**Sygn. akt: KIO 342/21**

**WYROK**
**z dnia 1 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki**
**Protokolant:Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS sp. z o.o. w Wołominie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Częstochowską z siedzibą w Częstochowie**
przy udziale wykonawcy **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. w Tarnowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1.**umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących:**
   **a)systemu telekomunikacyjnego,**
   **b)niewniesienia wadium w terminie wyznaczonym przez zamawiającego,**
   **c)oferowanego aparatu typ 2 w części dotyczącej kodeków i uwierzytelniania,**
2.**w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS sp. z o.o. w Wołominie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00** gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS sp. z o.o. w Wołominie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący:……..…**

**Sygn. akt: KIO 342/21**

**U z a s a d n i e n i e**

Politechnika Częstochowska z siedzibą w Częstochowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa i montaż wraz usługą konfiguracji cyfrowej centrali telefonicznej dla Politechniki Częstochowskiej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 9 października 2020 r., nr 595333-N-2020.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 1 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS sp. z o.o. w Wołominie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. w Tarnowie, zwanego dalej „CST” lub „przystępującym”, mimo że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ;

b)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CST z postępowania, mimo że wskazany wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie parametrów zaoferowanego systemu telekomunikacyjnego SLICAN NCP oraz telefonu Yealink T46S,

c)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CST, mimo że wykonawca ten nie wniósł wadium w terminie przewidzianym przez Zamawiającego w wezwaniu do ponownego wniesienia wadium.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty CST jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:

a) odrzucenia oferty wykonawcy CST z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ;

b) odrzucenia oferty wykonawcy CST z uwagi na zaniechanie wniesienia wadium w terminie przewidzianym przez Zamawiającego w wezwaniu do ponownego wniesienia wadium;

c) wykluczenia z postępowania wykonawcy CST z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający w treści załącznika do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” Zamawiający wskazał szereg parametrów minimalnych, które wymaga od centrali telefonicznej oraz telefonów. Zdaniem odwołującego, niezgodność oferty przystępującego z treścią SIWZ przejawia się w odniesieniu do następujących elementów:

a) wymagania w zakresie wskazania typu, modelu, marki lub innej informacji pozwalającej na jednoznaczne zidentyfikowanie oferowanego/ych produktu/ów

b) systemu telekomunikacyjnego oraz

c) aparatu IP typ 2.

Co do niezgodności ad. a) odwołujący podniósł, że zamawiający w treści SIWZ (w ramach formularza oferty) wymagał wskazania typu, modelu, marki lub innej informacji pozwalającej na jednoznaczne zidentyfikowanie oferowanego/ych produktu/ów. Wskazał, że z informacji złożonych przez wykonawcę CST (specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia) wynika, że wskazany pierwotnie przedmiot zamówienia, tj. „System firmy SLICAN NCP –

CM600P – BTO zgodny z OPZ" nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że z treści złożonych informacji wynika, że wykonawca CST w toku prowadzonego postępowania zaoferował prototyp urządzenia, który nie istnieje, a zatem opis wskazany w formularzy oferty ani obecnie, ani w momencie składania oferty nie pozwalał Zamawiającemu na jednoznaczne zidentyfikowanie oferowanego produktu. Zdaniem odwołującego, treść wymagania Zamawiającego była oczywista i nie powinna budzić jakichkolwiek wątpliwości. Zamawiający już z treści formularza oferty, chciał uzyskać informacje o przedmiocie zamówienia, które byłby w stanie samodzielnie zweryfikować. Przedmiot zamówienia wskazany przez CST nie pozwalała na taką weryfikację, ponieważ w ogóle nie pozwala na zidentyfikowanie przedmiotu zamówienia. Tym samym do momentu złożenia specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia wykonawca CST mógł w sposób dowolny modyfikować co jest przedmiotem jego oferty i co znajduje się pod nazwą System firmy SLICAN NCP – CM600P – BTO zgodny z OPZ. W ocenie Odwołującego takie oznaczenie ni spełnia wymagania określonego w formularzu oferty, co wynika z informacji przedłożonych Zamawiającego, udostępnionych Odwołującemu po raz pierwszy po wyborze oferty CST jako najkorzystniejszej.

