Sygn. akt: KIO 4218/24

WYROK
z dnia 6 grudnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Justyna Tomkowska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 grudnia 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 listopada 2024 roku** przez **wykonawcę M.A. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą BEMIT M.A. z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego działa Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **Przystępującego - wykonawcy Comtel Import-Eksport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert w części 7 zamówienia, następnie nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia w zakresie braku wymaganych 4 portów E1 podłączonych poprzez tor optyczny, a także ponowienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

Kosztami postępowania obciąża Przystępującego - **Comtel Import-Eksport Spółka ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i Odwołującego - **M.A. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą BEMIT M.A. z siedzibą w Warszawie** w następujący sposób**:**

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę

3 617 zł 00 (słownie: trzech tysięcy sześciuset siedemnastu złotych zero groszy) poniesioną przez **Przystępującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

3.2.znosi między Stronami koszty składające się na wynagrodzenie pełnomocników;

3.3.zasądza od Przystępującego– **Comtel Import-Eksport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz – Odwołującego **M.A. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą BEMIT M.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem ½ wpłaconego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:

……

KIO 4218/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") pn. „Urządzenia telekomunikacyjne – Część 7". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej OJ S 64/2024 29/03/2024.

Dnia 12 listopada 2024 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. art. 513 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca M.A. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą BEMIT M.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie wobec niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na :

1/zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Comtel Import-Eksport Sp. z o.o.(dalej jako „Comtel") – w części 7 zamówienia;

2/ zaniechania wezwania wykonawcy Comtel do złożenia wyjaśnień treści oferty w części 7 zamówienia;

3/ czynności polegającej na wyborze oferty Comtel – w części 7 zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1/art. 226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp przez pominięcie przepisu w stosunku do oferty Comtel;

2/art. 223 ust.1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Comtel do złożenia wyjaśnień treści oferty (zarzut ewentualny);

3/art. 239 ust. 2 ustawy Pzp przez bezzasadne zastosowanie jako skutku naruszeń z pkt 1/ i 2.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

1/nakazanie unieważnienia czynności z dnia 31 października 2024 roku wyboru oferty Comtel;

2/nakazanie odrzucenia oferty Comtel;

3/powtórzenia oceny ofert, w tym w przypadku oddalenia odwołania w zakresie zarzutu 2/ - wezwanie Comtel do złożenia wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący dowiedział się o skarżonych czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu 31 października 2024 roku, tj. w dniu publikacji na stronie internetowej pisma o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący podkreślił, że ubiega się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania w obu zadaniach, co zamanifestował składające ofertę w postepowaniu.

W części 7 zamówienia Zamawiający dokonał wyboru oferty Comtel, pomimo iż oferta podlega odrzuceniu. W braku naruszeń przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, postępowanie zakończyłoby się wyborem oferty Odwołującego. W konsekwencji zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają wybór ofert Odwołującego oraz realizację przez Odwołującego przedmiotu zamówienia oraz osiągnięcia przez Odwołującego z tego tytułu zysku, zatem skutkuje szkodą Odwołującego w postaci utraconych korzyści.

1/Zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia w obszarze części 7 Zamówienia są urządzenia telekomunikacyjne. W pozycji 7 formularza cenowego konwerter/multiplekser 60 analogowych linii telefonicznych NADAJNIK/ODBIORNIK Comt zaoferował urządzenia BT-FXO-60CH-4FE-SFP i BT-FXS-60CH4FE-SFP. Numeracja wierszy formularza pomija poz (zapewne błąd edycyjny).

Wymagania dla konwerter/multiplekser 60 analogowych linii telefonicznych NADAJNIK/ODBIORNIK znajdują się OPZ dla części 7 (Załącznik nr 1 do SWZ) poz. 6.

Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

A/Funkcje multipleksera: 4 porty E1 podłączenie poprzez tor optyczny;

B/Dostępne złącza optyczne: SC oraz moduły SFP;

Ad A/

Urządzenia Bitstream BT-FXO-60CH-4FE-SFP i BT-FXS-60CH-4FE-SFP nie posiadają 4 portów E1.

Przed złożeniem oferty w postępowaniu Odwołujący zwrócił się do Bitstream S.A. („Bitstream") o ofertę na urządzenia odpowiadające wymaganiom Zamawiającego w tym na urządzenia konwerter/multiplekser 60 analogowych linii telefonicznych NADAJNIK/ODBIORNIK (cześć 7 poz. 6). W dniu 6 maja 2024 Bitstream przekazał Odwołującem ofertę, która w pkt 25 i 26 obejmowała odpowiednio urządzenia BT-FXO-60CH-4FE-SFP i BT-FXS-60CH-4FE-SFI Ponieważ Odwołujący oczekiwał od Bitstream dostosowania przedmiotu do wymagań Zamawiającego Bitstream sporządził ofertę podając oznaczenie urządzenia oraz dodatkowo wymienił funkcje oferowane przez urządzenia.

