Sygn. akt KIO 1285/22

WYROK

z dnia 31 maja 2022r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2022 r. przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-478 Warszawa

przy udziale:

1. wykonawcy Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

2. wykonawcy T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu dotyczącego modyfikacji dokumentów zamówienia prowadzącej do braku określenia maksymalnej wartości prawa opcji.

2. Odrzuca zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut dotyczący niejednoznacznego określenia kryterium oceny ofert w związku z dopuszczeniem technologii LTE w nieokreślonym

zakresie (indywidulane ustalenia).

3. Oddala odwołania w pozostałym zakresie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

4.2. zasądza od wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa na rzecz zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-478 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)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 1285/22

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zestawienie i utrzymanie łączy WAN".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 lutego 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 028-071677.

W dniu 12 maja 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Intergrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie dokonanie następujących czynności niezgodnych z ustawą:

1. Modyfikację opisu przedmiotu zamówienia, prowadzącą do tego, że opis przedmiotu zamówienia jest niewyczerpujący, niejednoznaczny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na to, że modyfikacja skutkuje dopuszczeniem w nieokreślonych lokalizacjach (cyt. z odpowiedzi nr 23 „po uzgodnieniu przez Strony") zastosowania technologii LTE dla zestawienia łączy w całym okresie trwania umowy, bez stosowania dla łączy w technologii LTE wymagań w zakresie parametrów oraz przepustowości, co uniemożliwia sporządzenie oferty z uwagi na to, że wykonawca nie wie, w jakim zakresie będzie zobowiązany zastosować droższe technologie, dla których musi zagwarantować parametry jakościowe oraz przepustowość, a w jakim zakresie będzie mógł zastosować tańszą technologię (LTE), bez gwarancji parametrów i przepustowości łącza oraz, w konsekwencji, prowadzi do nieporównywalności ofert, gdyż żadna z ofert nie będzie bazowała na jednoznacznych wymaganiach Zamawiającego, określonych w dokumentach zamówienia, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp (pyt. 23 i 103);

2. Modyfikację dokumentów zamówienia, prowadzącą do tego, że kryterium Przepustowość łączy (P) (Roz. 7.2 SWZ) stało się niejednoznaczne i niezrozumiałe oraz nie jest możliwe do weryfikacji i pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na dopuszczenie w nieokreślonych lokalizacjach (cyt. z odpowiedzi nr 23 „po uzgodnieniu przez Strony") zastosowania technologii LTE dla zestawienia łączy w całym okresie trwania umowy bez stosowania dla łączy w technologii LTE wymagań w zakresie przepustowości, co oznacza, że:

• łącza w technologii LTE (w przeciwieństwie do łączy w innych technologiach) nie muszą zapewniać oferowanej przepustowości dla danej grupy przepustowości, za którą wykonawca ma uzyskać większą punktację, a tym samym zmniejszają ilość łączy, w których należy zapewnić przepustowość, aby uzyskać wyższą punktację,

• wykonawcy nie wiedzą, w jakich lokalizacjach mogą skorzystać z tańszej technologii LTE bez gwarantowanej przepustowości w poszczególnych grupach przepustowości,

co w konsekwencji sprawia, że kryterium oceny ofert Przepustowość (P) jest niejednoznaczne, gdyż wykonawca nie wie, jakie musi zaoferować świadczenie, aby było ono wystarczające do uzyskania powiększonej punktacji, a dodatkowo kryterium to jest nieweryfikowalne na etapie badania i oceny ofert, gdyż możliwość zastosowania łączy LTE w lokalizacjach w danych grupach

przepustowości będzie ustalana dopiero na etapie realizacji umowy („po uzgodnieniach przez Strony"), co prowadzi do naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (pyt. 23 i 103);

3. Modyfikację dokumentów zamówienia, która sprawia, że:

• nie zostały określone warunki wymagane dla zastrzeżenia prawa opcji, co do określenia maksymalnej wartości (wielkości) prawa opcji z uwagi na brak podania okresu trwania dzierżawy urządzeń CPE;