Co do niezgodności ad. b) odwołujący podniósł, że wykonawca CST zaoferował: „System firmy SLICAN NCP - CM600P – BTO zgodny z OPZ". W ocenie Odwołującego wskazana centrala firmy SLICAN (SLICAN NCP – CM600P) i spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do następujących parametrów:

• system ma być wyposażony w duplikację jednostki sterującej działającą w trybie „gorącej rezerwy" (zawierającą pełną replikę oprogramowania sterującego i aplikacyjnego), w szczególności wymagane jest utrzymanie bez zmian i strat jakości wszystkich zestawionych połączeń w czasie i po przełączeniu na zapasową jednostkę sterującą

– szacowany czas przełączania się central SLICAN wynosi min. 2 minuty; Podzespoły opisane przez wykonawcę CST w ramach specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia nie pozwalają na jakąkolwiek modyfikację powyższego, wymaganego parametru. Odwołujący wskazał, że zmiana modułów oprogramowania w żaden sposób nie pozwala na osiągnięcie opisanego parametru, a wykonawca CST wskazał tylko i wyłącznie na odpowiednie przygotowania modułów oprogramowania.

•system musi posiadać mechanizm zarządzania jakością usług (QoS) w sieci IP/WAN i Ethernet/LAN:
- o znakowanie/etykietowanie zgodnie ze standardami: 802.1Q, DSCP/DiffServ,
- o kompresja pakietów z użyciem kompresorów G.711, G.729a, G.723.1,
- o wykrywanie ciszy/głosu [Silence/Voice Activity Detection].

Odwołujący wskazał, że centrala SLICAN w zakresie QoS znajduje się na 3 warstwie (DSCP) dla SIP i CTS Zaoferowana centrala nie umożliwia znakowanie/etykietowanie zgodnie ze standardami: 802.1Q z uwagi na konieczność zapewnienia innych funkcjonalności. Podzespoły opisane przez wykonawcę CST w ramach specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia nie pozwalają na jakąkolwiek modyfikację powyższego, wymaganego parametru. Odwołujący wskazał, że zmiana modułów oprogramowania w żaden sposób nie pozwala na osiągnięcie opisanego parametru, a wykonawca CST wskazał tylko i wyłącznie na odpowiednie przygotowania modułów oprogramowania.

•Użyte przez producenta Slican oprogramowanie „ASTERISK" nie pozwala na zachowanie kanałów RTP podczas przełączenia komutacji połączeń pomiędzy jednostkami sterującymi zgodnie z dokumentacją: https://wiki.asterisk.org/wiki/display/AST/Asterisk+13+Documentation;

•

•system musi zapewniać możliwość wykorzystania istniejących i dostępnych łączy telekomunikacyjnych, zapewniając obsługę następujących rodzajów łączy:
- o analogowych łączy miejskich, opcjonalnie CLIP,
- o cyfrowych łączy ISDN (30B+D) – styk E1/T2 - z sygnalizacją DSS1,
- o analogowych łączy abonenckich wewnętrznych do współpracy ze standardowymi aparatami telefonicznymi z wybieraniem dekadowym i DTMF z CLIP oraz analogowymi aparatami faksowymi,
- o pakietowych łączy abonenckich do podłączenia terminali zgodnych ze standardem H.323 i SIP (podłączenie przez sieć IP),

Zdaniem odwołującego centrala nie wspiera standardu T2 oraz protokołu H.323. Podzespoły opisane przez wykonawcę CST w ramach specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia nie pozwalają na jakąkolwiek modyfikację powyższego, wymaganego parametru. Odwołujący wskazał, że zmiana modułów oprogramowania w żaden sposób nie pozwala na osiągnięcie opisanego parametru, a wykonawca CST wskazał tylko i wyłącznie na odpowiednie przygotowania modułów oprogramowania;

