sygn. akt **KIO 1569/21**

POSTANOWIENIE

z dnia 22 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania
w dniu 21 czerwca 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 roku, przez **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o., ul. Szkotnik 2B/15; 33-100 Tarnów,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnika Łódzka z siedzibą w Łodzi, ul. Żeromskiego 116; 90-924 Łódź,**
przy udziale **Damovo Polska sp. z o.o., ul. Postępu 21; 02-676 Warszawa**- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wycofanego przez odwołującego, opisanego w odwołaniu w pkt 2 lit. a.**
2. **W pozostałym zakresie odrzuca odwołanie.**
3. Kosztami postępowania obciąża **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o., ul. Szkotnik 2B/15; 33-100 Tarnów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o., ul. Szkotnik 2B/15; 33-100 Tarnów,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejsze postanowienie -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący……

sygn. akt: **KIO 1569/21**

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Łódzka, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Modernizacja głównej centrali telefonicznej w budynku A-22 Wydziału Mechanicznego Politechniki Łódzkiej*".

Dnia 17 maja 2021 roku, zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania do SWZ i OPZ.

W dniu 24 maja 2021 r. wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. (dalej jako „odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła, iż w dniu 21 czerwca 2021 r., przed otwarciem posiedzenia zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Na posiedzeniu przystępujący złożył pismo procesowe.

Na posiedzeniu odwołujący oświadczył, iż wycofuje zarzut opisany w odwołaniu w pkt 2 lit. a.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia o wartości szacunkowej niższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi,
że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Ogłoszenie o zamówieniu, SWZ i OPZ zostały opublikowane dnia 12 maja 2021 roku.

Dnia 24 maja 2021 roku, odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut podtrzymany przez odwołującego) przez zmianę - w wyniku odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego - treści SWZ powodującej,
iż aktualnie przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań
i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący podniósł,
iż zamawiający w dniu 17.05.2021 r. wprowadził wymóg, by zmodernizowane porty cyfrowe były kompatybilne z telefonami zamawiającego dołączonymi obecnie do CT PŁ. Tymczasem odwołujący nie dysponował (i nie dysponuje nadal) żadną wiedzą co do tego, jakie telefony są obecnie dołączone do centrali posiadanej przez zamawiającego. Zamawiający nie zamieścił żadnej listy tych telefonów, nie podał ich producenta, modelu, parametrów
i funkcjonalności, ani w treści OPZ, ani w odpowiedziach na pytania udzielone 17.05.2021 r. Odwołujący nie wiedział zatem, jakie rozwiązanie zaoferować, aby spełniało ono nowo wprowadzony wymóg zamawiającego.

Niezależnie od powyższego odwołujący podkreślił, że zamawiający po udzieleniu w dniu 17.05.2021 r. odpowiedzi na pytanie 6 (istotnie zmieniającej dotychczasowe wymagania techniczne) nie zmodyfikował terminu składania ofert w postępowaniu, pomimo, że udzielone odpowiedzi zburzyły koncepcję odwołującego co do przedmiotu zamówienia, jaki chciał zaoferować zamawiającemu w niniejszym postępowaniu. Także zatem brak przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu jest uchybieniem po stronie zamawiającego
i rażącym naruszeniem przepisu art. 137 ust. 6 ustawy Pzp.

Podsumowując odwołujący wskazał, że obowiązek przejrzystości wynikający z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, ma na celu

zagwarantowanie równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu przez instytucję zamawiającą. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SWZ, tak by umożliwić wszystkim zainteresowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a także by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez wykonawców odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia. Udzielona przez zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 6 doprowadziła do sytuacji,
w której po wyjaśnieniu (modyfikacji) treści SWZ wymagania OPZ stały się niejednoznaczne, niewyczerpujące oraz nie uwzględniające wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie i złożenie oferty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśnienia treści SWZ z dnia 17 maja 2021 roku, nie zmieniły jej pierwotnej treści, nie wnosiły również żadnych nowych informacji, których skutkiem byłoby powzięcie nowych okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy, iż w załączniku nr A do SWZ – OPZ - sprecyzowano przedmiot zamówienia wskazując na wymagania zamawiającego obejmujące modernizację Głównej Centrali telefonicznej Politechniki Łódzkiej MD110, która ma polegać na zaktualizowaniu do najnowszej wersji pod kątem sprzętowym i oprogramowania (punkt 1. Główne założenia), następnie w pkt 2 zatytułowanym „Informacje dotyczące aktualnej konfiguracji systemu telefonicznego PŁ." określono, iż: „Abonencki system telefoniczny Politechniki Łódzkiej (rys. 1) składa się z połączonego zespołu central (Ericsson MD110, Siemens HIPATH400 oraz Datera Call-eX), posiadający wspólny zespół interfejsów E1 (ISDN 30B+D dla przyłączenia do PSTN. Wszyscy abonenci telefonii stacjonarnej przyłączeni są do w/w central poprzez sieć wewnętrzną Politechniki Łódzkiej. Przedmiotem postępowania jest modernizacja jedynie fragmentu infrastruktury w obrębie węzła MD110, będącego starszą wersją nowoczesnych rozwiązań MX-One."

