Warszawa, dnia 04.05.2021 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. Stanisława Sakiela
w Siemianowicach Śląskich
ul. Jana Pawła II 2
41-100 Siemianowice Śląskie
tel.: (32) 735-76-35
e-mail: przetargi@clo.com.pl

Odwołujący:
Network Experts Sp. z o.o. Sp.k.
ul. Chojnowska 8
03-583 Warszawa
nr KRS: 0000639343
tel.: +48 22 100 61 92
e-mail: kontakt@netxp.pl
reprezentowany przez komplementariusza:
Network Experts Sp. z o.o.
ul. Chojnowska 8
03-583 Warszawa
nr KRS: 0000623423
w imieniu którego działa samodzielnie:
Członek zarządu – Piotr Ksieniewicz
tel.: +4 822 100 61 92
e-mail: piotr.ksieniewicz@netxp.pl

Dotyczy: prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa urządzeń i elementów sieci komputerowej", w podziale na 6 pakietów, oznaczonego nr sprawy: CLO/ZP/11/2021, dalej jako „postępowanie".
Nr ogłoszenia w Dz.Urz. UE: 2021/S 079-200008

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego- Network Experts Sp. z o.o. Sp.k., na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), dalej uPzp, **wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego** w postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę urządzeń i elementów sieci

komputerowej, w podziale na 6 pakietów, opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23.04.2021 r., pod nr 2021/S 079-200008, polegającej na:

I. Sporządzeniu dokumentów zamówienia - Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób naruszający zasadę efektywności ekonomicznej poprzez dobór parametrów granicznych zamawianych urządzeń w sposób uniemożliwiający Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, a ponadto poprzez nie zapewnienie zachowania stosunku jakości i funkcjonalności zamawianych urządzeń do nakładów koniecznych do poniesienia przez Zamawiającego w związku z zastosowaniem tych parametrów, tj. na treść Załącznika nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy, określający następujące parametry zamawianych urządzeń:

a/ Pakiet 1, pkt 1 Przełącznik sieciowy zarządzalny 25 sztuk, gdzie jako „parametr/warunek" określono minimalną wielkość pamięci wewnętrznej DRAM urządzenia na 4 GB oraz minimalną ilość czasu ciągłej pracy urządzenia na 260000 h;

b/ Pakiet 1, pkt 5 Przełącznik sieciowy zarządzalny 2 sztuki, gdzie jako „parametr/warunek" określono minimalną wielkość pamięci wewnętrznej DRAM urządzenia na 4 GB oraz minimalną ilość czasu ciągłej pracy urządzenia na 290000 h;

c/ Pakiet 1, pkt 8 Moduł sieciowy 10GE 7 sztuk, gdzie jako „parametr/warunek" określono rodzaj interfejsu na minimum 8 x 10Gb Ethernet - SFP+.

II. Sporządzeniu dokumentów zamówienia – Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. Załącznika nr 3a i 3b do SWZ, w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. poprzez sformułowanie w projektowanych postanowieniach umownych uprawnienia do „potrącenia z zapłaty za wykonanie przedmiotu umowy kwot stanowiących zobowiązania Wykonawcy wobec Zamawiającego, a w tym kar umownych, o których mowa w § 6 umowy.", pomimo ustawowego zakazu potrącania kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni.

Zarzucam, że **Zamawiający swoim postępowaniem uchybił następującym przepisom 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 parametrów zamawianych urządzeń w sposób wskazujący na jednego producenta urządzeń oraz jedno konkretne urządzenie;

2) **art. 99 ust. 4 uPzp**, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, wobec określenia parametrów zamawianych urządzeń w sposób wskazujący na jednego producenta urządzeń oraz jedno konkretne urządzenie (dyskryminacja pośrednia);

3) **art. 17 uPzp**, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania stosunku jakości, funkcjonalności i proporcjonalności zamawianych urządzeń do nakładów koniecznych do poniesienia przez Zmawiającego w związku z zamówieniem urządzeń o ww. parametrach;

4) **art. 505 pkt 4 k.c. w zw. z art. 15 r[1] ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w zw. z art. 8 uPzp**, poprzez sformułowanie w projektowanych postanowieniach umownych, w § 4 ust. 13 Załącznika nr 3a i 3b do SWZ, uprawnienia Zamawiającego do „potrącenia z zapłaty za wykonanie przedmiotu umowy kwot stanowiących zobowiązania Wykonawcy wobec Zamawiającego, a w tym kar umownych, o których mowa w § 6 umowy", pomimo ustawowego zakazu potrącania kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności.