•wymagana jest możliwości blokowania kodem linii abonenckiej

Zdaniem odwołującego centrala nie wspiera blokowania linii abonenckiej. W kodach usług jest tylko blokada aparatu – telefonu. Podzespoły opisane przez wykonawcę CST w ramach specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia nie pozwalają na jakąkolwiek modyfikację powyższego, wymaganego parametru. Odwołujący wskazał, że zmiana modułów oprogramowania w żaden sposób nie pozwala na osiągnięcie opisanego parametru, a wykonawca CST wskazał tylko i wyłącznie na odpowiednie przygotowania modułów oprogramowania.

Odwołujący argumentował, że dostosowanie zaoferowanej centrali do wymagań zamawiającego wymagałoby tak dalece istotnej przebudowy centrali, iż mielibyśmy do czynienia z całkowicie nowym produktem, który winien być oferowany pod inną nazwą, dla którego winna być wydana całkowicie nowa deklaracja CE (zaoferowany został prototyp produktu, który nie został nigdy wyprodukowany, a więc sam producent nie może mieć wiedzy co do możliwości zbudowania i prawidłowego działania centrali o wymaganych parametrach). Odwołujący wskazywał, że podzespoły wskazane przez niego nie pozwalają na modyfikację centrali w sposób doprowadzający do spełnienia wymagań zamawiającego, zaś zamawiający wymagał wyspecyfikowania wszelkich takich podzespołów.

W odniesieniu do niezgodności ad. c) odwołujący podniósł, że w korespondencji prowadzonej z zamawiającym wskazał w jakim zakresie oferuje sprzęt zmodyfikowany przez producenta (lub za zgodą producenta). Odwołujący zaznaczył, że już w formularzu oferty wykonawca CST wskazał na oferowanie centrali odpowiednio dostosowanej (dopisek: „BTO"). W odniesieniu do Aparatu IP typ 2 wykonawca CST złożył zatem jednoznaczne oświadczenie o zaoferowaniu telefonu standardowego, bez jakichkolwiek modyfikacji. Powyższe wynika jednoznacznie z treści oświadczenia tego wykonawcy złożonego zarówno w formularzu oferty jak i specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia:

„*1. Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia:*
*a. System firmy Slican NCP - CM600P – BTO zgodny z OPZ,*
*b. Telefony Yealink T21P E2 (Aparat IP typ1),*
*c. Telefony Yealink T46S (Aparat IP typ2).*"

Odwołujący podniósł, że wykonawca CST zaoferował Aparat IP typ 2: *„Aparat IP Yealink T46S – typ 2*. W ocenie Odwołującego wskazany aparat IP nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do

następujących parametrów:
• kodeki: G.722, G.711(A/μ), G.723, G.729AB, G.726, iLBC – zaoferowany aparat IP nie obsługuje kodeku G.729AB;
• uwierzytelnianie przy pomocy MD5/MD5-sess – zaoferowany aparat IP nie zapewnia uwierzytelniania przy pomocy MD5/MD5-sess;
• PoE (IEEE 802.3af), klasa 0 – zaoferowany aparat IP pracuje w klasie PoE 3, nie zaś w wymaganej klasie PoE 0.
W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, odwołujący podniósł, że podtrzymuje argumentację wskazaną na potwierdzenie niezgodności oferty CST z treścią SIWZ. Wskazywał, że przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp ziszczają się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie – niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują – jest wystarczające, aby uznać, że ziściła się przesłanka wykluczenia z postępowania.
Zdaniem odwołującego, działanie wykonawcy CST w zakresie parametrów oferowanej centrali oraz aparatu IP typ 2 - wypełniają znamiona co najmniej lekkomyślności czy niedbalstwa w przedstawianiu Zamawiającemu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje w specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia złożonej na wezwanie Zamawiającego w dniu 15.01.2021 r. w odniesieniu do wszystkich parametrów opisanych przez Odwołującego w ramach zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ).

