego i Odwołującego zaprezentowanej w pismach i na rozprawie Izba, przychylając się do stanowiska Zamawiającego, stwierdziła, że zarzuty i żądania odwołania co do wydajności urządzenia rdzeniowego 100Gbps/slot, ilości adresów MAC na węzle LSR i funkcjonalności na przełącznikach dostępowych są nieuzasadnione. Trudno odmawiać Zamawiającemu prawa określenia wymogów co do przedmiotu zamówienia na wysokim poziomie, Zamawiający co najmniej uprawdopodobnił, że są one racjonalne i uzasadnione jego potrzebami rzeczywistymi i prognozowanymi, a Odwołujący nie wskazał, dlaczego wymagania Zamawiającego miałyby być obniżone do wnioskowanego przez niego poziomu.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, że powyższe wymogi mogą spełnić jedynie produkty jednego producenta – CISCO. Załączona do odwołania opinia jednego z producentów sprzętu również nie zawiera żadnych rzeczowych argumentów, które mogłyby wskazywać na paralelność parametrów określonych w SIWZ i urządzeń produkowanych przez CISCO. Nie tylko Zamawiający i dwaj Przystępujący po jego stronie twierdzili, że można zaoferować urządzenia także innych producentów, ale również w drugim odwołaniu dotyczącym tej samej SIWZ (odwołanie zostało odrzucone postanowieniem sygn. akt KIO 813/12) twierdzono, że SIWZ wskazuje na rozwiązania producenta JUNIPER. Chociaż Izba nie rozpatrywała merytorycznie drugiego odwołania, to stanowisko tamże wyrażone może wziąć pod uwagę, stwierdzając, że wszystkie powyższe okoliczności wskazują na fakt, że można zaoferować urządzenia kilku producentów, a Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego.

Ponadto Odwołujący kwestionował wymóg zawarty w projekcie umowy, odnoszący się do posiadania „statusu Autoryzowanego Przedstawiciela” oferowanych urządzeń.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 projektu umowy, załączonego do SIWZ, Zamawiający oczekuje (z chwilą podpisania umowy) złożenia oświadczenia, iż wykonawca posiada status „Autoryzowanego Partnera producenta oferowanych urządzeń”. Odwołujący podnosił, iż przywołane postanowienie umowne ma charakter dyskryminacyjny i nieuzasadniony realnymi potrzebami Zamawiającego, bowiem dla prawidłowego i profesjonalnego wykonania przedmiotowego zamówienia powyższy wymóg nie ma znaczenia. Przywołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2010 r. (sygn. KIO/KD 22/10), zgodnie z którą „W opinii Izby nie budzi żadnych wątpliwości, iż zapis użyty w pkt 3 SIWZ "Opis zamówienia", w części "wymogi obsługowo-eksploatacyjne" o treści: "Wykonawca powinien być producentem lub wyznaczonym przez producenta przedstawicielem występującym w jego imieniu" stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji”.

Zamawiający podnosił, że przywołane przez Odwołującego orzecznictwo odnosi się do „autoryzowanego przedstawiciela”, a nie „partnera”, tymczasem wymaga na etapie realizacji umowy oświadczenia o posiadaniu statusu autoryzowanego partnera. Wymóg posiadania autoryzacji według Zamawiającego nie stanowi warunku udziału w postępowaniu, a należy go spełnić dopiero na etapie realizacji umowy, co oznacza, nie dochodzi do ograniczenia konkurencji czy nierównego traktowania wykonawców. Zdaniem Zamawiającego, autoryzowany partner zapewni świadczenie usługi na odpowiednio wysokim poziomie jakościowym, bowiem poświadcza, że partner posiada „wykwalifikowany zespół ludzki, który może dokonywać wdrożenia zaoferowanych urządzeń z gwarancją jakości dokonywanych działań”. Poza tym według Zamawiającego Odwołujący posiada autoryzację

rozmaitych producentów, i analogiczny dotychczasowy wymóg w innych postępowaniach nie budziła jego zastrzeżeń.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba uznała, że wymóg Zamawiającego co do posiadania przez wykonawcę statusu autoryzowanego partnera producenta oferowanych urządzeń jest nieuzasadniony i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Po pierwsze, w ocenie Izby nie ma znaczenia, czy Zamawiający wymaga statusu autoryzowanego partnera czy przedstawiciela, nawet jeżeli jeden z tych statusów jest trudniejszy do uzyskania; nie miało też znaczenia, że Odwołujący w odwołaniu omylił się, wnosząc zastrzeżenia co do rodzaju statusu – bowiem jednoznacznie kwestionował konkretne postanowienie wzoru umowy, odnoszące się do wymogu posiadania autoryzacji.

