

Sygn. akt: KIO 1640/12

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu **14 sierpnia 2012 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 lipca 2012 r.** przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łódź Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź**, przy udziale wykonawcy:

- A. **COMP S.A. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. **SEVENET S.A. ul. Galaktyczna 30A, 80-299 Gdańsk**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**,

1.1. nakazuje zamawiającemu wyznaczenie wykonawcy **Asseco Poland S.A.** terminu na dostarczenie urządzeń sieciowych i przeprowadzenie procedury testowej zaoferowanych rozwiązań systemu,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Łódź Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Łódź Urzędu Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź** na rzecz odwołującego **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu 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:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę urządzeń aktywnych wraz z wdrożeniem w ramach projektu „Metropolitalna sieć szerokopasmowego dostępu do Internetu” (ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2012/S 69-114231 z 07.04.2012 r.), w dniu 31 lipca 2012r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, (dalej zwany także Asseco), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Odwołanie zostało złożone na czynności zamawiającego - Miasta Łódź podjęte w toku postępowania, a polegającej na niezgodnej z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) zmianie terminu na dostarczenie urządzeń sieciowych niezbędnych do przeprowadzenia procedury testowej w związku z zawiadomieniem o zmianie terminu na dostarczenie urządzeń sieciowych niezbędnych do przeprowadzenia testów w dniu 24 lipca 2012 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm., dalej ustawy Pzp), tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przez taką realizację postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, która utrudnia uczciwą konkurencję,
- 3) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, przez zmianę postanowień SIWZ po upływie terminu na składanie ofert,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zmianę kryteriów oceny określonych w SIWZ po upływie terminu na składanie ofert.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyznaczonego na dzień 30.07.2012 r. terminu na dostarczenie urządzeń sieciowych,

2. wyznaczenie nowego terminu na dostarczenie urządzeń sieciowych nie wcześniejszego niż pierwsza decyzja w tym zakresie, a więc najwcześniej na dzień 03.08.2012 r.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów. Przedstawiona oferta zawiera najniższą cenę spośród złożonych ofert, stwarza to realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Skrócenie wyznaczonego odwołującemu terminu na dostarczenie sprzętu uniemożliwia stawienie się do testów, a tym samym naraża odwołującego na odrzucenie jego oferty i utratę możliwości pozyskania zamówienia, co nastąpiło wbrew ustaleniom SIWZ i wcześniejszym dyspozycjom zamawiającego, o których odwołujący został powiadomiony pismem z 10 lipca 2012 r., W piśmie tym zamawiający wyznaczył okres przeprowadzania testów na dni od 30.07. do 13.08.br., zaznaczając zarazem, że w ciągu 7 dni przekaże m. in. szczegółowy harmonogram testów. Wypełniając to zobowiązanie, pismem z 17.07.2012 r. zamawiający zaprosił Asseco na procedurę testową na dzień 03.08.br. Zamawiający wyraźnie wskazał, że w godz. 08:00 - 09:00 ma się odbyć dostawa urządzeń i podłączenie zestawu przez wykonawcę w celu przeprowadzenia testu. Na podstawie powyższych informacji wykonawca Asseco podjął działania zmierzające do przeprowadzenia procedury testowej w dniu 03.08.br. wraz z dostawą urządzeń w tym właśnie dniu. W szczególności zostały zamówione urządzenia niezbędne do przeprowadzenia testów. Odwołujący zaznaczał, że w swoich działaniach zmierzających do dochowania terminu 03.08.br. uwzględnił także czas niezbędny na skonfigurowanie sprzętu. Tymczasem, w dniu 24.07.br. zamawiający zmienił harmonogram testów oraz wprowadził wymaganie, aby urządzenia testowe zostały dostarczone przez Asseco do dnia 30.07.br. a więc 4 dni wcześniej w stosunku do dyspozycji zamawiającego przekazanej tydzień wcześniej (17.07.br.). Nowy, krótszy termin na dostawę urządzeń sieciowych powoduje, jak utrzymywał odwołujący, iż podjęte przez niego działania, przeprowadzane z najwyższą starannością aby sprostać harmonogramowi wyznaczonemu przez zamawiającego w dniu 17.07.br. stają się niewystarczające, aby dostawy dokonać w dniu 30.07.br. Dokonana zmiana terminu dostarczenia urządzeń testowych z 6-dniowym wyprzedzeniem jest niezgodna z pkt. 5 Opisu procedury testowej (str. 60 SIWZ), w którym zamawiający zagwarantował wykonawcom 20-dniowy termin na dostarczenie urządzeń sieciowych, licząc od dnia wezwania. Za dzień wezwania nie może być uznane pismo z 10.07.br., gdyż nie wskazywało ono terminu przeprowadzenia testów, lecz zapowiadało wyznaczenie tego terminu w ciągu 7 dni. Dopiero więc pismo z dnia 17.07.br. stanowiło jednoznaczne i precyzyjne wezwanie wskazujące termin przeprowadzenia testów, w oparciu o które wykonawcy mogli podjąć szczegółowe i jednoznaczne działania mające na celu

dochowanie harmonogramu narzuconego przez zamawiającego. Wyznaczając dnia 17.07.br. termin testów na dzień 03.08.br. Zamawiający nie dochował, co prawda 20-dniowego terminu, lecz dla Asseco nie stanowiło problemu przeprowadzenie testów w wyznaczonym dniu. Mógł również zagwarantować zamawiającemu dostawę urządzeń i przeprowadzenie testów dnia 30.07.br. - gdyby takie wymaganie pojawiło się w piśmie z 17.07.br. Zmiana wymagań w tym zakresie dokonana dnia 24.07.br., a więc zaledwie na 6 dni przed datą wyznaczoną na dostarczenie urządzeń uniemożliwia jak twierdził odwołujący - dochowanie tego terminu. W sposób nieuzasadniony utrudnia więc odwołującemu możliwość uczciwego konkutowania z pozostałym uczestnikami postępowania łamiąc jednocześnie postanowienia SIWZ, które gwarantowały zachowanie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania. Dlatego, aby umożliwić wykonawcy Asseco dostarczenie urządzeń testowych oraz aby wypełnić zasady przeprowadzania procedury testowej określonej w SIWZ, jak przekonywał odwołujący - niezbędne jest przedłużenie terminu dostarczenia urządzeń testowych co najmniej do dnia 03.08.br., tj. dnia wyznaczonego na tę czynność przez zamawiającego pismem z 17.07.br. Na potwierdzenie bezzasadności decyzji zamawiającego odmawiającej zmiany harmonogramu z uwzględnieniem jego pierwotnej treści przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 959/11), w którym stwierdzono: *„Izba nie kwestionuje, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia i że uprawniony jest do określania terminu poszczególnych czynności w postępowaniu, a wyrażenie zgody na zmianę tych terminów zależy od jego uznania, wskazać jednak należy, że decyzja ta powinna być podjęta z zachowaniem dbałości o osiągnięcie celu postępowania, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy.”* Mając na uwadze powyższe, odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 31 lipca 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2012 r., z kopią przekazaną stronom zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- A. COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, który upatrywał swój interes w tym, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do przywrócenia oferty Asseco do postępowania, przez co zgłaszający przystąpienie może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia. Zamawiający przewidział w SIWZ, iż w przypadku braku testów oferta będzie podlegała odrzuceniu, a co za tym idzie nie dostarczenie przez odwołującego sprzętu spowoduje odrzucenie jego oferty. Czynności podjęte przez zamawiającego zostały dokonane jednakowo wobec wszystkich wykonawców, w ocenie zgłaszającego przystąpienie – były więc prowadzone w sposób zapewniający równe

traktowanie i uczciwą konkurencję.