Odwołujący podniósł, że obowiązkiem wykonawcy jest upewnienie się, czy informacje przekazane Zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje.

Odwołujący podniósł, że podanie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym należy zakwalifikować co najmniej jako lekkomyślność lub niedbalstwo właśnie przy uwzględnieniu obiektywnego wzorca profesjonalisty, jaki to przymiot posiada wykonawca CST, który winien mieć pełną świadomość, iż zaoferowane centrale oraz aparat IP nie spełniają wszystkich wymagań Zamawiającego (w szczególności wymagań określonych w zarzucie III uzasadnienia odwołania), zaś dostosowanie zaoferowanej centrali do wymagań Zamawiającego wymagałoby tak dalece istotnej przebudowy centrali, iż mielibyśmy do czynienia z całkowicie nowym produktem, który winien być oferowany pod inną nazwą, dla którego winna być wydana całkowicie nowa deklaracja CE. Przy czym odwołujący zaznaczył, że wykonawca CST nie przewidział podzespołów, które umożliwiłyby modyfikację centrali w sposób doprowadzający do spełnienia wymagań zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że wykonawca CST przedstawił nieprawdziwe informacje w następującym zakresie:
• spełniania przez zaoferowaną centralę telefoniczną następujących parametrów:
  - system jest wyposażony w duplikację jednostki sterującej działającą w trybie „gorącej rezerwy" (zawierającą pełną replikę oprogramowania sterującego i aplikacyjnego), w szczególności wymagane jest utrzymanie bez zmian i strat jakości wszystkich zestawionych połączeń w czasie i po przełączeniu na zapasową jednostkę sterującą
  - system posiada mechanizm zarządzania jakością usług (QoS) w sieci IP/WAN i Ethernet/LAN:
    o znakowanie/etykietowanie zgodnie ze standardami: 802.1Q, DSCP/DiffServ,
    o kompresja pakietów z użyciem kompresorów G.711, G.729a, G.723.1,
    o wykrywanie ciszy/głosu [Silence/Voice Activity Detection].
  - system pozwala na zachowanie kanałów RTP podczas przełączenia komutacji połączeń pomiędzy jednostkami sterującymi
  - system zapewnia możliwość wykorzystania istniejących i dostępnych łączy telekomunikacyjnych, zapewniając obsługę następujących rodzajów łączy:
    o analogowych łączy miejskich, opcjonalnie CLIP,
    o cyfrowych łączy ISDN (30B+D) – styk E1/T2 - z sygnalizacją DSS1,
    o analogowych łączy abonenckich wewnętrznych do współpracy ze standardowymi aparatami telefonicznymi z wybieraniem dekadowym i DTMF z CLIP oraz analogowymi aparatami faksowymi,
    o pakietowych łączy abonenckich do podłączenia terminali zgodnych ze standardem H.323 i SIP (podłączenie przez sieć IP),
  - występuje możliwości blokowania kodem linii abonenckiej
• spełniania przez zaoferowane Aparaty IP typ 2 następujących parametrów:
  - wykorzystywanie kodeków: G.722, G.711(A/μ), G.723, G.729AB, G.726, iLBC;
  - uwierzytelnianie przy pomocy MD5/MD5-sess;
  - praca w PoE (IEEE 802.3af), klasa 0.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 26.01.2021 r. wezwał wykonawcę do ponownego wniesienia wadium w kwocie 5 000,00 zł w terminie do 01.02.2021 r. Z dokumentów udostępnionych przez Zamawiającego wynika, że wykonawca CST nie wniósł wadium w terminie przewidzianym przez Zamawiającego. Tym samym ziściła się przesłanka do odrzucenia oferty wykonawcy CST.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. w Tarnowie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odwołujący cofnął odwołanie w części, w zakresie zarzutów dotyczących:
a)systemu telekomunikacyjnego,
b)niewniesienia wadium w terminie wyznaczonym przez zamawiającego,
c)oferowanego aparatu typ 2 w części dotyczącej kodeków i uwierzytelniania,