Jako dowód Odwołujący złożył ofertę Bitstream z dnia 6 maja 2024 roku – na okoliczność sformułowanego przez Bitstream danych technicznych urządzeń.

Zgodnie z ofertą Bitstream urządzenie BT-FXO-60CH-4FE-SFP zostało opisane w sposób następujący:

Multiplekser interfejsów FXO/FXS na światłowód z Ethernet Interfejs liniowy: Kabel światłowodowy - slot SFF Interfejs: 4x RJ45 (10/100Mb) Ethernet, half/full duplex

auto-negotiation, VLAN, MAC: 4096, Moduł SNMP Zarządzanie: SNMP, Btnet, WWW Interfejs: 60 analogowych lir telefonicznych - FXO z centrali telefonicznej Wymiary: 19" 1U Temperatura pracy: 0 do +50°C Zasilanie: 180~270V AC i 36~72 V DC

Urządzenie BT-FXS-60CH-4FE-SFP zostało opisane w sposób następujący:

„Multiplekser interfejsów FXO/FXS na światłowód z Ethernet Interfejs liniowy: Kabel światłowodowy - slot SFF Interfejs: 4x RJ45 (10/100M) Ethernet, half/full duplex

auto-negotiation, VLAN, MAC: 4096, Moduł SNMP Zarządzanie: SNMP, Btnet, WWW Interfejs: 60 analogowych lir telefonicznych - FXS dla telefonów użytkowników Wymiary: 19" 1U Temperatura pracy: 0 do +50°C Zasilanie:180~270V AC i 36~72 V DC."

Powyższe opisy urządzeń pochodzące od producenta nie powołują portów E1 wymaganych przez Zamawiającego, co oznacza, iż nie posiadają portów E1 i nie spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie 4 porty E1 podłączone przez tor optyczny.

Podkreślenia wymaga, iż oferta Bitstream pochodzi z daty 6 maja 2024 czyli na 1 dzień przed terminem składania ofert (7 maja 2024 roku).

Odwołujący zweryfikował karty katalogowe Bitstream, co uczynił przed złożeniem oferty. Weryfikacja nastąpiła w stosunku do wersji V1.07 czyli najaktualniejszej przed terminem składania ofert.

Zgodnie z opisem kart katalogowych urządzeń Bitstream oznaczenie poszczególnych urządzeń różnią się co jest konsekwencją ich wyposażenia. Szczegóły podano na stronie 4 karty V01.7, z czego wynika iż urządzenie z 4 portami E1 posiada w nazwie symbol 4E1. Oznacza to że urządzenie BT-FXS-60CH-4FE-SFP nie posiada 4 portów E1, a gdyby takie porty posiadało byłoby oznaczone w sposób następujący BT-FXO-60CH-4E1-SFP (oznaczenie 4E1 zgodnie z opisem ze strony 4 karty katalogowej). Analogiczne oznaczenie występowałoby w przypadku BT-FXS-60CH-4FE-SFP (powinno być BT-FXS-60CH-4E1-SFP. Jako dowód Odwołujący załączył do odwołania kartę katalogową V1.07.

Zamawiający w dniu 29 września 2024 roku dokonał wyboru oferty Odwołującego
i odrzucił ofertę Comtel stwierdzając, iż zaoferowane urządzenia nie posiadają portów 4E1.

Comtel zareagował na odrzucenie oferty składając pismo producenta Bitstream potwierdzające, iż w zaoferowanych urządzeniach kart E1 są wyposażeniem standardowym, zatem ich obecność w urządzeniu nie wywołuje konieczności uwzględnienia portów E1
w nazwie urządzenia. Jako dowód Odwołujący przedstawił pismo Comtel z dnia 1 października 2024 roku wraz pismem Bitstream z dnia 1 października 2024 roku oraz kartą katalogową 1.08a-1/. W piśmie Bitstream stwierdził:*„Dodatkowo pragniemy wyjaśnić, że w punkcie 6, część 7, wymagane było urządzenie Multiplekser obsługujący 60 analogowych linii telefonicznych, wyposażony w porty liniowe 4x RJ45 oraz porty E1. Zaproponowane przez nas multipleksery BT-FXO-60CH-4FE-SFP oraz BT-FXS-60CH-4FE-SFP nie posiadają w indeksie oznaczenia E1, ponieważ ta funkcjonalność jes standardem w tych urządzeniach i z tego powodu nie jest uwzględniana w indeksie".*

Na podstawie powyższych wyjaśnień Zamawiający 31 października 2024 roku uchylił wybór oferty Odwołującego i dokonał wyboru oferty Comtel.