- B. SEVENET S.A. z siedzibą w Gdańsku, który jednocześnie wniósł sprzeciw wobec ewentualnego uwzględnienia odwołania. Zgłaszający przystąpienie informował, że oferta odwołującego uzyskała pierwszą lokatę w ustalonych kryteriach oceny, uwzględnienie odwołania zmniejsza szanse wykonawcy SEVENET na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, którego oferta znajduje się na miejscu trzecim. Na moment wniesienia przystąpienia postępowanie nie zostało rozstrzygnięte, nie można zatem wykluczyć, że oferta wykonawcy zajmującego drugą pozycję zostanie odrzucona, a wówczas przystępujący uzyska zamówienie. Powołując się na interes w zwiększeniu swych szans na uzyskanie zamówienia wykonawca wnosili o oddalenie odwołania, popierając stanowisko, że kwestionowane czynności zamawiającego zostały przeprowadzone prawidłowo.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców: COMP S.A. z siedzibą w Warszawie oraz SEVENET S.A. z siedzibą w Gdańsku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania. W odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie oraz do protokołu rozprawy podał, że nie zgadza się z zarzutami postawionymi przez odwołującego. Zamawiający w treści SIWZ (str. 60-61) zastrzegł sobie prawo przeprowadzenia testów wybranych funkcjonalności opisanych w treści SIWZ dla dowolnego z zaoferowanych urządzeń przed wyborem oferty. Celem opisanych powyżej testów była weryfikacja, czy dane urządzenie lub oprogramowanie spełnia zadeklarowane w ofercie parametry. Zgodnie z pkt. 5 - Opisu procedury testowej - zamawiający zastrzegł, iż oferent będzie zobowiązany do bezpłatnego dostarczenia urządzeń sieciowych, w ciągu 20 dni od wezwania, w oferowanych konfiguracjach:

- a. min. 2 szt. routerów rdzeniowych
- b. min. 2 szt. przełączników dostępowych
- c. min. 1 szt. firewalla brzegowego

W przedmiotowej sprawie zamawiający pismem z dnia 10 lipca 2012 r. poinformował odwołującego o terminach, w których zamierza przeprowadzić testy wymaganych funkcjonalności. Zakres czasowy jaki określił obejmował termin od 30 lipca do 13 sierpnia 2012 r. Mając na uwadze zapis pkt. 5 i wyraźnie w nim wskazany termin dostarczenia urządzeń będących przedmiotem testów odwołujący posiadał pełną informację, iż musi się liczyć z obowiązkiem dostawy przedmiotowych urządzeń w tym

terminie. Oznaczało to więc, że licząc od daty zawiadomienia o terminach testów odwołujący, zgodnie z pkt. 5 ww. procedury testowej, mógł ustalić, iż będzie zobowiązany w terminie do 30 lipca 2012 r. dostarczyć przedmiotowe urządzenia. Następnie zamawiający pismem z dnia 17 lipca 2012 r. poinformował odwołującego o terminach z przyjętego szczegółowego harmonogramu testów, gdzie termin testów dla odwołującego wyznaczono na dzień 3 sierpnia 2012 r. Przedmiotowym pismem zamawiający zaprosił odwołującego do udziału w procedurze testowej w ww. terminie. Dodatkowo, mając na uwadze zapewnienie równego traktowania wykonawców, zamawiający zastosował się do procedury określonej w pkt. 5 opisie procedury testowej i pismem z dnia 24.08.2012 r. potwierdził termin dostarczenia urządzeń w miejsce testów w dniu 30 lipca 2012 r., w godz. 9-15. Wskazywał, iż wcześniejsze pisma, w tym pismo z dnia 17.07.2012 r. określało harmonogram przeprowadzenia testów, jednakże terminy przeprowadzenia testów nie mogły być utożsamiane z datą dostarczenia urządzeń. Za takim stanowiskiem przemawia zapis pkt. 5 procedury testowej, który jednoznacznie wskazywał termin w jakim mają zostać dostarczone urządzenia. Nie ulega wątpliwości, iż pismem z dnia 10.07.2012 r. zamawiający wezwał do dostarczenia urządzeń, natomiast pismo z dnia 17.07.2012 r. stanowiło jedynie określenie szczegółowego harmonogramu przeprowadzanych testów. Z tego też względu termin 20 dni należy liczyć od dnia 10.07.2012 r., a tym samym termin dostawy urządzeń na dzień 30.07.2012 r. został określony zgodnie z pkt. 5 procedury testowej. Opisane powyżej działanie zamawiającego pozostawało w zgodzie z zapisami SIWZ, w tym zakresie zamawiający nie dokonał zmiany postanowień SIWZ, jak również nie zmienił kryteriów oceny ofert. Wobec powyższego postawienie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4 Pzp jest całkowicie bezzasadne. Zamawiający w tym zakresie nie dokonał żadnej zmiany w stosunku do postanowień SIWZ. Jak wyżej podnosił - pkt. 5 opisu procedury testowej jasno określał termin w jakim powinna nastąpić dostawa urządzeń. Wobec powyższego zawiadomienie wykonawcy, iż zobowiązany jest dostarczyć sprzęt do testowania w dniu 30.07.2012 r. stanowiło wykonanie postanowień SIWZ a nie ich zmianę. Za chybiony uznał również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, w którym odwołujący zarzuca zmianę kryteriów oceny ofert. Zgodnie z pkt. 25 SIWZ (str.18) zamawiający wyspecyfikował kryteria ofert, na które składały się cena i funkcjonalność. Zaznaczał, iż opisana procedura testowa nie wiązała się z oceną kryterium funkcjonalność, lecz tak jak stanowi pkt. 2 opisu procedury testowej celem testów była weryfikacja, czy dane urządzenie lub oprogramowanie spełnia zadeklarowane w ofercie parametry. Tym samym procedura testowa służyła sprawdzeniu czy zaoferowane urządzenia w ofercie wykonawcy są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego przedmiotowa procedura w ogóle nie była związana z kryteriami oceny ofert. Dodatkowo wyznaczenie terminu dostawy urządzeń do testów - jak wyżej zostało to zaznaczone - stanowiło