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego CST, wezwanie zamawiającego z dnia 12 stycznia 2021 r. skierowane do przystępującego CST w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, oświadczenia i dokumenty złożone przez przystępującego CST w odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 15 stycznia 2021 r., zawiadomienie o wyborze**

**oferty przystępującego jako najkorzystniejszej z dnia 26 stycznia 2021 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp". Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, że *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp". Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 1 lutego 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż wraz z usługą konfiguracji cyfrowej centrali telefonicznej dla Politechniki Częstochowskiej

Ustalono, że w pkt 8.5. SIWZ zamawiający zamieścił Wykaz dokumentów i oświadczeń składanych na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W ppkt 3 zamawiający wskazał, że *W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, należy przedłożyć:*
*Specyfikacja techniczna*
*Na potwierdzenie, że oferowany produkt zgodny jest z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest dołączyć specyfikację techniczną oferowanego produktu. Specyfikacja techniczna musi zawierać dane odnośnie każdego z parametrów, funkcji, oprogramowania, wyposażenia dodatkowego, parametrów podzespołów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. W specyfikacji technicznej winien być również wskazany typ, model, marka oferowanego sprzętu w przypadku podzespołów posiadających takie oznaczenia.*

Ustalono także, że w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), stanowiącym załącznik do SIWZ, zamawiający opisał wymagania dla aparatów IP typ 2. Zamawiający wymienił m.in. następujące parametry i funkcjonalności tych aparatów:
oPoE (IEEE 802.3af), klasa 0.
Ustalono ponadto, że we wzorze formularza oferty (załącznik do SIWZ) zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek złożenia oświadczenia o treści: „*Oferowany produkt/y (typ, model, marka lub inna informacja pozwalająca na jednoznaczne zidentyfikowanie oferowanego/ych produktu/ów): ……*.".

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta przystępującego CST.

Ustalono, że przystępujący w formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje: *System firmy SLICAN NCP – CM600P – BTO zgodny z OPZ* oraz *Telefony Yealink T46S zgodne z OPZ.*

Ustalono również, że pismem z dnia 12 stycznia 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał przystępującego CST, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego do złożenia specyfikacji technicznej oferowanego produktu. Specyfikacja techniczna musi zawierać dane odnośnie każdego z parametrów, funkcji, oprogramowania, wyposażenia dodatkowego, parametrów podzespołów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. W specyfikacji technicznej winien być również wskazany typ, model, marka oferowanego sprzętu w przypadku podzespołów posiadających takie oznaczenia.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący CST przy piśmie z 15 stycznia 2021 r. złożył specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia:
a.system firmy Slican NCP-CM600P-BTO zgodny z OPZ,
b.telefony Yealink T46S (aparat IP typ 2).
Opisał Parametry aparatów IP:

*Aparat IP Yealink T46S - typ 2*

*Interfejs:*

- *PoE (IEEE 802.3af), klasa 0*

W dalszej kolejności ustalono, że 26 stycznia 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

**Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Npzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy NPzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania dotyczących:
a)systemu telekomunikacyjnego,
b)niewniesienia wadium w terminie wyznaczonym przez zamawiającego,
c)oferowanego aparatu typ 2 w części dotyczącej kodeków i uwierzytelniania,

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy NPzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący na posiedzeniu Izby 26 lutego 2021 r. oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy NPzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy NPzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący niezgodności treści oferty przystępującego ze wzorem formularza oferty. Odwołujący podniósł, że opis rozwiązania oferowanego przez przystępującego wskazany w formularzu oferty oznacza, iż wykonawca ten w toku prowadzonego postępowania zaoferował prototyp urządzenia, który nie istniał ani obecnie, ani w momencie składania oferty oraz nie pozwalał zamawiającemu na jednoznaczne zidentyfikowanie oferowanego systemu.