Mając na względzie powyższe, **wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany opisu parametrów przedmiotu zamówienia** w sposób umożliwiający uczciwą konkurencję wykonawcom, oferującym swoje usługi, w tym Odwołującemu oraz **dokonanie zmiany projektowanych postanowień umownych**, w szczególności poprzez zmianę następujących postanowień SWZ:

1) **zmianę treści Załącznika nr 1 w następujący sposób**:

a/ usunięcie z Załącznika nr 1 do SWZ z Pakietu 1 pkt 1 i 5 „parametrów/warunków" dotyczących Przełącznika sieciowego zastępowalnego, tj.: minimalnej wielkość pamięci wewnętrznej DRAM urządzenia 4 GB oraz minimalnej ilość czasu ciągłej pracy urządzenia – w przypadku Pakietu 1 pkt 1 - 260000 h, zaś w przypadku Pakietu 1 pkt 5 - 290000 h;

b/ zmianę treści Załącznika nr 1 do SWZ w Pakiecie 1 pkt 8 Moduł sieciowy 10GE 7 sztuk, poprzez dodanie sformułowania: „lub równoważny Moduł sieciowy 10 GE 14 sztuk o rodzaju interfejsu minimum 4 x 10Gb Ethernet - SFP+.";

2) **zmianę treści Załącznika nr 3a i 3b poprzez wykreślenie § 4 ust. 13** projektowanych postanowień umownych,

ewentualnie dokonanie zmiany ich treści na następującą:

„13. Zamawiający, z zastrzeżeniem art. 15 r[1] ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, jest uprawniony do potrącenia z zapłaty za wykonanie przedmiotu umowy kwot stanowiących zobowiązania Wykonawcy wobec Zamawiającego, a w tym kar umownych, o których mowa w § 6 umowy."

3) dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron na fakty wskazane w uzasadnieniu odwołania;

4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Interes w uzyskaniu zamówienia:

Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, w rozumieniu art. 505 uPzp. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku w branży IT, specjalizujący się m.in. w usługach projektowo wdrożeniowych przy budowie sieci telekomunikacyjnych, w tym ich utrzymaniem i zabezpieczaniem, również w zakresie dostaw realizowanych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia, Odwołujący mimo posiadania odpowiednich kwalifikacji i doświadczenia w realizacji dostaw analogicznych z przedmiotem zamówienia nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych oferty, nie podlegającej odrzuceniu.

W tym miejscu Odwołujący powołuje się na wypracowane na tle poprzedniej ustawy, jednakże aktualne w obowiązującym stanie prawnym, stanowisko orzecznicze, w myśl którego *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp 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 ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w*

jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum …)." (wyrok KIO z dnia 4 października 2010 r. sygn. akt: KIO/2036/10).

Uzasadniając interes w złożeniu odwołania nie sposób pominąć również wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.05.2020 r., w sprawie o sygn. akt 531/20, w której stwierdza się: „*Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego interes wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego również nie podlegał kwestionowaniu.*"

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący, pomimo woli złożenia w postępowaniu ważnej oferty, poprzez opisanie parametrów przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, pozbawiony byłby udziału w postępowaniu, w czym wyraża się jego interes w złożeniu niniejszego odwołania.

Termin:

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1) uPzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Zamawiający w dniu 23.04.2021 r. opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 079-200008. Jako że termin dziesięciodniowy przypadał w poniedziałek, w dniu 03.05.2021 r., stanowiącym dzień ustawowo wolny od pracy, zgodnie z art. 509 ust. 2 uPzp termin złożenia odwołania upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy, w tym przypadku 04.05.2021 r. A zatem, Odwołujący złożył odwołanie w terminie.

Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu:

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 04.05.2021 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej progów unijnych, na dostawę urządzeń i elementów sieci komputerowej", w podziale na 6 pakietów.

Opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający określił w Załączniku nr 1 do SWZ w Pakiecie 1 pkt 1 i pkt 5 dotyczącym przełączników sieciowych zarządzalnych, parametry graniczne w postaci minimalnej wielkość pamięci wewnętrznej DRAM urządzenia 4 GB oraz minimalnej ilości czasu ciągłej pracy urządzenia – w przypadku Pakietu 1 pkt 1 - 260000 h, zaś w przypadku Pakietu 1 pkt 5 - 290000 h. Ponadto w Załączniku nr 1 do SWZ w Pakiecie 1 pkt 8 Moduł sieciowy 10GE 7 sztuk, Zamawiający określił parametr rodzaju interfejsu na minimum 8 x 10Gb Ethernet - SFP+.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 uPzp, *„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów"*. W myśl zaś art. 16 uPzp *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny".*

Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza, na tle poprzednio obowiązujących, w tym zakresie zbieżnych norm prawnych, "*Przepisy art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) wprowadzają dla zamawiającego zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakaz ten oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę, czy to w sposób bezpośredni, czy jedynie pośredni. Zachowaniu zasady uczciwej konkurencji służyć ma stosowanie obiektywnych cech zamawianego produktu czy usługi*" (wyrok KIO z dnia 11.7.2018 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1292/18, Legalis).

Ponadto, wyrażony w omawianym przepisie zakaz formułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję zostanie naruszony, m.in. gdy Zamawiający używa **określeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt**. Tożsamym naruszeniem określa się określenie **wymagań nadmiernie rygorystycznych w stosunku do potrzeb Zamawiającego**, przez co dochodzi do ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogliby wykonać zamówienie, a tym samym do naruszenia art. 16 uPzp.

Jak bowiem wynika z wyroku KIO z dnia 24.06.2020 r., w sprawie o sygn. akt KIO 676/20, wydanego w poprzednim stanie prawnym *„Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 Prawa zamówień publicznych, która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję* ***poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia***."

Powyższe znajduje odzwierciedlenie również w dotychczasowych orzeczeniach KIO, w tym m.in. w wyroku KIO z dnia 10.06.2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1112/15, gdzie zwrócono uwagę na ograniczenie konkurencji poprzez zastosowanie w opisie przedmiotu zamówienia takich właściwości przedmiotu zamówienia, **które nie mają znaczenia dla celu, jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku**.

Jak podkreśla w swoich orzeczeniach KIO, zamawiający jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Niemniej jednak swoboda zamawiającego nie jest nieograniczona. W opinii bowiem KIO *„niedopuszczalne jest takie*

opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania". (wyrok KIO z dnia 14.07.2020 r., w sprawie o sygn. akt 1066/20).

Dodatkowo, ustawodawca wprowadził obowiązek zachowania w postępowaniu zasady efektywności ekonomicznej, która wyraża się ***w obowiązku udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych"*** *(Uzasadnienie projektu ustawy, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624).*

Zgodnie bowiem z art. 17 uPzp Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Uwzględnienie przez Zamawiającego postulowanych zmian opisu przedmiotu zamówienia pozwoli na uzyskanie najlepszych efektów ekonomicznych przy zachowaniu najwyższej jakości i funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego.

Uzasadniając szczegółowo powyższe rozważania, Odwołujący podkreśla, iż parametr pamięci RAM w ramach urządzenia sieciowego jest pamięcią dynamiczną, dostępną podczas pracy urządzenia i przechowującą działający system operacyjny urządzenia oraz zasoby niezbędne do funkcjonowania systemu (jak przykładowo tablica routingu). Definiowanie rozmiaru DRAM w wymogach granicznych urządzenia, w ocenie Odwołującego zdaje się wymogiem pozbawionym podstaw o charakterze funkcjonalnym, w przypadku urządzenia operującego z użyciem systemu operacyjnego producenta i nie umożliwiającego użytkownikowi wprowadzania i uruchamiania dodatkowych, poza system operacyjny programów. Switch bowiem nie obsługuje programów dodatkowych poza swoim dedykowanym systemem operacyjnym. Nie ma zatem charakteru komputera PC lub serwera gdzie parametr pamięci DRAM ma kluczowe znaczenie. Wielkość potrzebnej do funkcjonowania switcha pamięci DRAM determinuje system operacyjny przełącznika (switcha) i efektywność jego kodu. Z