Odwołujący wskazał, iż treść wyjaśnień Comtel oraz treść pisma Bitstream pozostaje w sprzeczności z treścią karty katalogowej 1.08a-1. Otóż w tej karcie katalogowej znajduje się analogiczna nota jak w karcie 1.07:

Odwołujący podniósł, iż oparcie się przez Zamawiającego na piśmie Bitstream jako dowodu na okoliczność, iż porty 4E1 stanowią standardowe wyposażenie zaoferowanych przez Comtel urządzeń było nieuzasadnione, ponieważ w dołączonej karcie 1.08a-1 znajdowała się odmienna informacja, iż karty te są opcją, zatem jako opcja podlegały odwzorowaniu w nazwie urządzenia.

Ponadto przedmiotem oferty Comtel z dnia 7 maja 2024 roku mogą być urządzenia dostępne na powyższą datę. Oferta Bitstream skierowana do Odwołującego z daty 6 maja 2024 roku wskazywała, iż urządzenia o tej samej nazwie nie posiadają 4 portów E1. W takim stanie rzeczy należy przyjąć, iż oferta Comtel obejmowała urządzenia BT-FXO-60CH-4FE-SFP i BT-FXS-60CH-4FE-SFP nie posiadające portów E1.

Ponadto karta 1.08a-1 nie była dostępna w dniu 6 maja 2024 roku, co oznacza że powstała po terminie złożenia ofert czyli po złożeniu oferty przez Comtel. Weryfikacja karty 1.08a-1 za pomocą oprogramowania do badania meta danych dokumentów (https://products.groupdocs.app) pozwala na stwierdzenie, iż karta 1.08a-1 została wygenerowana w dniu 30 września 2024 przez p. Dariusza Strój. Jako dowód Odwołujący załączył raport z badania pliku karty. Powyższe wskazuje, iż plik karty przedstawiony Zamawiającemu przez Comtel w dniu 1 października 2024 powstał w dniu 30 września 2024 roku (wybór oferty 29 września 2024 roku, pismo Comtel z dnia 1 października 2024 roku).

Ad B/

Zamawiający wymagał aby urządzenia posiadały dostępne złącza optyczne: SC oraz moduły SFP.

Zaoferowane przez Comtel urządzenia BT-FXO-60CH-4FE-SFP i BT-FXS-60CH-4FE-SFP posiadają gniazdo i wymienne moduły optyczne SFP (na co wskazuje ich symbol), ale nie posiadają wbudowanego modułu optycznego ze złączem SC transmitującego sygnał światłowodowy na długości fali światła 1310nm.

Zamawiający wymagał : Port optyczny liniowy:

✓Obsługa długości fal: 1310nm (światłowód SM);

✓Interfejs optyczny SC;

✓Zasięg transmisji: do 20 km dla światłowodu SM, Porty Ethernet:

✓Prędkość transmisji FE: 10/100 MB; ✓ Łącze 4 x RJ45,

Zgodnie z treścią karty katalogowej 1.07 (str 4) zaoferowane urządzenie zapewnia w zależności od wybranej opcji interfejs optyczny SM lub SM/MM (S, M lub L) oraz SFP.

Zgodnie z treścią karty katalogowej 1.08.1a (str 4) zaoferowane urządzenie zapewnia w zależności od wybranej

opcji interfejs optyczny SM lub SM/MM (S, M lub L) oraz SFP.

Zamawiający w dniu 6 czerwca 2024 roku zwrócił się do Comtel z pytaniem czy zaoferowane urządzenia posiadają moduły SFP. W odpowiedzi w dniu 10 czerwca 2024 roku Comtel potwierdził obecność w urządzeniach modułów SFP ze złączem LC przystosowanych do światłowodu SM pracującym na długości fali światła 1310nm, zasięgu 20km i przepływności 155Mb/s.

Dla urządzeń zaoferowanych przez Comtel z rozszerzeniem SFP nie jest dostępna opcja łącza SC – urządzenie ze złączem SC, zgodnie z kartą katalogową producenta, powinno posiadać rozszerzenie S, w czym Odwołujący upatruje niezgodności zaoferowanych urządzeń z wymaganiem Zamawiającego, aby oprócz wkładki SFP dysponowało interfejsem optycznym SC.

Także oferta Bitstream z dnia 6 maja 2024 roku adresowana do Odwołującego nie zawiera informacji aby zaoferowane urządzenia posiadały interfejs optyczny SC.

Zarzut naruszenia art. 223 ust.1 ustawy Pzp

Zamawiający nie badał zgodności treści oferty z OPZ w zakresie wymagania interfejsu optycznego SC w zaoferowanych urządzeniach BT-FXO-60CH-4FE-SFP i BT-FXS-60CH-4FE-SFP. Z treści pisma Zamawiającego wyborze oferty Odwołującego oraz odrzuceniu oferty Comtel wynika, iż Zamawiającemu jest znana oferta produktowa Bitstream oraz dostępne opcje rozbudowy urządzenia. Pomimo tej wiedzy Zamawiający nie wezwał Comtel do wyjaśnień w zakresie zgodności zaoferowanych urządzeń z wymaganiem co do obecności złącza optycznego SC także z uwagi na możliwość zapoznania się z kartą 1.08.1-a przedstawioną przez Comtel w dniu 1 października 2024 roku, w której złącze to nie figuruje.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 2 ustawy Pzp

Z uwagi na wymienione naruszenia ustawy Pzp, oferta Comtel nie jest ofertą najkorzystniejszymi, a jej wybór narusza art. 239 ust. 2 ustawy Pzp.