• opis przedmiotu zamówienia w zakresie prawa opcji jest niejednoznaczny, niewyczerpujący i nie uwzględnia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zaniechanie wskazania okresu trwania dzierżawy i ilości urządzeń, jakie mają być dzierżawione w ramach prawa opcji w danym czasie,

co uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty w odniesieniu do prawa opcji i jednocześnie sprawia, że co do prawa opcji nie została określona maksymalna wartość (wielkość) zamówienia, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 441 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp (Pyt. 116, mod. 21).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany dokumentów zamówienia poprzez:

1) Precyzyjne określenie czasu przez jaki może być świadczone łącze tymczasowe LTE - nie dłużej niż 2 miesiące, albo

2) W przypadku dopuszczenia technologii LTE przez cały okres trwania umowy, dokonanie łącznie następujących zmian:

a) Wskazanie lokalizacji, w których dopuszcza zastosowanie technologii LTE przez cały okres trwania umowy oraz

b) Zastrzeżenie, że Wykonawca może zastosować łącze w technologii LTE przez cały okres trwania umowy, ale musi zapewnić gwarancję przepustowości pasma na poziomie 100% zadeklarowanego pasma w formularzu ofertowym oraz

c) Zastrzeżenie, że Wykonawca może zastosować łącze tymczasowe LTE ale musi ono spełnić parametry jakościowe określone w załączniku nr 2 do umowy.

3) Jednoznaczne określenie, na jaki okres oraz ile urządzeń CPE w danym okresie ma zostać wydzierżawionych w ramach prawa opcji, albo

4) Zmianę dokumentów zamówienia poprzez usunięcie ceny za prawo opcji z kryterium CENA.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu nr 1 Odwołujący podniósł, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 23 z dnia 2 maja 2022 r. Zamawiający zmienił dotychczasowe postanowienia dokumentów zamówienia stwierdzając, że „(...) tymczasowe użycie łącz będzie analizowane przez Zamawiającego w sposób indywidualny dla każdej zgłoszonej lokalizacji. W związku z powyższym łącza LTE mogą być dopuszczone w szczególnych przypadkach zarówno w okresie-wdrożeniowo technicznym, jak i w trakcie trwania Umowy po uzgodnieniu przez Strony.".

Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 103 z dnia 2 maja 2022 r. dotyczące tego, czy Zamawiający potwierdza, że łącza LTE mają spełniać wymagania dotyczące przepustowości, parametrów oraz czasu wykorzystania łączy w technologii LTE, Zamawiający stwierdził, że „(...) nie potwierdza wymagań wskazanych w treści pytania w pkt a) - c) [dot. przepustowości, parametrów jakościowych oraz limitu czasowego wykorzystania łączy w technologii LTE - Odwołujący]. Dalej patrz odpowiedź na pytanie 23.".

Dopuszczenie technologii LTE oznacza, że wykonawcy mogą, przez cały okres realizacji, skorzystać z technologii nie gwarantującej przepustowości, ani parametrów jakościowych wymaganych przez Zamawiającego, co znajduje odzwierciedlenie w odpowiedziach Zamawiającego, który sam wyklucza łącza zestawione za pomocą

technologii LTE zarówno z wymagań dotyczących przepustowości, jak i parametrów jakościowych (odp. 103). Usługi realizowane z wykorzystaniem technologii LTE nie są przeznaczone do realizacji profesjonalnych łączy transmisji danych w sieciach WAN, tzn. łączy z określonymi wymaganiami jakościowymi i niezawodnościowymi.