perspektywy użytkownika (Zamawiającego) zatem, pamięć RAM zamawianego urządzenia, nie ma znaczenia. Efektywnie przełącznik powinien posiadać tyle pamięci RAM ile potrzeba do funkcjonowania z oprogramowaniem dostarczonym przez producenta dla potrzeb realizowania funkcji przynależnych przełącznikowi (switching, routowanie, funkcje security, obsługa multicastów itp.) i sprecyzowanych w ramach wymogów funkcjonalnych. Oczywistym jest, że każdy z producentów może inaczej oprogramować urządzenie, wymagając w ten sposób od hardware urządzenia posiadania odpowiedniej do uruchomienia systemu pamięci DRAM. Upraszczając jeden producent zmieści system operacyjny w 1GB, a inny w 2GB, jeszcze inny w 4GB. Jednakże w środowisku tak zamkniętym jak przełącznik, gdzie nie dochodzi do uruchamiania oprogramowania dodatkowego, tak jak na systemach klasy PC, definiowanie pamięci DRAM urządzenia sieciowego, nie ma znaczenia funkcjonalnego. Istotna jest bowiem w tym przypadku pojemność tablicy MAC, pojemność tablicy routingu, funkcjonalność urządzenia, jednak nie DRAM.

Jednoznacznie precyzyjne określenie DRAM urządzenia dla przełącznika sieciowego eliminuje zatem możliwość oferowania produktów konkurencyjnych lub powoduje, że oferowane przełączniki muszą być urządzeniami posiadającymi znacznie bardziej rozbudowany od wymaganego przez Zamawiającego spektrum funkcjonalności. Nieuzasadnione i sztuczne podnoszenie ilości pamięci DRAM dla urządzenia typu przełącznik dyskryminuje producentów, którzy tworzą wysoce efektywny kod swoich systemów operacyjnych, który umożliwia realizowanie funkcji urządzenia przy użyciu mniejszej ilości pamięci DRAM.

Analogicznie jak w powyżej opisanym przypadku, ocenić należy sprecyzowany w Pakiecie 1 w pkt 1 i 5 parametr minimalnej ilości czasu ciągłej pracy urządzenia. W szczególności podkreślić należy, iż zapisy te nie są precyzyjne, co może jedynie prowadzić do interpretacji Odwołującego, że Zamawiający pod tymi zapisami rozumie parametr MTBF czyli mean time betweeen failure. Parametrem tym oznacza się średni czas, w którym element konfiguracji lub usługa informatyczna działają bez przerw, spełniając zakładane funkcje lub poziom usługi. W tym miejscu należy zaznaczyć, że współczynnik MTBF oparty jest na badaniach lub przewidywaniach. Współczynnik ten nie jest jednak faktycznym dowodem lub odzwierciedleniem wysokiej jakości produktu i nie jest powiązany z gwarancją jakości ani rękojmią na dane urządzenie. Faktyczny parametr czasu działania urządzenia uzależniony jest od intensywności użytkowania i warunków, w jakich urządzenie jest używane, zaś MTBF ma ustaloną wartość liczbową tylko przy stałej intensywności eksploatacji uszkodzeń.

Analizując cel Zamawiającego w zastosowaniu parametru minimalnego czasu ciągłej pracy urządzenia, w wypadku urządzeń sieciowych wskazać należy, iż 260000h czy 290000 h przekłada się na ponad 29 lat użytkowania urządzenia. Jednocześnie jednak średni czas funkcjonowania urządzenia teleinformatycznego to około 8-10 lat. Potrzeba cyklicznej wymiany sprzętu jest podyktowana po pierwsze wzrostem potrzeb w zakresie wydajności komunikacji (w związku z potrzebami aplikacji sieciowych i komunikacyjnych , np. wzrostem ilości treści multimedialnych) jak i wzrostem potrzeb zapewnienia bezpieczeństwa tj.: brakiem wsparcia producenta dla sprzętu po około 10 latach, brakiem rozwoju oprogramowania, łatania luk bezpieczeństwa itp.

Należy domniemywać , że Zamawiający nie nosi się z myślą eksploatowania urządzeń przez następne 30 lat. Dodatkowo niekonsekwencję Zamawiającego, świadczącą o zbędności omawianego parametru, potwierdza różnica tego parametru pomiędzy przełącznikami sieciowymi. W Pakiecie 1 pkt 1 określono parametr na poziomie 260000 h zaś w pkt 5 określono 290000h. Z powyższego wynikałoby, iż Zamawiający oczekuje, iż przełącznik określony w Pakiecie 1 pkt 5 ulegnie awarii później niż switche z pkt 1 .