realizację zapisu pkt. 5 opisu procedury testowej. Powyższe wyjaśnienia zamawiający przyjął za potwierdzające, iż zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp jest bezzasadny i w tym przypadku nie ma podstaw.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskazywał, iż jest to zarzut spóźniony, bowiem dotyczy on treści SIWZ. W przypadku uznania, iż zawarty opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji odwołujący mógł wnieść odwołanie w terminie wskazanym w art. 182 ust. 2 Pzp. Na tym etapie postępowania zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp podlega oddaleniu. Dodał, iż procedura testowa była znana wykonawcom, terminy dostawy urządzeń do testów zostały jasno wskazane w pkt. 5 tej procedury. Tym samym również w tym zakresie zarzut naruszenia ww. przepisu poczytał za bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, iż wszyscy wykonawcy zostali powiadomieni o terminie dostawy tego samego dnia, jak również został dla wszystkich wykonawców wyznaczony jeden wspólny termin dostawy urządzeń do testów. Tym samym zamawiający zastosował te same reguły w stosunku do wszystkich wykonawców którzy złożyli oferty w tym postępowaniu. Brak jest więc podstaw do twierdzenia, iż zamawiający wyznaczając w ten sposób termin - prowadzi postępowanie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załączonymi dokumentami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty odwołującego, pism odwołującego z dnia 19 i 25 lipca 2012 r. oraz pism zamawiającego z dnia 10,17 i 24, 26,27 lipca 2012 r., pisma wykonawcy COMP S.A. z 20 lipca 2012 r. i udzielonej odpowiedzi. Izba dopuściła również dowody wnioskowane przez odwołującego na rozprawie.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępujących, przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy dostawy urządzeń aktywnych wraz z wdrożeniem w ramach projektu „Metropolitalna sieć szerokopasmowego dostępu do Internetu.”

Część I SIWZ pkt 25. Kryteria oceny ofert:

- cena - 60%, 60 pkt,
- funkcjonalność - 40%, 40 pkt.

W załączonym do oferty tzw. „Wykazie funkcjonalności” zostały wyszczególnione funkcjonalności, które w przypadku ich zaoferowania – powodowały przyznanie punktacji – „1”, natomiast brak zaoferowania powodował uzyskanie punktacji „0”.

Na stronach 60-61 SIWZ znajduje się „Opis procedury testowej.”

Testy oferowanego rozwiązania przed wyborem oferty.

1. *Zamawiający zastrzega sobie prawo przeprowadzenia testów, wybranych funkcjonalności opisanych w SIWZ dla dowolnego z zaoferowanych urządzeń przed wyborem oferty,*
2. *Celem testów będzie weryfikacja, czy dane urządzenie lub oprogramowanie spełnia zadeklarowane w ofercie parametry.*
3. *Wszystkie testy rozpoczną się najpóźniej w ciągu czterech tygodni od dnia otwarcia ofert i będą trwały maksymalnie przez okres 2 tygodni.*
4. *Testy te będą przeprowadzane w Łodzi, w miejscu wskazanym przez Zamawiającego. Zamawiający zapewni pomieszczenia umożliwiające przeprowadzenie testów, wyposażone w szafę telekomunikacyjną 19" (42U), linię zasilającą 230V AC (10kW) z zasilaniem gwarantowanym oraz kontrolowane parametry środowiskowe (temperatura). Generator ruchu będzie zapewniony przez Zamawiającego.*
5. *Oferent będzie zobowiązany do bezpłatnego dostarczenia urządzeń sieciowych, w ciągu 20 dni od wezwania, w oferowanych konfiguracjach;*
 - a. *min. 2 szt. routerów rdzeniowych,*
 - b. *min. 2 szt. przełączników dostępowych,*
 - c. *min. 1 szt. firewalla brzegowego.*
6. *Testy będą prowadzone przez personel Zamawiającego lub wyznaczonej przez niego instytucji zewnętrznej. Zamawiający dopuszcza udział w testach przedstawicieli oferentów (do dwóch osób dla każdego oferenta).*
7. *Urządzenia testowe będą wyposażone w oprogramowanie systemowe w najnowszej stabilnej wersji dostępnej na dzień składania ofert. Nie są dopuszczalne wersje rozwojowe, specjalne wersje testowe itp. Wraz z urządzeniami dostarczona zostanie dokumentacja konfiguracji urządzeń lub zapewniony zdalny dostęp do niej dla przedstawicieli*

Zamawiającego (dostęp przez sieć publiczną za pomocą standardowych protokołów sieciowych typu http lub podobnych)”.

8. został przedstawiony schemat planowanej struktury środowiska testowego.

„9. Planowany zakres testów będzie polegał na przeprowadzeniu jednego lub więcej testów z poniższego zakresu:

a. Weryfikacji parametrów wydajnościowych,

i. przepustowość urządzenia i interfejsów dla różnego typu ruchu (unicast, multicast, IPv4, IPv6, MPLS, różne wielkości pakietów, ruch mieszany),

ii. mechanizmy replikacji ruchu multicast,

iii. skalowalność urządzenia (wielkości tablic MAC, FIB, mFIB, ilości VRF,)

iv. przepustowość urządzenia z usługami (ACL, QoS),

b. Weryfikacja parametrów funkcjonalnych,

i. wielousługowość interfejsów - możliwość jednoczesnej konfiguracji wielu usług (MPLS, terminowanie sesji klienckich L2, L3) na interfejsach logicznych w ramach jednego interfejsu fizycznego),

ii. obsługa redundancji - brak spadku wydajności przy symulacji awarii kart zarządzających i przełączających, odtworzenie ruchu przy symulacji awarii karty liniowej, wpływ symulowanej awarii karty liniowej na mechanizmy replikacji multicast,

iii. obsługa ramek i pakietów różnych wielkości,

iv. obsługa mechanizmów QoS, HOoS - obsługa nadsubskrypcji ruchu unicast, multicast i mieszanego, obsługa priorytetyzacji,

v. obsługa translacji tagów 802.10,

vi. obsługa usług MPLS VPN (L2, L3, IPv4, IPv6, mulicast),

c. Weryfikacja mechanizmów zarządzania urządzeniem,

i. Modularność systemu operacyjnego - separacja działania procesów, możliwości niezależnego restartu procesów,

10. W przypadku, gdy Zamawiający podejmie decyzję o przeprowadzeniu testów, testom zostaną poddane wszystkie urządzenia lub oprogramowanie zaoferowane przez wszystkich oferentów w tym samym zakresie.

11. Negatywny wynik tego sprawdzenia skutkować będzie odrzuceniem oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Nieprzedłożenie oferowanych produktów do przetestowania w terminie wezwania do testów, zostanie potraktowane, jako negatywny wynik sprawdzenia. Po wykonaniu testów dostarczone urządzenia i oprogramowanie zostaną zwrócone Wykonawcy. Wyniki przeprowadzonych testów zostaną spisane w protokole testów.

12. *Po przeprowadzeniu każdego z testów zostanie sporządzona notatka, w której znajdzie się opis przeprowadzonego testu oraz jego wynik.”*

W piśmie z dnia 10 lipca 2012 r. zamawiający podał.