Wobec powyższego dla usług wymagających stabilnego dostępu do sieci należy stosować łącza bazujące na sieci stacjonarnej. Siła zasięgu LTE to wypadkowa wielu czynników, w tym nawet pogody. Oznacza to, że po zmianie z dnia 2 maja 2022 r. wykonawcy mogą skorzystać przy realizacji zamówienia z tańszej technologii, która nie gwarantuje parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego, ale jednocześnie wykonawcy nie wiedzą, w jakim zakresie (dla jakich lokalizacji) muszą zaoferować technologie inne niż LTE, dla których muszą zagwarantować przepustowość oraz parametry, a w jakim będzie wystarczające zestawienie łączy LTE, gdyż będzie to dopiero wynikiem „uzgodnień Stron" umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający ma swobodę w kształtowaniu wymagań i jeśli nie potrzebuje odpowiednich parametrów jakościowych łączy, ani przepustowości łączy to powinien to w sposób jednoznaczny określić w dokumentach zamówienia, że nie oczekuje określonej przepustowości, ani parametrów jakościowych, ewentualnie, że nie oczekuje ich w określonych lokalizacjach. Na skutek odpowiedzi nr 23 i 103 z dnia 2 maja 2022 r. Zamawiający w istocie odstąpił od swoich wymagań jakościowych, co do części łączy, ale nie określił, których łączy to dotyczy. Uniemożliwia to wykonawcy sporządzenie oferty, a w szczególności skalkulowanie jej ceny. Dodatkowo prowadzi to również do nieporównywalności ofert, gdyż zależnie od podejścia wykonawców mogą oni w sposób odmienny kalkulować cenę oferty. Nierzetelni wykonawcy mogą zakładać, że wszędzie, gdzie to możliwe zaoferują łącza w technologii LTE, podczas gdy rzetelni wykonawcy uznają wykorzystanie łączy w technologii LTE jedynie w ostateczności. Ci ostatni zostaną za to „ukarani" w kryterium CENA, gdyż ich oferta będzie w sposób istotny droższa z uwagi na to, że technologia LTE oraz brak ryzyka związanego z niezapewnieniem parametrów i przepustowości w znaczącym stopniu pozwala obniżyć cenę oferty. Jednocześnie Zamawiający będzie weryfikował technologię łączy - dopuszczalność LTE - na etapie realizacji umowy, co w konsekwencji może doprowadzić do tego, że Zamawiający w postępowaniu uzyska sieć WAN niespełniającą jego wymagań.

Odnośnie zarzutu nr 2 Odwołujący podniósł, że odpowiedzi z dnia 2 maja 2022 r. prowadzą do tego, że kryterium oceny ofert Przepustowość (P) staje się niejednoznaczne, niezrozumiałe oraz niemożliwe do zweryfikowania. Modyfikacje wynikające z odpowiedzi na pytania nr 23 i 103 z dnia 2 maja 2022 r. pozwalają na zastosowanie łączy w technologii LTE przez cały okres trwania umowy, a dodatkowo, do tych łączy nie będą stosowane wymagania związane z oferowaną przepustowością. Zamawiający nie określił jednak, w jakim zakresie (dla jakich lokalizacji) dopuści zastosowanie takich łączy, zastrzegł, że dojdzie do tego w toku „uzgodnień Stron" na etapie realizacji umowy. Taka modyfikacja nie tylko uniemożliwia prawidłową kalkulację cenę oferty, uniemożliwiając oszacowanie przez wykonawcę, w jakim zakresie będzie mógł posłużyć się tańszymi łączami w technologii LTE, bez ryzyk związanych z zapewnieniem oferowanej i gwarantowanej przepustowości oraz parametrów jakościowych łącza. Ta modyfikacja sprawia również, że kryterium oceny ofert Przepustowość (P) staje się niejednoznaczne, niezrozumiałe i niemożliwe do weryfikacji na etapie składania ofert.

Oznacza to, że każde łącze w technologii LTE zmniejsza ilość łączy, które należy zestawić z gwarantowaną przepustowością (w technologii innej niż LTE), aby uzyskać wyższą punktację w danej grupie przepustowości w kryterium Przepustowość (P). Zamawiający nie określił jednak liczby lokalizacji, w których możliwe jest skorzystanie z technologii LTE przez cały okres trwania umowy, a w konsekwencji nie określił jakie świadczenie wykonawca musi zaoferować, aby uzyskać większą liczbę punktów, co sprawia, że kryterium jest niejednoznaczne.

Dodatkowo podniósł, że kryterium Przepustowość staje się nieweryfikowalne. Zgodnie z odp. na pyt. nr 23 dla możliwości zastosowania technologii LTE decydujące będą „uzgodnienia przez Strony" dokonywane dopiero na etapie realizacji umowy. Tym samym na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie będzie mógł zweryfikować, czy zaoferowane przez danego wykonawcę świadczenie będzie uprawniało do tego, aby przyznać temu wykonawcy dodatkowe punkty. Jeśli bowiem wykonawca ten przewidział technologię LTE dla łącza w danej grupie przepływności w lokalizacji, w której Zamawiający jej nie dopuścił, a punkty są przyznawane za zwiększoną przepustowość dla wszystkich łączy w danej grupie przepustowości, to okaże się, że ten wykonawca nie powinien był uzyskać większej ilości punktów i być może wynik postępowania powinien był być inny. Tego jednak Zamawiający nie będzie w stanie stwierdzić aż do etapu realizacji zamówienia.