W takim stanie rzeczy zdaniem Odwołującego, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk pisemnych Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Comtel Import-Eksport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący
w stanowisku pisemnym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że oparcie się przez Zamawiającego na piśmie Bitstream z 1 października 2024 roku jako dowodu na okoliczność, iż porty 4E1 stanowią standardowe wyposażenie zaoferowanych urządzeń było nieuzasadnione, ponieważ w dołączonej do karty 1.08a-1 znajdowała się odmienna informacja, że karty te są opcją, zatem jako opcja podlegały odwzorowaniu w nazwie urządzenia, a ponadto oferta Bitstream skierowana do Odwołującego z daty 6 maja 2024 roku wskazywała, że urządzenia o tej samej nazwie nie posiadają 4 portów E1, Przystępujący podkreślił, że Odwołujący powołuje się na nieaktualną kartę katalogową urządzeń w wersji V1.07, której publikacja miała miejsce w dniu 28.08.2019 roku. Jednak przed terminem składania ofert - 7 maja 2024 roku, obowiązywała już nowa wersja karty katalogowej V1.08, opublikowana w dniu 06.10.2023 roku.
W żadnej z powyższych wersji karty katalogowej (V1.07 oraz V1.08) nie znajdowały się urządzenia w wersji specjalnej, tj. multipleksery linii analogowych z 60 kanałami, które stanowią rozwiązanie dedykowane. Urządzenia oferowane przez firmę Bitstream posiadają seryjnie wbudowane funkcje multipleksera tj. 4 porty E1 podłączenie poprzez tor optyczny. Jest to opcja standardowa, której zastosowanie wynika z samej konstrukcji urządzenia i aby uzyskać pożądaną funkcjonalność nie ma konieczności technicznego ingerowania w elementy elektroniczne tego urządzenia. Do momentu rozstrzygnięcia postępowania Odwołujący nie wystąpił do Bitstream o doprecyzowanie oferty ani o wyjaśnienia w zakresie dokumentacji. Dopiero w momencie rozstrzygnięcia, tj. 29 września 2024 roku, wykonawca dowiedział się
o zarzutach dotyczących rzekomego braku portów E1 w urządzeniach BT-FXO/FXS-60CH-4FE-SFP. Wówczas Przystępujący niezwłocznie dostarczył uzupełnienie w postaci zaktualizowanej karty katalogowej V1.08a-1, która stanowi rozszerzenie wersji V1.08
i potwierdza zgodność urządzeń z wymaganiami SIWZ. Podjęto wszelkie możliwe działania
w ramach obowiązujących terminów, aby uzupełnić dokumentację zgodnie z wymogami postępowania,

Drugim zarzutem jest to, że dla urządzeń zaoferowanych z rozszerzeniem SFP nie jest dostępna opcja łącza SC. Zdaniem Odwołującego urządzenie ze złączem S, zgodnie

z kartą katalogową producenta, powinno posiadać rozszerzenie S w czym Odwołujący upatruje niezgodności zaoferowanych urządzeń z wymaganiem Zamawiającego, aby oprócz wkładki SFP dysponowało interfejsem optycznym SC.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ oferowane urządzenie powinno posiadać dostępne złącza optyczne: SC oraz moduły SFP. Urządzenia oferowane przez Przystępującego posiadają takie złącza. Urządzenie BT-FXO/FXS-60CH 4FE-SFP jest wyposażone w porty na wkładki światłowodowe, które w ofercie Bitstream obsługują zarówno złącza LC, jak i SC. Zastosowanie technologii modułowej w formie wkładek światłowodowych pozwala na pełną elastyczność w doborze złącz SC lub LC, co spełnia wymagania techniczne Zamawiającego, a jednocześnie zapewnia dodatkową funkcjonalność, którą odrzucenie stałego złącza SC
w pełni uzasadnia. W przypadku ograniczenia urządzenia jedynie do złącza SC, elastyczność w konfiguracji urządzenia zostaje znacząco zmniejszona, co w praktyce prowadziłoby do obniżenia jego funkcjonalności. W związku z tym oferta Przystępującego, przewidująca możliwość wykorzystania wkładek SC i LC, w pełni spełnia zarówno wymagania SIWZ, jak i praktyczne potrzeby eksploatacyjne.