„Zamawiający - Miasto Łódź, Urząd Miasta Łodzi, Łódź, ul. Piotrkowska 104, zgodnie z zapisami zawartymi w CZĘŚCI II Opis przedmiotu zamówienia na str. 60-61 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 1 Opis procedury testowej, informuje, że przeprowadzi testy wybranych funkcjonalności w terminie 30 lipca - 13 sierpnia 2012 r. Szczegółowy harmonogram oraz zakres testów zostanie przesłany w ciągu 7 dni od daty niniejszego pisma. Wykonawcy zgodnie z wymaganiami opisanymi w specyfikacji są zobowiązani do dostarczenia urządzeń testowych w oferowanych konfiguracjach (uwzględniając system operacyjny, licencje na oprogramowanie).

Wymagane jest dostarczenie:

1 szt. routera rdzeniowego (wyposażonego w redundantne karty zarządzające i przełączające, min. 4 interfejsy 10GE LR i min. 40 interfejsów 1GE LX, każdy typ interfejsu umieszczony na min. dwóch niezależnych kartach liniowych).

1 szt. przełącznika dostępowego (min. 20 portów 1GE LX),

1 szt. firewalla brzegowego (min. 4 porty 10GE LR)

Dostarczane urządzenia muszą być wyposażone w interfejsy optyczne (wkładki światłowodowe) we wszystkich interfejsach.

Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć komplet kabli i przewodów połączeniowych niezbędnych do przeprowadzenia testów. Komplet obejmuje: kable do sieci elektrycznej, przewody światłowodowe (patch-cord) oraz przewody miedziane. Jednocześnie Zamawiający przypomina, że zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia negatywny wynik tego sprawdzenia skutkować będzie odrzuceniem oferty, na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Nieprzedłożenie w terminie określonym w harmonogramie oferowanych produktów do przetestowania, zostanie potraktowane, jako negatywny wynik sprawdzenia. Po wykonaniu testów dostarczone urządzenia i oprogramowanie zostaną zwrócone Wykonawcy. Wyniki przeprowadzonych testów zostaną spisane w protokole testów.”

W piśmie z dnia 17 lipca 2012 r. zamawiający podał.

„Zamawiający - Miasto Łódź, Urząd Miasta Łodzi, 90-926 Łódź, ul. Piotrkowska 104, zgodnie z zapisami zawartymi w CZĘŚCI II Opis przedmiotu zamówienia na str.60-61 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 1 Opis procedury testowej oraz w nawiązaniu do pisma z dn. 10.07.2012 r. o sygnaturze DOA-2P-II1.271.2.2,2012. zaprasza

firmą ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów na procedurę testową w dniu 03 sierpnia 2012 r. Testy będą przeprowadzane w Łodzi w budynku mieszczącym się przy Al. Kościuszki 10/12, budynek A, piętro 3,

Szczegółowy harmonogram testów przedstawia się następująco:

a, 08:00 - 09:00 - dostawa urządzeń i podłączenie zestawu przez Wykonawcę w celu przeprowadzenia testu,

b, 09:00 - 16:00 - realizacja poszczególnych scenariuszy testowych przez prowadzącego testy,

c. 16:00 - 17:00 - przygotowanie i podpisanie raportu z przeprowadzonych testów oraz demontaż urządzeń.

Ponadto Zamawiający informuje, że procedura testów jest jawna. W związku z powyższym pozostali Wykonawcy mogą brać udział w procedurze testowej jako obserwatorzy.

Jednocześnie Zamawiający przypomina, że zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia negatywny wynik tego sprawdzenia skutkować będzie odrzuceniem oferty, na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie przedłożenie w terminie określonym w harmonogramie oferowanych produktów do przetestowania, zostanie potraktowane jako negatywny wynik sprawdzenia. Po wykonaniu testów dostarczone urządzenia i oprogramowanie zostaną zwrócone Wykonawcy. Wyniki przeprowadzonych testów zostaną spisane w protokole testów."

W załączeniu do przedmiotowego pisma został wykonawcom udostępniony szczegółowy Regulamin zakresu, procedury realizacji oraz harmonogram testów urządzeń sieciowych zaoferowanych w ramach postępowania przetargowego na dostawą urządzeń aktywnych wraz z wdrożeniem w ramach projektu „Metropolitalna sieć szerokopasmowego dostępu do Internetu”, w którym wyznaczono terminy i godziny dostarczenia urządzeń i przeprowadzenia testów dla poszczególnych wykonawców, którzy złożyli oferty.

Odwołujący zwrócił się pismem z dnia 19 lipca 2012 r. do zamawiającego, w którym przedstawił swoje uwagi do regulaminu procedury testowej. W piśmie tym na str. 2, akapit 2 od góry znalazła się uwaga odwołującego, że czas potrzebny na instalację urządzeń jest zbyt krótki, bo proponowane przez nas urządzenia (...) przewidziane do instalacji elementy są dużymi urządzeniami klasy operatorskiej. Takie urządzenia często instaluje się przez kilka godzin. Dodatkowo nie była przeprowadzona weryfikacja miejsca, gdzie urządzenia będą instalowane (...). Może się okazać, że dostarczone kable będą za krótkie.

W piśmie 24.07.2012 r. zamawiający podał: „W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 19

lipca 2012 r. (doręczone w dniu 20 lipca 2012 r.) niniejszym wyjaśniam, co następuje: Zamawiający przeprowadzi testy, które będą realizowane przez osoby doświadczone w wykonywaniu testów urządzeń klasy operatorskiej, a urządzenia zaoferowane przez wszystkich Wykonawców będą poddane tej samej procedurze testowej. Ponadto Zamawiający gwarantuje możliwość uczestnictwa po 2 przedstawicieli, każdego z Wykonawców w trakcie wszystkich przeprowadzanych testów. Wskazuję również, że Zamawiający przesyłając informację dotyczącą testów określił swoje wymagania dotyczące konfiguracji urządzeń, które będą podlegały testom. Tym samym Zamawiający oczekuje, że dostarczone urządzenia do testów będą już wcześniej skonfigurowane, a w dniu testów Wykonawca jedynie dokona podłączenia wszystkich urządzeń do sieci elektrycznej oraz połączeń kablowych pomiędzy urządzeniami. Procedury testowe oznaczone jako opcja, to procedury dotyczące dodatkowych funkcjonalności, które w ofercie są dodatkowo punktowane i należało wykazać je w tabeli zawartej w załączniku 1 A do SIWZ. W przypadku, gdy Wykonawca oznaczył, że nie posiada tej funkcjonalności nie może być ona testowana. Zamawiający, mając na celu zapewnienie w jak największym stopniu zasady równego traktowania Wykonawców w testach oferowanych przez nich urządzeń, zobowiązuje Państwa do dostarczenia swoich urządzeń w miejsce realizacji testów (tj. Łódź, Al. Kościuszki 10/12, budynek A, piętro 3) w dniu 30 lipca 2012 r. w godzinach 09:00 -15:00. Powyższe zobowiązanie jest zgodne z pkt 5 Opisu procedury testowej zawartej w opisie przedmiotu zamówienia (cz. II SIWZ), który stanowi, że „oferent będzie zobowiązany do bezpłatnego dostarczenia urządzeń sieciowych, w ciągu 20 dni od wezwania (...)”. Informacja o procedurze testowej (wezwanie) została skierowana w dniu 10.07.2012 r., a tym samym 20 dniowy termin do dostarczenia urządzeń sieciowych upływa w dniu 30.07.2012 r. Dostarczone urządzenia zostaną spisane i zostanie sporządzony stosowny protokół dostarczenia. Następnie Wykonawca zabezpieczy swoje urządzenia w sposób, który gwarantować będzie ich nienaruszalność do dnia przeprowadzenia testów danego Wykonawcy. Wykonawcy ponoszą odpowiedzialność za sprzęt przekazany do Zamawiającego w trakcie trwania wszystkich procedur związanych z przeprowadzanymi testami. Zamawiający informuje, że dostęp do pomieszczeń, w których będą składowane urządzenia jest monitorowany, a w budynku zapewniona jest ochrona. Zamawiający zastrzega, iż przekazanie urządzeń w dniu i w terminie wskazanym powyżej nie jest rozumiane jako zawarcie umowy przechowania. Po zakończeniu testów określonego Wykonawcy, będzie on zobowiązany odebrać swoje urządzenia. Niedostarczenie urządzeń do testów w dniu 30 lipca 2012 r. oznaczać będzie, że Wykonawca nie będzie brał udziału w testach, w konsekwencji czego Zamawiający uzna, że wszystkie testy urządzeń danego Wykonawcy zostały zweryfikowane negatywnie. Jednocześnie informuję, że zmianie ulega harmonogram testów. Terminy poszczególnych testów prezentują się następująco;