Odnośnie zarzutu nr 3 Odwołujący podniósł, że w świetle odpowiedzi nr 116 i modyfikacji nr 21 z dnia 2 maja 2022 r. należy stwierdzić, że Zamawiający nie spełnił

wymagania określonego w art. 441 pkt 1) Pzp. Zgodnie z odpowiedzią nr 116 i modyfikacją nr 21 przedmiotem prawa opcji ma być ewentualna dzierżawa routerów CPE. Dla obliczenia maksymalnej wartości prawa opcji w przypadku dzierżawy urządzeń CPE nie jest wystarczające podanie ilości urządzeń. Z punktu widzenia kalkulacji przez wykonawcę oferty na dzierżawę urządzeń, co jest konieczne dla sporządzenia oferty, niezbędna jest również informacja o tym w jakim okresie dana ilość urządzeń ma zostać wydzierżawiona, w tym czas trwania oraz moment rozpoczęcia dzierżawy.

Inaczej rzecz ujmując, tak jak nie jest dla sporządzenia oferty w przypadku prawa opcji polegającego na dzierżawie urządzeń wystarczający jedynie okres dzierżawy, bo wówczas wykonawca nie zna ilości urządzeń, które ma wydzierżawić, tak samo nie jest wystarczająca ilość urządzeń bez okresu dzierżawy. W inny sposób będzie kalkulowana dzierżawa 100 urządzeń przez okres miesiąca, a inaczej dla tej samej liczby urządzeń przez okres dwóch lat, podobnie jak inaczej będzie kalkulowana cena dzierżawy 10 urządzeń na trzy lata, a inaczej 200 urządzeń na tydzień. Innymi słowy wykonawca, aby prawidłowo skalkulować okres dzierżawy musi mieć wiedzę zarówno na temat ilości urządzeń, jak i okresu trwania dzierżawy (w tym rozpoczęcia świadczenia dzierżawy). Sama ilość urządzeń nie określa maksymalnej wartości (wielkości) prawa opcji, skoro ma ono polegać na dzierżawie urządzeń.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający dla określenia terminów realizacji prawa opcji posługuje się datami kalendarzowymi (przed 01.01.2023 r. i po 01.01.2023 r.), które to daty z uwagi na przebieg postępowania już w chwili obecnej stały się nieaktualne. W związku z przedłużającym się postępowaniem, Zamawiający powinien określić okresy dla prawa opcji nie za pomocą dat kalendarzowych, lecz za pomocą przedziałów czasowych określonych w dniach od podpisania umowy. Zamawiający określił termin na wdrożenie 6 miesięcy. Dotychczasowy przebiegu postępowania wskazuje na to, że data 01.01.2023 r. będzie datą przypadającą przed zakończeniem okresu wdrożeniowo-technicznego.

Warianty można mnożyć, co tylko podkreśla niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia w zakresie prawa opcji, oraz fakt, że w rzeczywistości maksymalna wartość prawo opcji nie została określona w dokumentach zamówienia. W związku z tym podane dane w SWZ są niewystarczające dla wykonawcy by prawidłowo wycenić ofertę w tym zakresie. Dodatkowo, złożone przez Wykonawców oferty nie będą porównywalne, ponieważ każdy z wykonawców przyjmie inne założenia ile routerów i w którym miesiącu świadczenia umowy zamawiający zamówi w ramach dzierżawy routera CPE, by wykonawca uzyskał zysk pozwalający na pokrycie kosztów związanych z zakupem routerów, serwisem i licencjami.

W dniu 13 maja 2022 r. Zamawiający kopię otrzymanego odwołania zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz przekazał za pośrednictwem poczty elektronicznej Wykonawcom znanym Zamawiającemu na tym etapie postępowania.