Z całą stanowczością jednak należy stwierdzić, że wysoki parametr MTBF nie gwarantuje, że urządzenia nie ulegną awarii w czasie określonym przez MTBF. Parametr ten jedynie pozwala na ustalenie, że w warunkach testowych, reprezentatywna grupa urządzeń działała w taki sposób bez awarii lub że uszkodzeniu uległ jakiś procent urządzeń albo że można było matematycznie antycypować średni czas pojedynczego urządzenia na rzeczone przykładowo 30 lat . Producent w oczywisty sposób nie testował przełączników przez 30 lat. Stosowanie parametru MTBF w postępowaniu jako zapisu definiującego przedmiot zamówienia nie ma więc znaczenia z punktu widzenia funkcjonalności urządzenia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający winien oczekiwać, że urządzenie będzie posiadało gwarancję zapewniającą jakość usług, gwarantującą wymianę urządzenia w określonym czasie. Określenie parametru MTBF nie uchroni Zamawiającego przed wystąpieniem awarii i nie zapewni uzyskania zamówienia o najwyższej jakości w stosunku do ceny.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Zamawiający nie precyzuje podobnych wymagań dotyczących wartości MTBF dla pozostałych elementów sieciowych takich jak moduł sieciowy gigabitowy (Pakiet 1 pkt 7), moduł sieciowy 10GE (Pakiet 1 pkt 8), moduł sieciowy SFP+ (Pakiet 1 pkt 9), moduł sieciowy SFP (Pakiet 1 pkt 10). Powyższe świadczy o znikomości znaczenia parametru MTBF dla całego układu obejmującego wszystkie komponenty.

Powyższe parametry pamięci RAM oraz MTBF, w połączeniu z poniżej opisanym parametrem dotyczącym modułów sieciowych 8 x 10 gbps, pozwala jednak na postawienie tezy, iż w ten sposób Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z zamiarem wskazania jednego urządzenia, spełniającego opisane kryteria, eliminując urządzenia konkurencyjne.

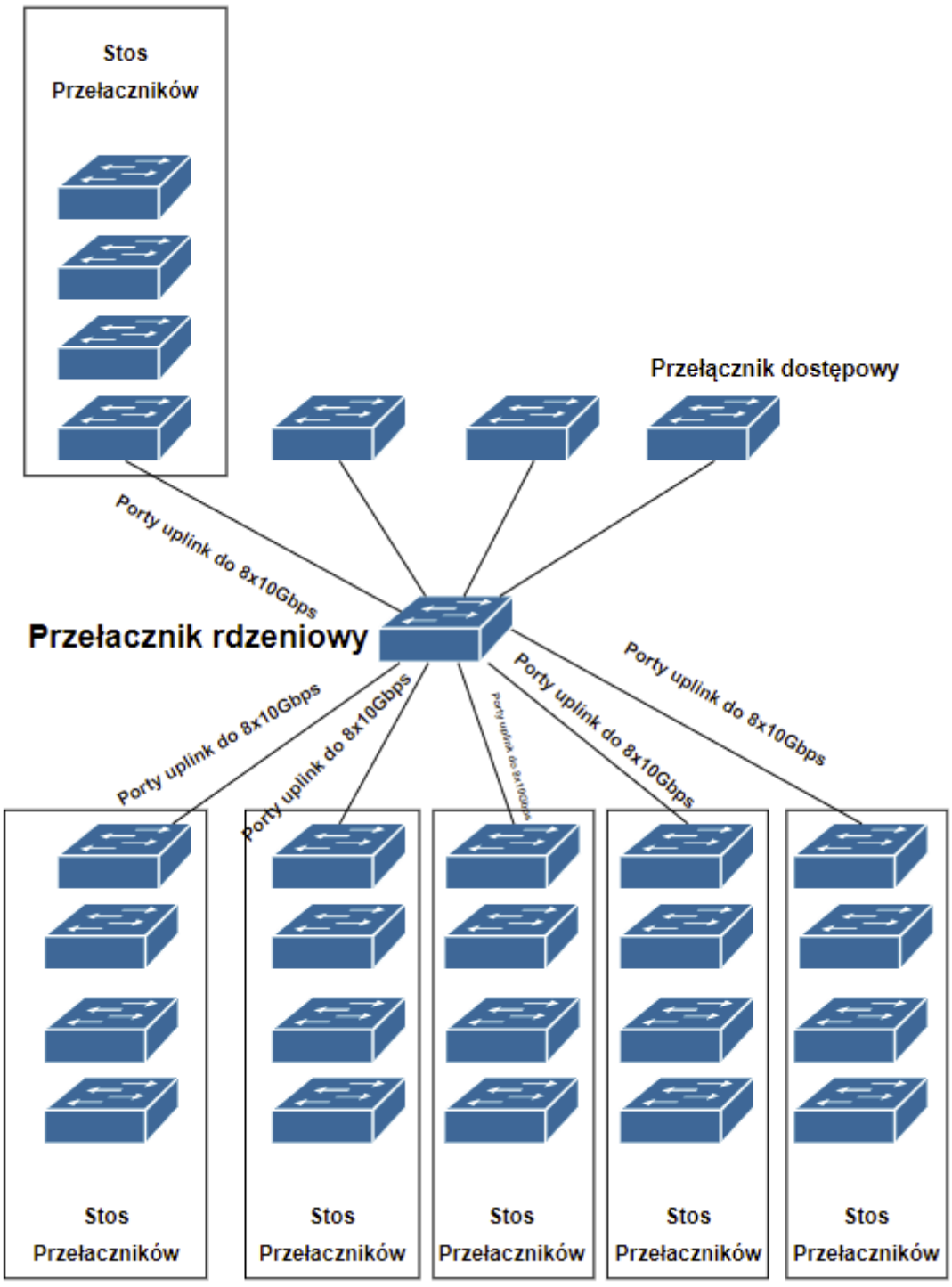
Zamawiający bowiem w ramach Pakietu 1 precyzuje potrzebę zakupu 25 przełączników sieciowych (pkt 1), 2 przełączników sieciowych (pkt 5), 2 sztuk modułów sieciowych 4x1 gigabitowych (pkt 7) oraz 7 sztuk modułów sieciowych 8x10gbps (pkt 8). Zamawiający w ramach opisu modułów, określonych w Pakiecie 1 pkt 8 precyzuje, że moduły mają być zgodne z przełącznikami. W ramach opisu przełączników jednak nie stwierdzono, że mają być one wyposażone w slot, pozwalający na obsadzenie modułem, co świadczy o ponownej niekonsekwencji Zamawiającego.