Przystępujący w formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje system firmy *SLICAN NCP – CM600P – BTO zgodny z OPZ.*We wzorze formularza oferty (załącznik do SIWZ) zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek złożenia oświadczenia o treści: „Oferowany produkt/y (typ, model, marka lub inna informacja pozwalająca na jednoznaczne zidentyfikowanie oferowanego/ych produktu/ów): …… .”.

Nie było sporne między stronami, że określenie „BTO” zawarte w ofercie przystępującego oznaczało „built to own”, czyli urządzenie zbudowane zgodnie z określonymi wymaganiami, w tym przypadku, wymaganiami określonymi w SIWZ. Biorąc powyższe pod uwagę, oświadczenie zawarte w formularzu oferty należało rozumieć w ten sposób, że przedmiotem oferty jest system firmy Slican o nazwie NCP – CM600P, zmodyfikowany pod kątem spełnienia wszystkich wymagań OPZ, czyli opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, taka identyfikacja przedmiotu oferty odpowiadała wymaganiom wzoru formularza ofertowego. W szczególności z postanowienia tego nie wynikał zakaz zaoferowania rozwiązania, które będzie stanowiło dedykowaną dla zamawiającego wersję systemu dostępnego na rynku. Odwołujący w treści zarzutu pominął okoliczność, że zamawiający nie wymagał od wykonawców ujawnienia już w samej ofercie parametrów technicznych oferowanych urządzeń. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w SIWZ wyraźnie przesądził, że informacja na temat parametrów, funkcji, oprogramowania, wyposażenia dodatkowego czy parametrów podzespołów miała się znajdować dopiero w specyfikacji technicznej, składanej przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe wynikało w sposób jednoznaczny z postanowienia pkt 8.5. SIWZ. W tej sytuacji za bezzasadne należało uznać oczekiwanie odwołującego, aby tego rodzaju informacje znalazły się już w treści samej oferty. Wbrew stanowisku odwołującego oznaczenie produktu zamieszczone przez przystępującego w formularzu oferty nie uniemożliwiło zamawiającemu także weryfikacji cech oferowanego produktu. Zamawiający wiedział jaki produkt i jakiego pochodzenia został mu zaoferowany. Co więcej, zamawiający nawet prowadził korespondencję bezpośrednio z producentem, który potwierdzał spełnienie wymagań opisanych w SIWZ (por. pismo zamawiającego z 21 stycznia 2021 r. i odpowiedź producenta z 25 stycznia 2021 r. – w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego; dokumenty przedstawione także jako dowody nr 5 – 6, załączone do pisma procesowego przystępującego z 26 lutego 2021 r.).

Odwołujący podniósł także, że dostosowanie zaoferowanego systemu do wymagań zamawiającego wymagałoby tak dalece istotnej przebudowy centrali telefonicznej, iż mielibyśmy do czynienia z całkowicie nowym produktem, który winien być oferowany pod inną nazwą, dla którego winna być wydana całkowicie nowa deklaracja CE. Izba stwierdziła, że powyższe twierdzenie odwołującego pozostało gołosłowne i nie zostało poparte żadnym dowodem. Kierując się powyższymi rozważaniami, zarzut uznano za chybiony.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaoferowania aparatu typ 2 charakteryzującego się parametrem PoE (Power over Ethernet), wg standardu IEEE 802.3af na poziomie klasy 3, zamiast wymaganego w SIWZ aparatu spełniającego wymagania PoE (Power over Ethernet), wg standardu IEEE 802.3af na poziomie klasy 0.