W dniu 16 maja 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej wykonawcą „Netia", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopię przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 16 maja 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej wykonawcą „T-Mobile", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopię przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu

W dniu 25 maja 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, modyfikacje SWZ, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby

ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Netia oraz wykonawcy T-Mobile do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępujących wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Odwołujący cofnął na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu dotyczącego modyfikacji dokumentów zamówienia prowadzącej do braku określenia maksymalnej wartości prawa opcji, dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 441 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie podlega umorzeniu.

Izba odrzuciła zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut niejednoznacznego określenia kryterium oceny ofert w związku z dopuszczeniem technologii LTE w nieokreślonym zakresie („indywidulane ustalenia").

Izba bowiem ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 7 „Kryteria i zasady oceny ofert. Aukcja elektroniczna", pkt 7.2. „Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty" jako jedno z kryteriów wskazał:
„- Przepustowość łączy (P) - waga podana w 40%", podając sposób oceny w ramach tego kryterium:

„Kryterium „Przepustowość łączy" (P) będzie oceniane na podstawie informacji podanej

przez Wykonawcę w formularzu „Oferta". Kryterium stanowi suma przepustowości łączy w warstwie sieci (L3) dla grup przepustowości (Tabela 2 w treści Załącznika nr 1 do Projektowanych postanowień umowy - Załącznik nr 2 do SWZ). W tym kryterium można

uzyskać maksymalnie 40 punktów (...). „Przepustowość łączy" zostanie obliczona według następującego wzoru: P = (oferowana suma Przepustowości grup w ofercie

badanej/największa zaoferowana suma Przepustowości grup)*40.".

Pismem z dnia 3 marca 2022 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ, wskazując:

„7. W pkt 7.2. SWZ, w tabeli dotyczącej kryteriów oceny ofert, wiersz dotyczący kryterium „Przepustowość łączy (P)" kolumna „Sposób oceny" otrzymuje brzmienie:

„Kryterium „Przepustowość łączy" (P) będzie oceniane na podstawie informacji podanej przez Wykonawcę w formularzu „Oferta". Kryterium stanowi suma przepustowości łączy w warstwie sieci (L3) dla grup przepustowości (Tabela 2 w treści Załącznika nr 1 do

Projektowanych postanowień umowy - Załącznik nr 2 do SWZ). W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 40 punktów. Przyznane punkty zostaną zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku. Liczba punktów w kryterium „Przepustowość łączy" zostanie obliczona według następującego wzoru:

P = (oferowana suma przepustowości grup w ofercie badanej/ największa zaoferowana suma Przepustowości grup)*40

gdzie suma Przepustowości grup to suma wartości wskazanych przez Wykonawcę w pkt

2.2.1. Formularza Oferty w kolumnie „Oferowana przepustowość łącza w warstwie sieci (L3) [Mb/s]", w wierszach od 1 do 5, odpowiednio dla oferty badanej (licznik ułamka) oraz oferty z największą zaoferowaną sumą Przepustowości grup (mianownik ułamka)".

Jednocześnie Zamawiający zastrzega, że oferowana przepustowość łączy dla danej grupy przepustowości nie może być wyższa niż przepustowość dla wyższej grupy przepustowości, tj.: E < D < C < B < A.

8. W pkt 7.3.3. SWZ w uwadze zamieszczonej pod „Tabela 2 Grupy przepustowości łączy" dodaje się kolejne zdanie o brzmieniu:

„W przypadku wskazania przez Wykonawcę w pkt 2.2.1. Formularza Oferty oferowanej przepustowości łącza dla danej grupy przepustowości powyżej maksymalnej dopuszczalnej prędkości przez Zamawiającego, zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w pkt 7.2. w tabeli 5 / 5 dotyczącej kryteriów oceny ofert, wiersz dotyczący kryterium „Przepustowość łączy (P)" kolumna „Sposób oceny", oferta ta zostanie odrzucona.".

Zamawiający w dniu 2 maja 2022 r. opublikował „Wyjaśnienia (2) i modyfikacje (3) treści SWZ", w których przekazał wykonawcom informację o dokonanych zmianach treści

SWZ i udostępnił treść zapytań (z zachowaniem oryginalnej pisowni) wraz wyjaśnieniami (pkt I) i modyfikacjami (pkt II) na stronie prowadzonego postępowania, w tym:

„Pytanie 23

W Załączniku nr 6 do umowy pkt. 7.3 Zamawiający dopuszcza tymczasowo łącze LTE, po uzyskaniu wcześniejszej zgody Zamawiającego. Czy powyższe dotyczy okresu wdrożeniowo - technicznego (okres testowy) opisanego we wzorze Umowy par. 2 ust. 1.1, czy również późniejszego tj. w okresie świadczenia usług WAN KSI ZUS opisanego we wzorze Umowy par. 2 ust. 1.2 ?