Zamawiający określił w SWZ wymóg dotyczący zmodernizowania jedynie fragmentu infrastruktury w postaci centrali telefonicznej MD110. Powyższe oznacza zatem,
że zamawiający wymagał, by wszystkie funkcjonujące w obrębie sieci telefonicznej PŁ terminale abonenckie pozostały bez zmian. Rozwiązanie technologiczne jakim jest centrala Ericsson MD110 jest powszechnie znane na rynku dostawców central telefonicznych. Przygotowując OPZ dedykowany do profesjonalnych firm wdrażających rozwiązania telekomunikacyjne nie mogło budzić wątpliwości, iż wskazanie, że zamawiający dysponuje centralą MD110 będzie dla każdego z wykonawców dostateczną informacją, jakimi interfejsami dysponuje i z jakimi typami telefonów może współpracować.

Powyższy opis był w ocenie Izby wystarczającą informacją, iż modernizowany system MD110 ze wszystkimi swoimi funkcjonalnościami ma zostać zachowany, a zamówienie polega jedynie na jego unowocześnieniu.

W związku z powyższym założenie, iż twierdząca odpowiedź na pytanie nr 6 stanowi zupełnie nowe wymaganie OPZ jest u podstawy błędna. Nie można zakładać, iż w trakcie modernizacji celem zamawiającego byłaby utrata pewnego zakresu funkcjonalności, który już posiadała infrastruktura Politechniki Łódzkiej.

Zdaniem Izby, nie doszło do żadnej modyfikacji albowiem OPZ od początku zakładał konieczność takiej kompatybilności, co wynika z tego, iż przedmiotem zamówienia jest „Modernizacja Głównej Centrali Telefonicznej Politechniki Łódzkiej w budynku A22-Wydział Mechaniczny" przy czym zgodnie z pkt 1 OPZ (pn. Główne założenia) Modernizacja Głównej Centrali telefonicznej Politechniki Łódzkiej MD110 ma polegać na<u>zaktualizowaniu do najnowszej wersji pod kątem sprzętowym i oprogramowania</u>.

<u>Bezspornym jest, że centrala MD110 to centrala telefoniczna marki Ericsson</u>.

Jak wynika z powyższego przedmiotem zamówienia nie jest wymiana centrali na inną
(tj. na centralę innego producenta), ale dokonanie modernizacji skonkretyzowanej jako <u>aktualizacja do najnowszej wersji posiadanego przez zamawiającego sprzętu
i oprogramowania.</u>

W ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany był zaoferować licencje abonenckie wskazane w pkt 4.2. OPZ, (…), w tym 1824 elastycznych licencji dla użytkowników numerów pozwalające na użytkowanie dowolnego abonenckiego urządzenia końcowego (migracja 1816 licencji z MD110 do aktualnej wersji + 8 szt. nowych licencji).

Jak wynika z powyższego przedmiotem zamówienia nie jest zakup nowych licencji do innego oprogramowania, ale podniesienie już posiadanych 1816 licencji dla centrali MD110 do ich najnowszej wersji, zakup nowych licencji dotyczy wyłącznie 8 sztuk.

Z postanowienia tego wynika, że przedmiotem zamówienia jest aktualizacja oprogramowania centrali Ericsson do nowszej wersji, a nie zaoferowanie zupełnie innego rozwiązania.

Jak wynika z powyższego, zamawiający nie przewidział, by modernizacji, w tym wymianie na inne, podlegały telefony systemowe. Posiadane przez zamawiającego telefony pozostawały zatem poza przedmiotem zamówienia. Oczywistym jest zatem, że wszelkie modernizacje sprzętowe jakie oferował wykonawca musiały być oparte na wymaganiu,
iż muszą być zgodne z posiadanymi i nie polegającymi wymianie telefonami systemowymi zamawiającego.

Tym samym, odpowiedź zamawiającego z dnia 17 maja 2021 r., nie wprowadziła żadnych nowych wymagań. Wymagania, które kwestionuje odwołujący wynikały od początku z opisu przedmiotu zamówienia.

Jeżeli zamiarem odwołującego było oferowanie innego produktu, tj. zaoferowanie wymiany centrali Ericsson na inną, to od chwili wszczęcia postępowania OPZ tego nie dopuszczał. A zatem już w dacie 12 maja 2021 roku, rozpoczynał się termin na wniesienie odwołania i kwestionowanie postanowień SWZ oraz OPZ.

Zdaniem Izby, odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 24 maja 2021 roku, próbował przywrócić sobie „utracony" już termin na skuteczne wniesienie odwołania, gdyż w ocenie Izby, odwołujący od początku, jako profesjonalista, był świadomy zakresu przedmiotu zamówienia i zdawał sobie sprawę, co wchodzi w jego zakres.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że odwołujący nie dochował terminu na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego z dnia 12 maja 2021 r. (publikacji ogłoszenia oraz SWZ i OPZ). Przyjmując argumentację odwołującego, doszłoby w zasadzie do wydłużenia terminu na wniesienie odwołania, a termin ten, jako zawity nie podlega przywróceniu. Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437),
z którego wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący:……..……..