- a. 31 lipca 2012 . - firma COMP SA, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa.
- b. 01 sierpnia 2012 r. - firma SEVENET SA, ul. Galaktyczna 30A, 80-299 Gdańsk.
- c. 02 sierpnia 2012 r. - firma INTERTRADING Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56c, 00-803 Warszawa.
- d. 03 sierpnia 2012 r. - firma NextiraOne Polska Sp. z o.o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa.
- e. 06 sierpnia 2012 r., - firma ASSECO POLAND SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów.
- f. 07 sierpnia 2012 r. - firma SOLIDEX SA, ul, J. Lea 124, 30-133 Kraków.

Wskazuję, ponadto, że Regulamin, zakres, procedury realizacji oraz harmonogram testów urządzeń sieciowych zaoferowanych w ramach postępowania przetargowego na dostawę urządzeń aktywnych wraz z wdrożeniem w ramach projektu „Metropolitalna sieć szerokopasmowego dostępu do Internetu” - w pozostałym zakresie nie ulega zmianie.

Wezwanie do dostarczenia testowanych urządzeń wyznaczone na dzień 30 lipca 2012 r. zostało skierowane do wszystkich Wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu.”

W piśmie z dnia 25 lipca 2012 r. odwołujący zarzucił, że zamawiający zmienił termin dostarczania urządzeń, z 3 sierpnia 2012 r. na 30 lipca 2012 r. co odwołujący uznał za naruszenie wcześniej ustalonych zasad przeprowadzenia testów i terminów, a zmiana tego terminu uniemożliwiła odwołującemu dostarczenie odpowiednio przygotowanych i skonfigurowanych urządzeń, gdyż na pierwotnie wyznaczony termin dostawy zamówił urządzenia. Wnosił o utrzymanie wyznaczonego terminu w dniu 3 sierpnia 2012 r.

Przy piśmie z dnia 26 lipca 2012 r. zamawiający przekazał wykonawcom szczegółowe wytyczne dotyczące konfiguracji urządzeń.

W piśmie z dnia 27.07.2012 r. skierowanym do odwołującego Asseco zamawiający podał: „W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 25 lipca 2012 r. wyjaśniam co następuje: Wykonawca składając ofertę zobowiązał się, do przestrzegania postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Załącznik nr 1 do SIWZ - formularz oferty, pkt 4.1 - stanowi; „Ja(my) niżej podpisany(i) oświadczam (y), że; 4.1, zapoznałem (liśmy) się z SIWZ (w tym ze wzorem umowy) i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz przyjmuję(emy) warunki w niej zawarte”. Z powyższego wynika, że wskazane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (tj. pkt II SIWZ) postanowienia odnoszące się do „Opisu procedury testowej” muszą być respektowane przez wszystkich Wykonawców. Na etapie składania oferty każdy Wykonawca miał już świadomość, że (zgodnie z pkt 3 Opisu procedury

testowej - str. 60) „wszystkie testy rozpoczynają się najpóźniej w ciągu 4 tygodni od dnia otwarcia ofert i będą trwały maksymalnie przez okres 2 tygodni. Zważywszy na fakt, że otwarcie ofert miało miejsce w dniu 2 lipca 2012 r., to tym samym cztery tygodnie upływają w takim wypadku z dniem 30 lipca 2012 r. Zgodnie bowiem z art. 14 Ustawy Prawo zamówień publicznych - „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosują się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 poz. 93, z późn zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.” Sposoby liczenia terminów reguluje natomiast Kodeks cywilny, który w art. 112 stanowi: „termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie ulegała zmianie w tym zakresie i informacja o terminach dostarczenia urządzeń oraz terminie przeprowadzenia testów była Wykonawcom wiadoma od dnia 10 kwietnia 2012 r. (dzień umieszczenia informacji o niniejszym postępowaniu na stronie internetowej zamawiającego). Mając powyższe na uwadze z całą stanowczością należy podkreślić, że Wykonawca najpóźniej na dzień otwarcia ofert tj. na dzień 2 lipca 2012r. winien być przygotowany, iż (najpóźniej) do dnia 30 lipca 2012 r. rozpoczęta zostanie procedura testowa, a zatem wszystkie zaoferowane urządzenia aktywne winien mieć przygotowane do dostarczenia. Nie bez znaczenia pozostają w tym przypadku informacje wskazane w pkt 5 „Opisu procedury testowej” (str. 60), iż „oferent będzie zobowiązany do bezpłatnego dostarczenia urządzeń sieciowych, w ciągu 20 dni od wezwania, w oferowanych konfiguracjach: a) min. 2 szt. Routerów rdzeniowych, b) min. 2 szt. Przełączników Dostępowych, c) min. 1 sztuka firewaila brzegowego.” Wykonawca przygotowując z należytą starannością ofertę w niniejszym postępowaniu winien zatem zdawać sobie sprawę, że dostarczenie urządzeń; winno odbyć się przed przeprowadzeniem testów i oczekiwać na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający pismem z dnia 10 lipca 2012 r. wezwał wszystkich Wykonawców do dostarczenia urządzeń, powołując się w treści nie tylko na postanowienia SIWZ, ale wskazując już w treści samego pisma okres trwania procedury testowej, która rozpocząć się przecież musi dostarczeniem testowanych urządzeń do Zamawiającego. W piśmie z dnia 10 lipca 2012 r. Zamawiający wyraźnie nie tylko odnosił się do Specyfikacji, której również zobligowani są przestrzegać wykonawcy, ale również poinformował wykonawców, że „przeprowadzi testy wybranych funkcjonalności w terminie od 30 lipca do 13 sierpnia 2012r.” Zakreślone daty były zatem zgodne z postanowieniami Specyfikacji, a pismo z dnia 10 lipca 2012 r. jest wezwaniem, o którym mowa w pkt 5 Opisu procedury testowej (str. 60 SIWZ). Nie jest zatem możliwe, aby któregoś z Wykonawców Zamawiający mógł potraktować w sposób indywidualny i preferencyjny i zezwolić mu na odstępianie od

postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Pismem z dnia 10 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował Wykonawców również, że szczegółowy harmonogram oraz zakres testów zostanie przesłany w ciągu 7 dni od daty niniejszego pisma. Harmonogram o jakim mowa w zdaniu poprzednim był przesyłany Wykonawcom m.in. w celu poinformowania ich, w jakich dniach sprzęt pozostałych Wykonawców będzie testowany, zgodnie bowiem z pkt 6 zd. 2 „Opisu procedury testowej” (str. 60 SIWZ) - „Zamawiający dopuszcza udział w testach przedstawicieli oferentów (do dwóch osób dla każdego oferenta).” Wykonawcy będąc zobligowani do przestrzegania postanowień SIWZ oraz otrzymując wezwanie z dnia 10 lipca 2012 r. winni zatem samodzielnie obliczyć termin, w którym należy dostarczyć urządzenia - jak zostało bowiem wskazane w pkt 5 Opisu procedury testowej - oferent będzie zobligowany do bezpłatnego dostarczenia urządzeń sieciowych, w ciągu 20 dni od wezwania (...).” Dokonując zatem prostych działań matematycznych Wykonawca winien samodzielnie obliczyć, że 20 dniowy termin upływa z dniem 30 lipca 2012 r. Następnie Zamawiający zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 10 lipca 2012 r. przesłał w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r. dokument (jako załącznik) pod nazwą: „Regulamin, zakres procedury realizacji oraz harmonogram testów urządzeń sieciowych zaoferowanych w ramach postępowania przetargowego na dostawę urządzeń aktywnych wraz z wdrożeniem w ramach projektu Metropolitalna sieć szerokopasmowego dostępu do Internetu”. W dokumencie tym przewidziano, że od dnia 30 lipca do dnia 6 sierpnia 2012 r. będzie przeprowadzana procedura testowa wskazując jaki dzień został przypisany do poszczególnych Wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. W dniu 30 lipca 2012 r. zgodnie z SIWZ Wykonawcy winni dostarczyć urządzenia i jednocześnie (zgodnie z treścią załącznika o jakim mowa w akapicie powyżej) miałyby tego samego dnia mieć miejsce testowanie urządzeń wykonawcy COMP S.A. Zgodnie z harmonogramem każdego dnia od godziny 08.00 - do 09.00 miała mieć miejsce dostawa i konfiguracja urządzeń przez Wykonawcę rozumiana jako zgodne z kolejnością podłączanie urządzeń testowanych. Komplikacje mogłyby powstać pierwszego dnia, kiedy wszyscy wykonawcy dostarczaliby sprzęt i jednocześnie od godziny 09.00 miałyby rozpocząć się realizacja poszczególnych scenariuszy testowych przez prowadzącego testy. Z uwagi na dość długą procedurę rejestrowania dostarczonych urządzeń zachwiany mógłby być cały harmonogram dnia, a tym samym Wykonawca COMP S.A. znajdowałby się w gorszym położeniu niż pozostali Wykonawcy. Zamawiający mając na celu zachowanie zasady równego traktowania wykonawców zdecydował się zmienić grafik jedynie co do terminu rozpoczęcia realizacji poszczególnych scenariuszy testowych. Nie ulega zmianie dzień dostarczenia urządzeń - zmiana terminu dostarczenia urządzeń z dnia 30 lipca 2012 r. na późniejszy byłaby niezgodna z pkt 5 Opis procedury technicznej (tj. niezgodna z SIWZ). W piśmie z dnia 24 lipca 2012 r. Zamawiający wyraźnie zatem wskazał,

że w dniu 30 lipca 2012 r. odbędzie się jedynie dostarczanie urządzeń technicznych, wskazując nowe godziny od 09.00 do 15.00. Natomiast realizacja poszczególnych scenariuszy testowych rozpoczynać się będzie od dnia 31 lipca 2012 r. W związku z powyższym nie sposób się zgodzić z Państwa uwagami zawartymi w piśmie z dnia 25 lipca 2012 r., iż Zamawiający zmienił termin dostarczania urządzeń. Termin ten był stały i sztywno określony postanowieniami SIWZ oraz uzależniony od wezwania z dnia 10 lipca 2012 r., a zatem ustalony na dzień 30 lipca 2012 r. Ostatecznie wskazuję, że argumenty przedstawione w piśmie z dnia 25 lipca 2012 r. wzajemnie się wykluczają i są wewnątrznie sprzeczne: z jednej strony przyznajecie Państwo, że „Zamawiający pismem z dnia 10 lipca 2012 r. wyznaczył okres przeprowadzania testów” (akapit 2 pisma), z drugiej strony podnosicie Państwo, iż „za dzień wezwania nie może być uznane pismo z dnia 10.07. br. (błędnie wskazana została przez Państwo data 20.07.br), gdyż nie wskazywało ono terminu przeprowadzenia testów (...)” (akapit 3 pisma). Zamawiający wskazuje zatem, że procedura testowa została prawidłowo wyznaczona i jest ona zgodna z postanowieniami SIWZ, którą również winni stosować Wykonawcy zgodnie ze złożonym w ofercie oświadczeniem woli (wspomniany pkt 4.1 oferty). Rekapitułując powyższe rozważania Zamawiający wyjaśnia, że procedura testowa jest zgodna z postanowieniami SIWZ i zaproponowane przez ASSECO Poland SA. rozwiązania nie mogą być przez Zamawiającego przyjęte. Rozwiązania zaproponowane przez ASSECO Poland S.A. w piśmie z dnia 25 lipca 2012 r. są niezgodne z SIWZ i naruszają zasadę równego traktowania wszystkich Wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. Zaproponowana przez ASSECO Poland S.A. procedura skazuje bowiem Wykonawcą COMP S.A. na niedogodności podczas testowania (w tym samym czasie dokonywany byłby w tym samym pomieszczeniu odbiór urządzeń aktywnych od pozostałych Wykonawców). Niezależnie od powyższego również pozostali przedstawiciele Wykonawców nie mogliby brać czynnego udziału jako obserwatorzy podczas testów COMP S.A. bowiem w tym samym czasie dokonywaliby przekazania urządzeń. Cała procedura przekazania urządzeń aktywnych może być długotrwała bowiem polega na sfotografowaniu przekazanego urządzenia oraz sporządzenia dokładnego protokołu z przekazania. Mając powyższe na względzie Zamawiający nie może uwzględnić prośby ASSECO Poland SA. przedstawionej w piśmie z dnia 25 lipca 2012 r.”