Należy zastanowić się czym jest i jakie są cele opisywanych przez Zamawiającego modułów przełączników. Moduły są dedykowanymi układami elektronicznymi wyposażonymi w dodatkowe porty, które mogą być umieszczane w przełączniku i uzupełniać już istniejące porty przełącznika. Opisywany moduł zaznaczony jest na zdjęciu przełącznika sieciowego (switcha).

W ramach zamówienia precyzowane są moduły umożliwiające obsługę zarówno portów typu SFP lub SFP+. Takie porty zazwyczaj stosowane są do tworzenia połączeń światłowodowych. Takowe połączenia stosowane są przy łączeniu przełączników znajdujących się w większych odległościach. Należy domniemywać, że moduły stosowane będą do łączenia zamawianych przełączników z urządzeniami tworzącymi rdzeń sieci Zamawiającego .

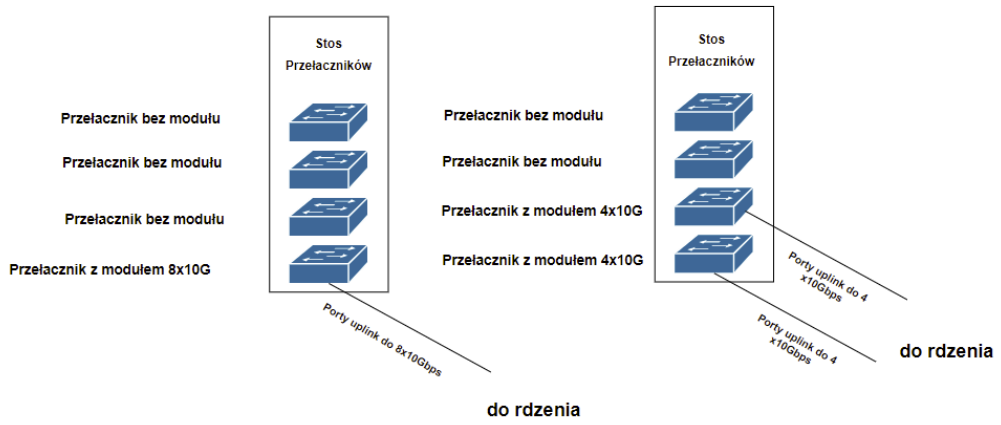
Równocześnie na podstawie zapisów opisu przedmiotu zamówienia można wnioskować, że efektywnie Zamawiający nie będzie każdego z zamawianych przełączników wyposażać w moduł. Łącznie możliwe będzie wyposażenie 9 przełączników w moduły uplinkowe. Część przełączników będzie korzystała bądź to ze standardowych portów w celu łączenia do innego przełącznika, który posiada łączność do rdzenia lub będzie fragmentem tzw. stosu (stacka), który posiada łączność do rdzenia, realizowaną przez moduły, znajdujące się na wyposażeniu innego przełącznika

funkcjonującego w ramach tego samego stacku. Schemat możliwego połączenia przełączników przedstawiono na diagramie.