W związku z powyższym urządzenia oferowane przez firmę BITSTREAM spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ, zarówno w zakresie liczby i funkcjonalności portów, jak i zgodności zastosowanych złącz optycznych.

W odpowiedzi na stanowisko Przystępującego, Odwołujący złożył dodatkowe stanowisko pisemne.

Odwołujący podkreślił, że nie ma znaczenia data publikacji karty 1.08 dla urządzenia, gdyż wyjaśnienia Przystępującego, na których Zamawiający oparł wybór oferty powołują się na kartę 1.08a-1, co potwierdza iż karta V1.08.a-1 powstała dopiero na skutek wezwania Przystępującego do wyjaśnień i nie istniała w dacie upływu terminu składania ofert, a więc oferta nie mogła korespondować z parametrami urządzeń wynikającymi z karty V1.08a-1. Jednocześnie tezę o wytworzeniu karty V1.08a-1 dopiero na skutek wezwania Przystępującego do wyjaśnień potwierdza treść oferty Bitstream z maja 2024 roku, z której wynika brak wyposażenia portów E1 w zaoferowanych urządzeniach.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zaoferowane urządzenia powinny posiadać zarówno złącza optyczne SC oraz moduły SFP:*„Dostępne złącza optyczne: SC* ***oraz*** *moduły SFP”,*co wskazuje iż Zamawiający oczekuje, iż będzie mógł korzystać równocześnie zarówno ze złączy SC jak i modułów SFP. Tymczasem Przystępujący:

1/ wskazuje, iż możliwe jest korzystanie albo ze złącza SC albo ze moduły SFP, co wynika z wykorzystania tych samych portów: *„Urządzenie BT-FXO/FXS-60CH-4FE-SFP jest wyposażone w porty na wkładki światłowodowe, które w ofercie BITSTREAM obsługują zarówno złącza LC, jak i SC.”*

2/ wskazuje, iż urządzenie nie posiada stałego łącza SC:*„a jednocześnie zapewnia dodatkową funkcjonalność, którą odrzucenie stałego złącza SC w pełni uzasadnia” - co potwierdza, iż możliwość wykorzystania funkcjonalności SC i SFP ma charakter alternatywny.*

3/ wskazuje na konieczność zastosowania dodatkowych wkładek optycznych, a więc konieczność doposażenia urządzenia w celu skorzystania z łączy SC, co przesądza iż bez takiego doposażenia skorzystania z alternatywnego łącza SC nie jest możliwe.

4/ Nie wyjaśnia braku akronimu „S” w nazwie urządzenia jako potwierdzenia spełniania wymagania zapewniania łącza SC.

W takim stanie rzeczy Odwołujący podtrzymał stanowisko, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 25 listopada 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu.

W ustawowym terminie Przystępujący złożył pisemne oświadczenie, że korzysta
z przysługującego mu prawa i wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

Dodatkowo Przystępujący w stanowisku pisemnym podkreślił, że Odwołujący w swoim piśmie z dnia 21 listopada 2024 r. podnosi, że złożona oferta nie mogła korespondować
z parametrami urządzeń wynikającymi z karty V1.08a-1 oraz że karta V1.08a-1 powstała dopiero na skutek wezwania Przystępującego do wyjaśnień. Ponadto jego zdaniem zaoferowane urządzenia przez wykonawcę nie mogą korzystać z wkładek światłowodowych, które w ofercie BITSTREAM obsługują zarówno złącza LC, jak i SC.

<u>Zarzut dotyczący złączy SC i modułów SFP</u>.

W treści SIWZ został zapisany wymóg, aby multiplekser w swoich funkcjach posiadał złącza SC, a także moduły SFP. Przedstawione przez wykonawcę urządzenia w pełni spełniają te wymagania. Zaproponowane urządzenia posiadają interfejs oparty na modułach SFP oraz zabudowane w tych modułach złącza SC

Odwołujący błędnie interpretuje zapis SIWZ, sugerując konieczność zastosowania jednocześnie:

a) stałego złącza SC,

b) dodatkowego, gniazda na wymienne moduły SFP ze złączem SC.

Przystępujący podkreślił, że złącza SC wymienne i wbudowane pełnią tę samą funkcję i są powszechnie wykorzystywane w różnych systemach. Oba zapewniają stabilne połączenie optyczne w urządzeniach, niezależnie od tego, czy są zamontowane na stałe, czy też mogą być wymieniane, okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia dla jakości pracy urządzenia.