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyli:

- a. - firma COMP SA, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,
- b. - firma SEVENET SA, ul. Galaktyczna 30 A, 0-299 Gdańsk,
- c. - firma INTERTRADING Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56c, 00-803 Warszawa,
- d. - firma NextiraOne Polska Sp. z o.o., ul. Chmielna 85/87, 00-805

Warszawa,

- e. - firma ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,
- f. - firma SOLIDEX SA, ul. J. Lea 124, 30-133 Kraków.

Termin składnia ofert upłynął dnia 2 lipca 2012 r.

W piśmie zamawiającego z dnia 26 lipca 2012 r., zostały uszczegółowione wymagania i wytyczne dotyczące konfiguracji urządzeń przedstawione w załączniku. Wykonawca zobowiązany był dokonać konfiguracji według opisu dokonanego przez zamawiającego - przed dostarczeniem oferowanych urządzeń do testów.

Korespondencja odwołującego z dostawcą urządzeń – firmą Huawei, gdzie odwołujący przekazał warunki dotyczące urządzeń i testów i otrzymał od niego odpowiedź 18 lipca 2012 r. zawierającą szereg zgłaszanych wątpliwości – potwierdza, że sprzęt miał być przygotowany tak, żeby mógł być dostarczony na dzień 3 sierpnia 2012 r. Dostawca zadał pytania, które następnie w piśmie z 19 lipca 2012 r. odwołujący przekazał zamawiającemu. Zamawiający na te pytania udzielał odpowiedzi pismami z dnia 19 lipca 2012 r. oraz z dnia 26 lipca 2012 r.

Do dnia 30 lipca 2012 r. odwołujący nie zdołał zgromadzić całości sprzętu i go odpowiednio przygotować (skonfigurować) zgodnie z wymaganiami, z tych względów nie zastosował się do zmienionego terminu zdeponowania sprzętu.

Odwołujący 3 sierpnia 2012 r., zgodnie z wyznaczonym jemu terminem stawiał się we wskazanym miejscu i czasie - chcąc złożyć sprzęt i oczekując przeprowadzenia testu - spotkał się z odmową, o czym świadczy adnotacja na odwrocie pisma stanowiącego jednostronny protokół dostarczenia sprzętu na procedurę testową przez Asseco Poland S.A.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się niezgodnego z ustawą Pzp oraz SIWZ działania zamawiającego, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku, gdyż oferta odwołującego w ustalonym kryterium ceny jest najkorzystniejszą, co stwarza szansę jej wyboru do realizacji zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego i uznała zarzuty odwołania za zasadne. Niewątpliwie w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r. skierowanym indywidualnie do odwołującego zamawiający podał dokładne miejsce i oznaczył ścisły termin dnia 3 sierpnia 2012 r. przeprowadzenia testów oferowanego systemu, które miały mieć następujący przebieg:

- a) 08:00 - 09:00 - dostawa urządzeń i podłączenie zestawu przez wykonawcę w celu przeprowadzenia testu,
- b) 09:00 - 16:00 - realizacja poszczególnych scenariuszy testowych przez prowadzącego testy,
- c) 16:00 - 17:00 - przygotowanie i podpisanie raportu z przeprowadzonych testów oraz demontaż urządzeń.

Stanowisko zamawiającego sprowadzało się do tego, że wyłączone znaczenie miał opis procedury testowej zawartej na str. 60-61 SIWZ, pkt 3 i 5 oraz, gdzie w pkt 5 wskazano, że oferent będzie zobowiązany do dostarczenia urządzeń sieciowych w ciągu 20 dni od wezwania (20 dni od 10 lipca przypadało na 30 lipca 2012 r.), i że to był ustalony termin dostawy urządzeń, a pkt 3 wskazywał, że wszystkie testy odbędą się 4 tygodni od dnia otwarcia ofert i będą trwały maksymalnie przez okres 2 tygodni. Tego drugiego terminu dotyczył harmonogram testów, który był przedstawiony w piśmie z 17 lipca 2012 r. i wcześniej w piśmie z 10 lipca 2012 r., tak więc według przekonania zamawiającego - już w piśmie z 10 lipca wykonawcy zostali wezwani do dostarczenia sprzętu.

W świetle przytoczonego wyżej materiału dowodowego sprawy, argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie, w szczególności że wezwaniem do dostarczenia urządzeń sieciowych było pismo z dnia 10 lipca 2012 r. Izba uznała za pozbawioną racji.

W ocenie Izby, wykonawca Asseco Poland S.A. miał prawo aby zgodnie z wyznaczonym jemu indywidualnie harmonogramem - podjąć czynności w celu przygotowania się do obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu testów - obejmujących zamówienie i skompletowanie urządzeń i zainstalowanie oprogramowania niezbędnych do prezentacji przedmiotu oferty, z uwzględnieniem także czasu niezbędnego na skonfigurowanie sprzętu - tak aby osiągnąć gotowość do zaprezentowania spełniania zadeklarowanych w ofercie parametrów na wyznaczony termin, tj. dnia 3 sierpnia 2012 r. godzina 9:00. Za wezwanie - należało bowiem przyjąć pismo z dnia 17 lipca 2012 r. podające skonkretyzowany termin.

Izba nie znalazła podstaw aby przypisać odwołującemu zaniedbania w przygotowaniu się do procedury testowej, które podnosił zamawiający i przystępujący

COMP S.A. Pkt 10, str. 61 SIWZ przewidywał, że testy będą przeprowadzone w przypadku, kiedy zamawiający podejmie decyzję o przeprowadzeniu testu. Taką dyspozycję zamawiający wydał 10 lipca 2012 r. informując, że przeprowadzi testy. Dostawa urządzeń miała nastąpić w terminie wskazanym w harmonogramie. Dopiero w piśmie z 17 lipca 2012r. pojawił się harmonogram szczegółowy określający datę i godziny przeprowadzenia testów dla poszczególnych wykonawców wskazujący godziny dostawy urządzeń oraz szczegółowy regulamin i zakres testów. Od tej daty zatem było celowe podjęcie przez wykonawców działań w celu skompletowania sprzętu o oznaczonych parametrach. Nie można też było pominąć, iż zamawiający doprecyzował swoje wymagania odnośnie przygotowań do procedury testowej kolejnymi pismami z dnia 24 i 26 lipca 2012 r., które wykonawcy musieli uwzględnić.

Izba wzięła pod uwagę, że dokładny opis procedury testowej zamieszczonej w załączniku „Regulamin zakres procedury realizacji oraz harmonogram testów urządzeń sieciowych zaoferowanych w ramach postępowania przetargowego (...)„ uprzednio ramowo zawarty w SIWZ str. 60-61 zawiera bardzo rygorystyczne wymagania, o czym świadczą między innymi poniższe postanowienia:

- 1) aby wraz z urządzeniami została dostarczona dokumentacja techniczna, w wersji elektronicznej,
- 2) maksymalny czas na zmianę konfiguracji urządzenia to jednorazowo 10 minut. W przeciwnym wypadku test zostaje uznany za nie zaliczony,
- 3) jeżeli z przyczyn niezależnych od prowadzącego testy test nie zostanie przeprowadzony, brak możliwości skonfigurowania wymaganych funkcjonalności (...), niestabilność urządzeń lub programowania – test uznany zostanie za niezaliczony,
- 4) zamawiający zastrzegł sobie możliwość rozszerzenia zakresu testów o inne elementy wymagane w SIWZ,
- 5) w przypadku gdy testy z winy wykonawcy będą musiały być realizowane poza godzinami ustalonymi w harmonogramie, czy usterek sprzętowych wykonawca zostanie obciążony dodatkowymi kosztami,
- 5) w przypadku, gdy z winy wykonawcy testy rozpoczną się z opóźnieniem (po godzinie 9:00) testy będą prowadzone zgodnie z harmonogramem do godziny 16:00. W tym przypadku jeżeli nie wszystkie testy będą możliwe do realizacji z uwagi na czas ich zakończenia, wówczas testy niezrealizowane będą uznane za niezaliczone.