Choć ilości przełączników w poszczególnych stosach mogą się różnić od przedstawionych na rysunku, to jednak na podstawie ilości modułów i ilości przełączników można oceniać, że gęstość portów 10G (rozumiana jako ilość portów SFP/SFP+) w przełączniku ponownie nie ma znaczenia funkcjonalnego.

Należy zauważyć, że przy łączeniu przełączników w stosy (stack-i) rozwiązaniami absolutnie ekwiwalentnymi funkcjonalnie i wydajnościowo są oba układy przedstawione na rysunku.



Uprzedzając możliwą argumentację, definiującą przewagę istnienia większej ilości portów SFP/SFP+ w ramach pojedynczego przełącznika, który nie podlega stackowaniu (czyli łączeniu w stos), Odwołujący wskazuje, że z perspektywy ewentualnego wykorzystania tych portów jako uplinki (czyli porty łączące access do rdzenia sieci) posiadanie łącznie 80GBps przepustowości w relacji switch dostępowy do switcha rdzeniowego, nie ma podstaw funkcjonalnych, przy precyzowaniu potrzeb zakupu przełączników dysponujących jedynie 48 portami 1Gbs dla urządzeń dołączanych do przełącznika. Zastosowanie prostych obliczeń pozwala na przyjęcie, że urządzenia dołączane do przełącznika (czyli np.: komputery serwery, telefony voip , urządzenia sieci bezprzewodowej, drukarki itp.), będą mogły wygenerować do 48Gbs ruchu. Jeśli zaś ten ruch w całości kierowany będzie do rdzenia sieci 80Gbps nie będzie on efektywnie wykorzystany. A zatem posiadanie możliwości tworzenia połączeń typu uplink o sumarycznej przepustowości 8 x 10 Gbps czyli łącznie 80Gbps dla pojedynczego przełącznika o 48 portach 1Gbps zdaje się nie mieć uzasadnienia wydajnościowego. Maksymalny ruch generowany przez porty dostępowe to bowiem 48Gbps. Warto także dodać, że zwyczajowo połączenia uplinkowe (czyli od warstwy przełączników dostępowych do rdzenia sieci) projektuje się z pewną nad-subskrypcją. Jest to związane z faktem, iż sporadycznie spotyka się sytuację, w której wszystkie urządzenia dostępowe podłączone do przełącznika (komputery itp.) generują ruch rzędu pełnej prędkości interfejsu podłączeniowego (1Gbps w przedmiotowym wypadku). Taka sytuacja wskazywałaby na ewidentny problem wydajnościowy w sieci i sugerowałaby raczej migrację w stronę urządzeń o większych wydajnościach również na portach dla podłączania urządzeń (komputery itp.).

Rozważając jednocześnie wykorzystanie portów w modułach przełącznika nie tylko do komunikacji w kierunku rdzenia sieci, a przykładowo do łączenia przykładowo serwerów o kartach 10Gbps , wskazuje iż również w tym wypadku posiadanie w ramach pojedynczego przełącznika 8 portów 10Gbps można zastąpić posiadaniem na dwóch przełącznikach 4 portów 10Gbps bez konsekwencji dla wydajności i funkcjonalności rozwiązania jako układu. Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, iż projekt polegający na rozmieszczaniu serwerów o wysokiej wydajności na przełącznikach dostępowych i rozpraszaniu ich na tych przełącznikach, jest sprzeczny z najlepszymi zasadami projektowania.

A zatem, określanie ilości wymaganych portów w modułach bez dopuszczania wariantów ekwiwalentnych tj. zamiast modułu 8x10Gbps np. zastosowania 2 modułów 4x10Gbps, również nie w jednym przełączniku tylko rozproszonych po dwóch przełącznikach, nie ma funkcjonalnego uzasadnienia. Zastosowanie modułów 2 x moduł 4x10Gbp daje bowiem te same możliwości połączeniowe oraz nawet lepszą redundancję niż moduł 8x10Gbps, gdyż funkcjonowanie połączenia sieciowego typu uplink nie jest zależne od awarii/funkcjonowania pojedynczego przełącznika w stosie.