Złącze SC to fizyczne złącze światłowodowe, które jest rodzajem wtyku stosowanego w kablach światłowodowych. Moduł SFP to wymienialny moduł umożliwiający dostosowanie interfejsu urządzenia do medium światłowodowego lub miedzianego oraz rodzaju złącz FO. Co braku akronimu „S" w nazwie urządzenia jako potwierdzenia spełniania wymagania zapewniania łącza SC, to akronim ten nie jest wymagany przy nazwie tego typu urządzeń, ponieważ oznaczenie to nie stosowane przy zastosowaniu modułu SFP. Wobec powyższego twierdzenie, że zawarte w SIWZ wymaganie*"złącza SC oraz modułów SFP"*odnosi się do dwóch niezależnych torów optycznych, jest błędne. SWZ w żaden sposób nie wskazuje na wymóg wyposażenia urządzenia w dwa tory optyczne. W dokumentacji SWZ Zamawiający precyzyjnie określił wymagania dotyczące portu optycznego liniowego, jednak brak jest opisu dotyczącego dwóch osobnych portów. Z technicznego punktu widzenia oraz biorąc pod uwagę specyfikę urządzeń tego typu, zastosowanie dwóch torów optycznych w oferowanym rozwiązaniu nie jest uzasadnione. Multipleksery działające na zasadzie połączenia punkt-punkt wykorzystują tylko jeden tor optyczny do przesyłania danych. Drugi tor, gdyby został zastosowany, pozostawałby niewykorzystany, co prowadziłoby do:

a) niepotrzebnego zwiększenia kosztów urządzenia tj. wyposażenie go w dodatkowy tor optyczny znacząco podnosi koszt sprzętu, pomimo że to rozwiązanie nie wnosi dodatkowej funkcjonalności dla użytkownika,

b) tzw. nadmierności rozwiązania z punktu widzenia funkcjonalności infrastruktury sieciowej, ponieważ obsługa jednego toru optycznego jest wystarczająca do realizacji wymaganych zadań.

Z tych też względów propozycja Odwołującego, zakładająca konieczność zastosowania dwóch niezależnych torów optycznych (jeden z wbudowanym złączem SC, drugi oparty na wymiennych modułach SFP), jest niezgodna z zasadą racjonalnego dostosowania urządzenia do wymogów SIWZ i potrzeb infrastruktury. Takie rozwiązanie generuje nieuzasadnione koszty i nie przekłada się na żadną wartość dodaną dla użytkownika końcowego.

Zarzut dotyczący przedłożenia dokumentacji technicznej

Urządzenia te, będące specjalnymi wersjami multiplekserów analogowych linii telefonicznych, w momencie składania oferty spełniały wymagania SIWZ. Brak karty technicznej V1.08a-1 był kwestią formalną, którą uzupełniono niezwłocznie po zwróceniu uwagi na tę okoliczność. Dokumentacja ta nie zmienia jednak faktu, że oferowane urządzenia już wcześniej odpowiadały wymogom SWZ, dlatego wykonawca przystąpił do przetargu,
a Zamawiający ostatecznie przyjął, że zaoferowanie urządzenia odpowiadają prawu.

Odwołanie opiera się na błędnej interpretacji wymagań SWZ oraz na niepełnych rozwiązaniach technicznych, które nie są zgodne z kryteriami zamówienia.

Przystępujący zwrócił także uwagę, że zachodzi konieczność odrzucenia oferty Odwołującego poprzez brak modułów SFP w ofercie firmy Bemit.

W punkcie 4 formularza cenowego dla części 7 tj. Urządzenia komunikacyjne, konwertery styków, multipleksery 3, stanowiącego załącznik do oferty Bemit, zaproponowano urządzenia 3CFMO-30FXS-M-SFP oraz 3C-FMO-30FXO-M SFP z interfejsem SFP. Odwołujący jasno wskazał, że dodatkowo w kompletacji zaoferowanych uprzędzeń znajdą się moduły SFP o symbolach 3CP-413L1SD-LX, co można interpretować jako fakt, że obecność modułów SFP w urządzeniu wymaga opisania tego w kodzie produktu. Z drugiej strony
w punkcie 6 formularza cenowego zaproponowano urządzenia 3C-FMO-60FXO-4FE-4E1-MSFP-D20 + 3C-FMO-60FXS 4FE-4E1-MSFP-D20, gdzie zgodnie z opisem znajduje się gniazdo na moduł SFP, a pomimo tego w kompletacji zestawu jest brak wyspecyfikowanego modelu modułu SFP. Z tych też względów wskazany powyżej schemat oznaczeń stosowany przez Odwołującego wyraźnie wskazuje na brak wyposażenia w moduły SFP. Zaproponowane przez Odwołującego urządzenia, zgodnie z jego formularzem cenowym, nie są wyposażone w moduły SFP, a jedynie posiadają gniazda na te moduły. Wskazano następujące modele urządzeń w punkcie 4 formularza cenowego:

a) 3C-FMO-30FXS-M-SFP z modułem 3CP-413L1SD-LX,

b) 3C-FMO-30FXO-M-SFP z modułem 3CP-413L1SD-LX,

jednak w przypadku urządzeń wskazanych w późniejszych rubrykach w punkcie 6 oferty Odwołującego, tj.:

a) 3C-FMO-60FXO-4FE-4E1-MSFP-D20

b) 3C-FMO-60FXS-4FE-4E1-MSFP-D20

brakuje jednoznacznego zapisu wskazującego, że urządzenia te są wyposażone w moduły SFP. Fakt ten sprawia, że oferowane rozwiązanie Odwołującego nie spełnia jasno określonych wymagań dotyczących kompletności wyposażenia. Zamawiający będzie musiał dodatkowego doposażyć urządza, co generuje niepotrzebne koszty i wydłuża czas realizacji zamówienia.