Odpowiedź na pytanie 23

Zamawiający informuje, że tymczasowe użycie łącz będzie analizowane przez Zamawiającego w sposób indywidualny dla każdej zgłoszonej lokalizacji. W związku z powyższym łącza LTE mogą być dopuszczone w szczególnych przypadkach zarówno w okresie-wdrożeniowo technicznym jak i w trakcie trwania Umowy po uzgodnieniu przez Strony.

(...)

Pytanie 103

Załącznik nr 6 pkt. 7 ppkt. 7.3:

7.3. Po uzyskaniu wcześniejszej zgody Zamawiającego dopuszcza się stosowanie łączy LTE, jako łączy tymczasowych.

Zwracamy się z prośba o potwierdzenie, że:

a) stosując łącze LTE Wykonawca ma zapewnić zaoferowana przepustowość łącza

b) stosując łącze LTE Wykonawca ma zapewnić wymagane w SWZ parametry jakościowe

łącza prosimy o wyjaśnienie: 35 / 61

c) w jakim maksymalnie czasie łącze może działać w technologii LTE?

Odpowiedź na pytanie 103

Zamawiający nie potwierdza wymagań wskazanych w treści pytania w pkt a) - c). Dalej patrz odpowiedź na pytanie 23.".

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania w dniu 3 marca 2022 r. dokonał modyfikacji SWZ w zakresie jednego z kryteriów oceny ofert, tj. kryterium „Przepustowość" i była to ostania modyfikacja faktycznie dotycząca tego kryterium. Natomiast Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 23 i 103, wyjaśnił jedynie kwestie związane z łączem LTE. Nie dokonał jednak, wbrew twierdzeniom Odwołującego, żadnej modyfikacji SWZ w tym zakresie. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten jest spóźniony i podlega odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na dopuszczenie technologii LTE w nieokreślonym zakresie („uzgodnione przez

Strony") - zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 2 maja 2022 r. opublikował „Wyjaśnienia (2) i modyfikacje (3) treści SWZ". Pismem tym przekazał informację o dokonanych zmianach treści SWZ i udostępnił treść zapytań (z zachowaniem oryginalnej pisowni) wraz wyjaśnieniami (pkt I) i modyfikacjami (pkt II) na stronie prowadzonego postępowania. I tak:

„Pytanie 23

W Załączniku nr 6 do umowy pkt. 7.3 Zamawiający dopuszcza tymczasowo łącze LTE, po uzyskaniu wcześniejszej zgody Zamawiającego. Czy powyższe dotyczy okresu wdrożeniowo - technicznego (okres testowy) opisanego we wzorze Umowy par. 2 ust. 1.1, czy również późniejszego tj. w okresie świadczenia usług WAN KSI ZUS opisanego we wzorze Umowy par. 2 ust. 1.2 ?

Odpowiedź na pytanie 23

Zamawiający informuje, że tymczasowe użycie łącz będzie analizowane przez Zamawiającego w sposób indywidualny dla każdej zgłoszonej lokalizacji. W związku z powyższym łącza LTE mogą być dopuszczone w szczególnych przypadkach zarówno w okresie-wdrożeniowo technicznym jak i w trakcie trwania Umowy po uzgodnieniu przez Strony.

(...)

Pytanie 103

Załącznik nr 6 pkt. 7 ppkt. 7.3:

7.3. Po uzyskaniu wcześniejszej zgody Zamawiającego dopuszcza się stosowanie łączy LTE, jako łączy tymczasowych.

Zwracamy się z prośba o potwierdzenie, że:

a) stosując łącze LTE Wykonawca ma zapewnić zaoferowana przepustowość łącza

b) stosując łącze LTE Wykonawca ma zapewnić wymagane w SWZ parametry jakościowe

łącza prosimy o wyjaśnienie: 35 / 61

c) w jakim maksymalnie czasie łącze może działać w technologii LTE?