Nie było sporne miedzy stronami, że zaoferowany przez przystępującego aparat Yealink SIP-T46S charakteryzował się parametrem PoE (Power over Ethernet), wg standardu IEEE 802.3af na poziomie klasy 3. Powyższe wynikało także z karty katalogowej aparatu złożonej przez odwołującego (dowód nr 11), karty katalogowej załączonej do odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego, wydruku ze strony ticket.yealink.com złożonego przez odwołującego (dowód nr 14), a także deklaracji Yealink z 7 lutego 2021 r. złożonej przez przystępującego (dowód nr 7 załączony do pisma procesowego przystępującego z 26 lutego 2021 r.).

Jednakże powyższy fakt nie skutkował koniecznością odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem oferta podlega odrzuceniu wyłącznie wtedy, gdy jej „treść” nie odpowiada „treści” SIWZ. Zarówno zatem w zakresie oferty jak i SIWZ należy ich zawartość merytoryczną, a nie formalne wymogi. Dopiero merytoryczna niezgodność oferty z dokumentacją postępowania skutkuje koniecznością odrzucenia oferty zgodnie z ww. przepisem.

W analizowanej sprawie rozstrzygnięcie wymagało wyjaśnienia czym różniły się klasy 0 i 3 PoE (Power over Ethernet) wg standardu IEEE 802.3 af.

PoE (Power over Ethernet) jest nazwą szeregu metod, które pozwalają zasilić sprzęt sieciowy poprzez skrętkę komputerową przy równoczesnym przesyle danych. W 2003 r. organizacja IEEE ustanowiła standard zasilania PoE 802.3af (por. wydruk ze strony internetowej dipol.com.pl, dowód nr 10 złożony przez odwołującego, str. 1).

Ustalono również, że wg standardu IEEE 802.3af klasyfikacja urządzeń jest opcjonalna. Zapewnia ona przydatną informację o zapotrzebowaniu urządzenia na moc (por. wydruk ze strony internetowej dipol.com.pl - dowód nr 10, str. 3). Jak wynika z kolumny 2 w tabeli zaczerpniętej ze strony internetowej wikipedia.org, a załączonej do str. 4 odpowiedzi na odwołanie, klasy 1-3 są klasami opcjonalnymi (optional), zaś klasa 0 – klasą domyślną (default). Powyższe oznacza, że producent urządzenia odbiorczego (PD - Powered Device), podpinanego kablem Ethernet do urządzenia zasilającego (PSE - Power Sourcing Equipment), może określić opcjonalną klasę zasilania takiego urządzenia odbiorczego (odpowiednio klasa 1 – very low power, klasa 2 – low power, klasa 3 - mid power). Urządzenie klasy 1 ma zapotrzebowanie na moc na poziomie 0,44 – 3.84 W, klasy 2 – w zakresie 3,84 – 6.49 W, zaś klasy 3 w zakresie 6,49-

12.95 W. Przypisanie klasy 1-3 dla urządzenia odbiorczego sprawia, że urządzenie zasilające wie, jak moc ma zapewniać urządzeniu peryferyjnemu. Co istotne jednak, jeśli producent urządzenia odbiorczego klasy nie przypisze („classification unimplemented"), to wówczas urządzenie zasilające zapewni mu moc, jak dla urządzenia klasy 0. Jest to oczywiste, bo skoro urządzenie zasilające nie wie, jaką moc zapewnić urządzeniu odbiorczemu, to zapewnia ją w maksymalnym dopuszczalnym zakresie. W takim przypadku urządzenie zasilające zapewnia energię w najszerszym możliwym szerokim zakresie, to jest od 0.44-12.95 W, (por. tabela ze str. 4 odpowiedzi na odwołanie, kolumna 4 i 6, korespondencja mailowa z panem Markiem Chabowskim - dowód nr 12, wydruk ze strony internetowej dipol.com.pl, dowód nr 10, str. 3).

Te ustalenia miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu.