Z tych też względów Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, że Wykonawcy wiernie przedstawili zapisy dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia dla przedmiotu sporu, w tym SWZ, OPZ, treść ofert, a także treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Nie zachodziła tym samym konieczność powtarzania zapisów przy ustalaniu stanu faktycznego.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia i zgromadzony materiał dowodowy, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie co do zarzutu złożenia przez Przystępującego oferty, której treść nie odpowiada warunkom zamówienia
w zakresie braku w oferowanym urządzeniu wymaganych w OPZ4 portów E1 podłączonych poprzez tor optyczny, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

Nie było sporne, że Zamawiający wymagał posiadania przez opisane urządzenia
4 portów E1 połączonych przez tor optyczny.

Przystępujący zaoferował urządzenia Bitstream BT-FXO-60CH-4FE-SFP i BT-FXS-60CH-4FE-SF Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Izby Odwołujący ponad wszelką wątpliwość udowodnił, że karta katalogowa o numerze V01.7 oraz oferta handlowa otrzymana od firmy Bitstream nie specyfikują wymaganych portów E1 jako standardowego wyposażenia. Z oferty handlowej, którą Odwołujący otrzymał od przedstawiciela handlowego na dzień przed wyznaczonym
w postępowaniu terminem składania ofert, w ogóle nie ma mowy o wymaganych portach, natomiast z karty katalogowej aktualnej na dzień składania ofert wynika, że porty E1 są wyposażeniem opcjonalnym *(Interfejs Ethernet: 1x/4x RJ45 (10/100M) lub 1x RJ45 64Kb*
w opcji interfejsu liniowego E1; Dodatkowo można opcjonalnie doposażyć w cztery interfejsy lokalne E1 2048Kb ze złączami BNC lub RJ45, a także w porty transmisji szeregowej).

Przystępujący na wezwanie do wyjaśnień przez Zamawiającego złożył kartę katalogową oznaczoną jako V1.08a-1, która stanowi rozszerzenie wersji V1.08. Dopiero ten dokument potwierdza, że porty E1 są w urządzeniu dostępne. Dostrzeżenia jednak wymaga, co wykazał Odwołujący badając właściwości fizyczne i datę powstania dokumentów, że w dniu składania ofert nie istniały dokumenty w postaci tych kart katalogowych, które potwierdzałyby prezentowane przez Przystępującego stanowisko. Przystępujący nie umiał na rozprawie wyjaśnić, dlaczego skoro porty E1 są jego zdaniem standardowym wyposażeniem oferowanego urządzenia, nie wyspecyfikowano ich w ofercie handlowej przygotowanej dla Odwołującego i dlaczego dopiero karty katalogowe powstałe w dacie późniejszej niż termin składania ofert potwierdzają wymagania OPZ. Wbrew twierdzeniom Przystępującego, istotne znaczenie dla przedmiotu sporu ma termin ważności złożonych dokumentów, które mogłyby stanowić przedmiotowe środki dowodowe, na podstawie których Zamawiający badałby właściwości i cechy oferowanych urządzeń. Jednocześnie w przystąpieniu sam Przystępujący przyznał, że multipleksery linii analogowych z 60 kanałami, stanowią rozwiązanie dedykowane, zatem celnie Odwołujący stawia tezy, że nie mogły być zaoferowane urządzenia o wyposażeniu standardowym, bo ich właściwości nie odpowiadają potrzebom Zamawiającego. Z drugiej strony Przystępujący w ofercie zaoferował urządzenia o symbolach i oznaczeniach standardowych, nie zaznaczając nigdzie, że oferta w tym zakresie ma charakter dedykowany Zamawiającemu.

Rację przyznać należy Odwołującemu, że jeżeli jak twierdzi Przystępujący, zaoferowano urządzenia wyposażone w porty E1, to nie były to urządzenia o symbolach podanych w ofercie Przystępującego, ale inne – dostosowane do wymagań Zamawiającego. Jeżeli zaś zaoferowano urządzenia o symbolach podanych w ofercie Przystępującego – to we właściwościach podstawowych urządzeń nie wynika, że posiadają one porty E1. Z oferty Przystępującego nie wynika także, że w cenie oferty ujął on dostępne opcje doposażenia
w porty E1.