Co również ważne, szczegółowy harmonogram dostawy sprzętu i testów - został podany w omawianym regulaminie, który dla odwołującego przewidywał dzień 3 sierpnia 2012 r. i obejmował czynności:

- a) 08:09-09:00 – dostawa urządzeń i podłączenie zestawu przez wykonawcę w celu przeprowadzenia testu,
 - b) 09:00 -16:00 realizacja poszczególnych scenariuszy testowych,
 - c) 16:00 -17:00 raport z testów oraz demontaż urządzeń,
- a więc w takim samym terminie - jak podano w powiadomieniu.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ negatywny wynik testu skutkować miał odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również nieprzedłożenie w terminie określonym w harmonogramie oferowanych produktów do przetestowania, według postanowień SIWZ skutkowało potraktowaniem - jako negatywny wynik tego sprawdzianu. Dlatego też warunki zaliczenia procedury testowej należało uznać za kryteria oceny ofert w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Z wymienionych wyżej względów, w ocenie Izby, możliwość prawidłowego przygotowania się przez wykonawcę do testów miała istotne znaczenie dla przyjęcia oferty, a w konsekwencji dla wyniku postępowania i uzyskania zamówienia.

Wyznaczony odwołującemu harmonogram procedury testowej w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r. oparty został wprost o wskazania załączonego Regulaminu testów, który Izba uznała za integralną część SIWZ - wiążącą zarówno dla wykonawców, jak i dla samego zamawiającego, który nie był uprawniony aby zmieniać zasady testów, uprzednio przekazanych wykonawcom, i w oparciu o które podjęli oni czynności przygotowawcze.

Próbę skrócenia odwołującemu terminu na samą dostawę urządzeń do 30 lipca 2012 r. oraz wydłużenie terminu na przeprowadzenie testów do 6 sierpnia 2012 r. należało uznać na naruszające uprawnienia odwołującego. Liczył się bowiem głównie termin dostawy sprzętu z oprogramowaniem, który w tym momencie musiał być gotowy do testów, niezależnie od wyznaczonego terminu ich przeprowadzenia. Działania zamawiającego w toku oceny ofert muszą być przewidywalne w oparciu o wyznaczone uprzednio warunki w SIWZ i zamawiający nie może od nich odstępować. Sprawy organizacyjne pozostawały po stronie zamawiającego, którego rzeczą było zabezpieczenie miejsca i osób, które z jego ramienia uczestniczyły w testach, tak aby zagwarantować ich przeprowadzenie w wyznaczonym wykonawcom czasie. Izba po przeanalizowaniu argumentacji zamawiającego nie znalazła żadnego usprawiedliwienia ani podstaw do przyspieszenia odwołującemu (zmiany pismem z dnia 24 lipca 2012 r.) wyznaczonego wcześniej terminu dostawy odpowiednio przygotowanego sprzętu – gwarantującego pozytywne wyniki testów. Zamawiający od początku wyznaczył zróżnicowane terminy dostawy sprzętu i przeprowadzenia testów dla poszczególnych wykonawców, którzy złożyli oferty, o czym

stanowił harmonogram zamieszczony w Regulaminie procedury testowej - przekazany wykonawcom. Od wymienionej czynności inni wykonawcy nie wnieśli środków zaskarżenia, zatem argument, że wyznaczenie jednolitego terminu na dostarczenie sprzętu sprzyjało zachowaniu zasady równości – nie podlegał uwzględnieniu. Każdy z wykonawców ma uprawnienie a nie obowiązek korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro inni uczestnicy przetargu dobrowolnie zaakceptowali zmiany harmonogramu testów, przeprowadzenie nakazanych niniejszym wyrokiem Izby czynności wobec odwołującego - nie może być uznane za uchybienie zasadzie równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający wprost w piśmie z dnia 23 lipca 2012 r. w odpowiedzi na wniosek wykonawcy COMP S.A. w odniesieniu do ujednoczenia terminu dostarczenia urządzeń, informował że dokonał zmiany harmonogramu prowadzonych testów, a więc i wyznaczonych terminów dostarczenia urządzeń. Jeżeli nawet wnioski przystępującego COMP S.A. można było uznać za zasadne, bowiem kolejni wykonawcy mogli by lepiej przygotować sprzęt do testów obserwując przebieg testów poprzedników, to zamawiający mógł ten wniosek zrealizować w taki sposób, aby nie odstępować od wiążących go oświadczeń złożonych pozostałym oferentom, w których interesie nie leżało dokonanie przyspieszenia terminów dostarczenia sprzętu do testów. Zamawiający, analogicznie jak w przypadku złożenia ofert, może przedłużać terminy wyznaczonych czynności, nie może natomiast ich skrócić – jeżeli uprzednio dokonał powiadomień. Zamawiający dokonał zmiany terminu dostarczenia sprzętu na 6 dni przed jego upływem, pierwotnie wskazanym w piśmie z 17 lipca 2012 r. Uwzględnienie słusznego postulatu jednego z wykonawców, nie mogło prowadzić do pogorszenia sytuacji odwołującego, który działał w zaufaniu do złożonych przez zamawiającego oświadczeń.

Odwołujący zdaniem Izby, wykazał, że podjął czynności takie, które gwarantowały dostarczenie sprzętu do testów na wyznaczony termin 3 sierpnia 2012 r. godz. 8:00. Skoro w tym dniu dostarczył sprzęt pod wskazany przez zamawiającego adres i o wskazanej godzinie - po stronie zamawiającego leżało zapewnienie uczestnictwa osoby umocowanej do działania w imieniu zamawiającego i odebranie tego sprzętu, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Zarzuty odwołującego, wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie były spóźnione, albowiem o kwestionowanej zmianie warunków przetargu (Regulaminu testów - jako części SIWZ) zamawiający został powiadomiony dnia 24 lipca 2012 r.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zarzuty odwołania - naruszenia:

- 1) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przez taką realizację postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, która utrudnia uczciwą konkurencję,
 - 2) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, przez zmianę postanowień SIWZ po upływie terminu na składanie ofert,
 - 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zmianę kryteriów oceny określonych w SIWZ po upływie terminu na składanie ofert, skoro wynik testu miał bezpośredni wpływ na ocenę treści oferty,
- znalazły potwierdzenie.

W konsekwencji czego zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp., gdyż stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