Należy zauważyć również, że część z przełączników oferowanych na rynku posiada tzw. wbudowane porty sieciowe typu uplink. Takie rozwiązanie również w zakresie połączeniowym nie zmienia jakości projektu sieciowego. W ocenie Odwołującego, postulowane przez niego rozwiązanie pozostaje konkurencyjne cenowo i oferuje podobne możliwości połączeniowe (a nawet lepsze bo każdy z przełączników posiadałby w momencie zakupu porty typu uplink),a zatem należy je dopuścić.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, Zmawiający jedynie teoretycznie i pozornie, nie zastosował ograniczenia dostawy urządzeń do konkretnie sprecyzowanych. W zakresie bowiem opisu przełączników sieciowych zarządzalnych oraz modułu sieciowego 10GE, Zamawiający określił parametry graniczne, charakterystyczne wyłącznie dla jednego z producentów zamawianych urządzeń, tj. Cisco 9300, które posiada łącznie wskazane powyżej parametry, tj. minimalną pamięć DRAM 4GB, MTBF na poziomie 260000 h i 290000 h, posiadając przy tym 8 połączeń typu 10Gbps.

W ocenie Odwołującego takie działanie wyklucza uczciwą konkurencję wykonawców, a ponadto nie ma uzasadnienia technicznego, funkcjonalnego i celowościowego dla zastosowanego rozwiązania, nie pozwalając na zachowanie stosunku jakości i funkcjonalności zamawianych urządzeń do przeznaczanych na ten cel przez Zamawiającego nakładów. Zastosowanie bowiem opisanego w SWZ rozwiązania, zwiększa koszty zamówienia w stosunku

do zaproponowanego przez Odwołującego rozwiązania, przy jednoczesnym braku uzasadnienia w wymogach zachowania funkcjonalności zamawianych urządzeń.

Powyższe eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, oferujących rozwiązania, pozwalające na osiągnięcie przez Zamawiającego oczekiwanych rezultatów, z uwzględnieniem pozostałych, określonych przez Zamawiającego parametrów przy jednoczesnym zachowaniu pełnej funkcjonalności, jakości dostarczanych urządzeń, przy uzyskaniu większej konkurencyjności jakości i ceny.

Zamawiający ponadto w Załączniku nr 3a i 3b w projektowanych postanowieniach umownych, zawarł uprawnienie do dokonania potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy wierzytelności z tytułu kar umownych.

W myśl art. 8 ust. 1 uPzp *„Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*."

Zgodnie z art. 505 pkt 4) k.c. *„Nie mogą być umorzone przez potrącenie wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy szczególne."* Zgodnie zaś z art. 15 r[1] ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych *„W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii*."

Odwołujący zwraca uwagę, iż zamówienie będące przedmiotem postępowania ma charakter krótkotrwały (42 dni od dnia zawarcia umowy). W związku z brzmieniem powyższego przepisu przewidującego zakaz potrącania kar umownych w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, w ocenie Odwołującego, mało prawdopodobnym jest aby w okresie wykonywania zamówienia, zakaz powyższy utracił zastosowanie.

Odwołujący argumentuje dodatkowo, iż zaskarżone projektowane postanowienie umowne, skutkuje brakiem konieczności składania przez Zamawiającego odrębnego oświadczenia o

potrąceniu wierzytelności. W takim przypadku dokonanie potrącenia potencjalnych kar umownych z wynagrodzenia umownego wykonawcy, pomimo wyraźnego zakazu ustawowego, prowadziłoby do uprzywilejowania sytuacji Zamawiającego. To postronnie bowiem wykonawcy spoczywałby ciężar wystąpienia na drogę postępowania sądowego w celu uzyskania należnego wynagrodzenia, poniesienia w związku z tym kosztów sądowych oraz potencjalnych kosztów zastępstwa procesowego, przy jednoczesnym braku możliwości korzystania ze środków finansowych w wydłużonym okresie czasu.

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów niniejsze odwołanie pozostaje konieczne i uzasadnione.

Załączniki:
- dowód uiszczenia wpisu;
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- KRS Odwołującego.

w imieniu Odwołującego,

Członek Zarządu Komplementariusza
Piotr Ksieniewicz

Dokument podpisany przez PIOTR PRZEMYSŁAW KSIENIEWICZ
Data: 2021.05.04 09:52:31 CEST