Z tych powodów Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty odwołania naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 239 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, uznając za taką ofertę, która nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

Co do zarzutu dotyczącego braku posiadania przez multipleksery dostępnych złączy optycznych SC oraz modułów SFP, Izba nie podziela stanowiska wyrażonego w odwołaniu.

Zamawiający wymagał w OPZ wyposażenia urządzenia w port optyczny liniowy
i interfejs optyczny SC Jednocześnie Zamawiający w SWZ w żaden sposób nie określił w jaki sposób możliwość uzyskania złączy SC ma zostać osiągnięta. W ocenie Izby oznacza to, że Zamawiający nie wykluczy i dopuścił możliwość osiągnięcia funkcjonalności przez stosowanie odpowiednich wkładek do złączy SFP, by funkcjonalność złączy SC osiągnąć.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego zapisy SWZ nie przesądzają, że Zamawiający wymagał więcej niż jednego toru optycznego umożliwiającego jednoczesne użytkowanie złączy SFP
i SC. Zamawiający nie opisał w OPZ, że złącze SC ma mieć stały charakter i ma być niezależnie umieszczone wraz ze złączami SFP, by umożliwiając ich jednoczesne wykorzystywanie.

Na rozprawie Przystępujący jasno i klarownie przeprowadził prezentację w jaki sposób wymagana przez Zamawiającego funkcjonalność złączy SC jest osiągana przez oferowane urządzenie, jakie elementy, wkładki i kable pozwalają uzyskać efekt oczekiwany przez Zamawiającego. Przystępujący wyjaśnił w jaki sposób multipleksery działające na zasadzie połączenia punkt-punkt wykorzystują tylko jeden tor optyczny do przesyłania danych i dlaczego zastosowanie dwóch odrębnych torów optycznych nie jest konieczne do uzyskania funkcjonalności opisanych w SWZ. Tym wyjaśnieniom Izba dała wiarę i uznała, że przeczą one zasadności zarzutu sformułowanego w odwołaniu.

Reasumując stanowisko Izby dla tej części zarzutów odwołania, podkreślenia wymaga, że możliwość odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia może nastąpić tylko w sytuacji, gdy mamy do czynienia z ustaloną treścią oferty niezbicie niezgodną z konkretnymi postanowieniami SWZ lub OPZ lub innymi warunkami wykonania przedmiotu zamówienia, które wynikają z dokumentacji postępowania. Podkreślenia wymaga także, iż zaistniałe niezgodności muszą mieć charakter merytoryczny, a nie czysto formalny.
Nie mogą odnosić się do elementów nieistotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezgodność musi mieć związek z zakresem, ilością, jakością, warunkami realizacji i innymi elementami istotnymi dla wykonania zamówienia. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi jej ostateczną eliminację z postępowania, stąd konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności między ofertą a warunkami zamówienia. Niezgodność ta nie może mieć charakteru dorozumianego, nie może odnosić się do elementów dokumentacji postępowania, które nie zawierają jednoznacznych wskazówek budowy treści oferty Wykonawcy. Postanowienia SWZ czy OPZ, niejasne, czy też warunkujące możliwość przyjęcia różnorodnej interpretacji odczytywać należy na korzyść Wykonawców. Zamawiający w tym postępowaniu dla złączy SC nie określił, że funkcjonalność ta może być osiągnięta tylko w jeden sposób przez zaoferowanie stałego złącza SC.

Brak uwzględnienia tej części tez odwołania nie rzutował na możliwość pozostawienia oferty Przystępującego w postępowaniu, ponieważ potwierdziło się wystąpienie innej niezgodności treści oferty z SWZ, w wyniku czego oferta Przystępującego finalnie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Oznaczało to także, że Zamawiający błędnie uznał na podstawie art. 239 ustawy Pzp ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Z uwagi na potwierdzenie się jednego z zarzutów odwołania warunkującego konieczność odrzucenia oferty Przystępującego, Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie badania i oceny oferty, w tym odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty Przystępującego. Pozostałe zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Przystępującego w części 1/2 oraz Odwołującego w częściach 1/2 (2 zarzuty z odwołania, z czego 1 zarzut został uwzględniony, 1 zarzut oddalono).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, co łącznie dawało kwotę 18 600,00 zł oraz koszty Przystępującego w wysokości 3 617 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie spisu kosztów złożonego do akt postępowania odwoławczego. Łącznie kwota kosztów postępowania wyniosła 24 217 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 1/2 kwoty kosztów rozliczonych w postępowaniu odwoławczym, czyli kwoty 12 100,00 zł. Przystępujący winien natomiast ponieść koszty w wysokości 1/2 kwoty rozliczanej, czyli 12 100,00 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę między Stronami. Przy czym Izba zniosła wzajemnie koszty wynagrodzenia pełnomocników (wraz z opłatą skarbową) i dokonała rozliczenia kosztów uiszczonego wpisu.

Izba zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodnicząca:

……