Zamawiający wymagał telefonu (będącego urządzeniem odbiorczym PD - Powered Device),zasilanego przez centralę telefoniczną (będącą urządzeniem zasilającym PSE - Power Sourcing Equipment) w oparciu o PoE (Power over Ethernet) wg standardu IEEE 802.3af w klasie 0, zaś w rzeczywistości telefon Yealink SIP-T46S posiadał zdefiniowaną klasę opcjonalną 3. Jak wynika ze złożonych w sprawie dowodów, różnica między klasą 0 a klasą 3 w przypadku zasilanych urządzeń odbiorczych, Powered Device, a takim jest telefon, polegała wyłącznie na tym, że w przypadku klasy 0, urządzenie zasilające (PSE) jest zmuszone zapewniać mu moc w szerokim zakresie, to jest 0,44 – 12,95 W, podczas gdy w klasie 3 – w zakresie 6,49 – 12,95 W. Porównanie tych wartości oznacza, że choć oferowany telefon pracuje w klasie 3, to jednak jego zapotrzebowanie na moc mieści się w granicach zapotrzebowania na moc urządzenia pracującego w klasie 0. Powyższe zadeklarował wyraźnie producent w swej deklaracji z 7 lutego 2021 r. – dowód nr 7 załączony do pisma procesowego przystępującego z 26 lutego 2021 r. Ponadto, jak ustalono, rzeczywiste zapotrzebowanie (Power Consumption) w ramach PoE oferowanego telefonu mieści się w granicach 2,7 – 5,5 W. Powyższe wynikało z deklaracji producenta - dowodu nr 7 złożonego przez przystępującego i karty katalogowej telefonu - dowodu nr 11 złożonego przez odwołującego.

W tej sytuacji należało podzielić stanowisko zamawiającego i przystępującego, że zapotrzebowanie na moc oferowanego urządzenia mieści się w zakresie zapotrzebowania wymaganego dla urządzenia zasilanego w SIWZ, tj. jak dla klasy 0. Powyższe zadeklarował wyraźnie producent w swej deklaracji z 7 lutego 2021 r. – dowód nr 7 załączony do pisma procesowego przystępującego z 26 lutego 2021 r. Również z oświadczenia pana M. C. - dowodu nr 12 złożonego przez odwołującego wynikało, że *klasa 0 obejmuje swym zakresem wszystkie pozostałe klasy*. Co do twierdzenia zawartego również w dowodzie nr 12, że w dolnym zakresie zasilania klasy 3 i 0 się nie pokrywają, okoliczność ta pozostała bez znaczenia. Z oczywistych względów istotna jest jedynie górna granica, gdyż tylko ona limituje ilość i zapotrzebowanie na moc urządzeń które mogą być zasilane przez centralę telefoniczną (będącą urządzeniem zasilającym PSE - Power Sourcing Equipment) w oparciu o PoE (Power over Ethernet). Skoro zamawiający dopuścił aby urządzenie odbiorcze (telefon) mogło pobierać z zasilającej go centrali od 0,44 W do 12,95 W to znaczy, że na zasadzie z większego na mniejsze, dopuszczalne jest użycie urządzenia, które potrzebuje zasilania w granicach od 2,7 do 5,5 W.

Biorąc powyższe epod uwagę zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należało ocenić jako bezzasadny.

W konsekwencji chybiony okazał się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd przez podanie informacji, że oferowany aparat Yealink SIP-T46S charakteryzuje się parametrem PoE (Power over Ethernet), wg standardu IEEE 802.3af na poziomie klasy 0. Rzeczywiście, w złożonej przez przystępującego specyfikacji technicznej wykonawca wskazał, że aparat ten charakteryzuje się ww. parametrem na poziomie klasy 0. Jak wynikało z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie w rzeczywistości aparat ten charakteryzuje się ww. parametrem na poziomie klasy 3. Jednakże, podanie tej niezgodnej z rzeczywistością informacji nie skutkowało wykluczeniem przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 stawy Pzp. Jak wskazano wcześniej, w okolicznościach danej sprawy, ta informacja nie miała wpływu na wynik postępowania.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza*uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp,*w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku

postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:……**