Po drugie, oczywiste jest zdaniem Izby, że kwestionowany wymóg jest dyskryminacyjny, ponieważ może ograniczać wykonawcom możliwość złożenia oferty jedynie do produktów/urządzeń, co do których posiadają status autoryzowanego partnera bądź pewność, że do momentu podpisania umowy go uzyskają. Rację ma Odwołujący, że wprowadzenie takiego wymogu do projektu umowy można uznać za wymóg podmiotowy, nie wskazany wśród warunków udziału w postępowaniu.

Po trzecie określenie „status autoryzowanego partnera” nie posiada żadnej definicji legalnej, można nawet dyskutować, czy posiadanie statusu autoryzowanego partnera jest równoznacznie z byciem autoryzowanym partnerem, nie wiadomo, jakie są uwarunkowania, pozwalające na zdobycie takiego statusu.

Po czwarte, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że posiadanie statusu autoryzowanego partnera jest niezbędne do realizacji umowy. Zamawiający argumentował w odpowiedzi na odwołanie, że jedynie autoryzowany partner zapewni świadczenie usługi na odpowiednio wysokim poziomie jakościowym, bowiem partner posiada „wykwalifikowany zespół ludzki, który może dokonywać wdrożenia zaoferowanych urządzeń z gwarancją jakości dokonywanych działań”. Jednak nie wskazał, z czego taka pewność ma wynikać – jak wyżej zauważono, autoryzacja nie jest określona przepisami prawnymi, i nawet jeśli istnieją w tej mierze pewne zwyczaje czy praktyki, Zamawiający się na nie nie powołał. W ocenie Izby jakość świadczonej usługi zostanie zapewniona przez wcześniejsze postanowienia § 2 ust. 1 projektu umowy [w szczególności pkt 1 i 4: wykonawca oświadcza, że jest uprawniony oraz posiada niezbędne kwalifikacje do pełnej realizacji przedmiotu umowy, wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia we własnym zakresie i na własny koszt wszystkich praw (w tym licencji/sublicencji do korzystania z opracowania), materiałów (...) koniecznych do realizacji przedmiotu umowy, w tym zapewnienia serwisu gwarancyjnego przez cały okres realizacji umowy].

Po piąte, okoliczność, że w innym postępowaniu Odwołujący analogicznego wymogu nie kwestionował, a z wiedzy Zamawiającego i Przystępujących wynika, że Odwołujący

wymagany status posiada, nie może przesądzać w przedmiotowym stanie faktycznym ani o posiadaniu przez Odwołującego interesu w podnoszeniu przedmiotowego zarzutu, ani o jego zasadności. Nie wiadomo, jakiego producenta status autoryzowanego partnera Odwołujący posiada (pominąwszy okoliczność, że taki status można zapewne w pewnych okolicznościach utracić), i czy akurat produkowane przez niego urządzenia spełniają wymogi SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Zarzuty odwołania mogły spowodować zmianę kręgu potencjalnych producentów urządzeń, opowiadających wymogom SIWZ – tak twierdzili również Przystępujący, uzasadniając swój interes w przystąpieniu po stronie Zamawiającego. Ostatecznie zarzuty odwołania, z których wynikało, że SIWZ dopuszcza rozwiązania tylko jednego producenta nie potwierdziły się - oznacza to, że na etapie przygotowywania oferty wykonawcy mają wybór spośród co najmniej kilku ofert urządzeń różnych producentów. Niewykluczone, że nie każdy z wykonawców posiada status autoryzowanych partnerów wszystkich producentów urządzeń możliwych do zaoferowania, nie można więc wykluczyć, że teoretycznie, aby spełnić kwestionowane postanowienia umowy, wykonawca będzie zmuszony do zaoferowania sprzętu producenta, którego status autoryzowanego partnera już posiada bądź może zdobyć do chwili podpisania umowy.

W konsekwencji, Izba uznała, że wymóg posiadania statusu autoryzowanego partnera godzi w zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, dlatego nakazała **wykreślenie postanowienia § 2 ust. 1 pkt 5 projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji.**

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ponieważ stwierdzone naruszenia przepisów mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....