Odpowiedź na pytanie 103

Zamawiający nie potwierdza wymagań wskazanych w treści pytania w pkt a) - c). Dalej patrz odpowiedź na pytanie 23.".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Oznacza to, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia ma bowiem wskazywać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia. SWZ powinna być dokumentem czytelnym i jednoznacznym. Dlatego też wykonawca, mając wątpliwości co do treści SWZ - zgodnie z art. 284 ust. 1 ustawy Pzp - może zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie odpowiednio treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań. Wyjaśnienia powstałych wątpliwości (odpowiedzi na pytania wykonawców) mają bowiem na celu wyeliminowanie wątpliwości co do brzemienia SWZ.

Przedmiotem zamówienia jest - zgodnie z rozdziałem 2 SWZ - świadczenie kompleksowych usług sieci rozległej WAN KSI ZUS na rzecz Zamawiającego w zakresie: transmisji danych, dzierżawy i zarządzania urządzeniami, szkoleń oraz świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego dla wszystkich dostarczonych przez Wykonawcę urządzeń i oprogramowania, którego szczegółowy opis zawarty został w Załączniku nr 2 do SWZ - Projektowanych postanowieniach umowy w par. 1 - 5 i 8 oraz załącznikach 1 - 3 i 6.

W świetle powyższe Zamawiający wykluczył możliwość budowania łącza dostępowego w oparciu o technologię LTE, dopuszczając jednocześnie możliwość zastosowania łączy LTE jako łączy tymczasowych. Tak więc Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 23 oraz 103, jedynie potwierdził wymagania postawione wcześniej w SWZ. Wskazał bowiem, iż zastosowanie łączy LTE ma nadal charakter tymczasowy. Powyższe wynika z treści dokumentów zamówienia, w tym z SWZ i projektu umowy. Zamawiający wymaga zastosowania łączy transmisji danych w sieciach WAN, tj. łączy o określonej przepustowości oraz określonych parametrach jakościowych. A tych wymagań, co jest bezsporne, nie spełniają łącza w technologii LTE. Użycie takiego łącza będzie więc możliwe tylko i wyłącznie w sytuacjach szczególnych, tj. w sytuacjach, których na tym etapie postępowania nie da się przewidzieć. Nie jest bowiem obecnie możliwe wskazanie lokalizacji, w których taka sytuacja będzie miała miejsce. Zamawiający wyjaśnił, że tego typu sytuacji w trakcie realizacji aktualnie obowiązującej umowy było kilka i wszystkie były konsekwencją przeniesienia określonych lokalizacji w inne miejsce (np. na czas remontu) i brakiem możliwości przeniesienia dotychczas posiadanych łączy. Sytuacja taka może nastąpić zarówno w okresie wdrożeniowo -technicznym, jak i w trakcie trwania umowy. Nie oznacza to jednak, że łącze to jest łączem dopuszczonym do realizacji usługi przez cały okres trwania umowy. Jeśli bowiem taka sytuacja wystąpi to każdorazowo będzie ona indywidualnie analizowana a przełączenie z sieci tymczasowych będzie musiało nastąpić w terminie od 60 do 90 dni. Tymczasowość w świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 103 oznacza, że nie muszą w tym okresie być spełnione wszystkie parametry łączy. Tak więc może być zastosowane łącze LTE. Jednak docelowo ma to być inne łącze (wynika to z załącznika 1 i 2 do umowy), łącze spełniające wszystkie parametry przepustowości i jakości. Łącze docelowe jest bowiem kluczowym elementem umowy, który musi spełniać wszystkie wymogi postawione przez Zamawiającego w SWZ. Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie zrezygnował z wymogów stawianych docelowym łączom dostępowym. Wprowadzenie zapisu dotyczącego czasowego dopuszczenia łączy LTE, jak podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ma na celu tylko i wyłącznie zabezpieczenie zachowania ciągłości świadczonych usług, a tym samym zapewnienie stałego dostępu do sieci. Decyzja o zastosowaniu łączy LTE będzie decyzją obydwu stron umowy, rozpatrywaną indywidulanie w odniesieniu do każdej zgłoszonej lokalizacji. Będzie bowiem dotyczyła tylko szczególnych przypadków. Tym samym Izba uznała, że zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia 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: .....