Sygn. akt: KIO 2313/24

WYROK

Warszawa, dnia 25 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez wykonawcę MAXTO Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego MAXTO Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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:…….…….....

Sygn. akt: KIO 2313/24

Uzasadnienie

Zamawiający Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi z siedzibą w Warszawie(dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Modernizacja i rozbudowa sieci teleinformatycznej" (nr referencyjny postępowania: BA.zp.23.1.61.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00065657. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 1 lipca 2024 r. wykonawca MAXTO Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny oferty Odwołującego, czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności unieważnienia Postępowania. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego

1. art. 226 ust. pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;
3. art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania i uznanie, że wszystkie złożone oferty w postępowaniu podlegały odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;
4. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe i nieprecyzyjne podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego;
5. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedmiotowych środków dowodowych;
6. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieprzejrzysty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonania wyrobu oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał na treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, podnosząc, że Zamawiający podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego dostrzegł dopiero po skutecznym zaskarżeniu przez Odwołującego wcześniejszego wyboru jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu oferty AODC Sp. z o.o.. Zamawiający w ramach wcześniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej nie kwestionował oferty Odwołującego, ale również nie kwestionował (i nadal nie kwestionuje) oferty wykonawcy SCREEN 7 Sp. z o.o. z powodu zaoferowania kabla światłowodowego o konstrukcji żelowej (Odwołujący i Screen 7 zaoferowali taki kabel). Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym informacji na temat oferowanego kabla światłowodowego. Odwołujący w formularzu oferty wskazał oferowany kabel światłowodowy: Kabel Światłowodowy UBQ(ZN)BH, producent: BKT ELEKTRONIK Sp. z o.o., Model/nr katalogowy/seria: 1025H581.1. Kabel ten spełnia wszystkie wymagani Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że stanowisko Zamawiającego sprowadza się do twierdzenia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ Zamawiający określił parametry równoważności, ale z wyłączeniem parametrów związanych z fizyczną konstrukcją kabla. Zdaniem Odwołującego z takim twierdzeniem nie można się zgodzić, bo ono jest sprzeczne z warunkami zamówienia. Odwołujący powołał się na udzieloną w dniu 08.02.2024 r. odpowiedź na pytanie nr 8, podnosząc, że Zamawiający aktualnie próbuje nadać wskazanej odpowiedzi inne znaczenie, niż wskazuje jej literalna treść. Zamawiający twierdzi: „*W odpowiedziach na pytania udostępnionych Wykonawcom w dniu 08.02.2024 r. w odpowiedzi na pytanie nr 8, Zamawiający przedstawił tabelę zawierającą minimalne parametry techniczne dla równoważnego kabla światłowodowego, odnoszące się do parametrów użytkowych i wydajnościowych, lecz bez dokonania zmiany parametrów, związanych z fizyczną konstrukcją kabla".* To stanowisko jest bezpodstawne, ponieważ:

1)Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 8 wprost wskazał, że „*zamieszcza parametry minimalne dla wielomodowego kabla światłowodowego".* To sformułowanie wskazuje jednoznacznie, że intencją Zamawiającego jest opisanie parametrów minimalnych kabla światłowodowego. Z tego sformułowania wynika, że Zamawiający nie opisał parametrów równoważności, ale zmienił wymagania projektu technicznego w zakresie wymagań co do kabla światłowodowego. Zamawiający nie wskazał, że określa wymagania dla produktów równoważnych, lecz po prostu - parametry dla kabla światłowodowego. Nie ulega wątpliwości, że w ramach odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienia treści SWZ Zamawiający może dokonać jej zmian. Odwołujący przywołał przykładowe orzecznictwo w tym zakresie.

2)Zamawiający w żaden sposób nie wyraził stanowiska, że jego intencją jest jedynie częściowe opisanie parametrów równoważności - tylko w zakresie „*parametrów użytkowych i wydajnościowych, lecz bez dokonania zmiany parametrów, związanych z fizyczną konstrukcją kabla".* Zamawiający takiego doprecyzowania nigdzie nie zawarł, wręcz przeciwnie – po prostu w odpowiedzi na pytanie wykonawcy określił parametry kabla światłowodowego. Nie ma żadnych przesłanek, aby twierdzić, że Zamawiający opisał parametry równoważności jedynie w części, że taka była jego intencja.. Zamawiający w przypadku żadnego z urządzeń/systemów objętych przedmiotem nie opisywał oddzielnie tych parametrów. W praktyce parametrów tych nie opisuje się oddzielnie, także w ramach kryteriów równoważności,

3)rzekoma intencja opisania dla produktów równoważnych kryteriów równoważności jedynie w zakresie parametrów użytkowych i wydajnościowych, ale bez parametrów fizycznych - gdyby taka rzeczywiście była, to była by ona sprzeczna z przepisami ustawy Pzp, bowiem skoro Zamawiający ma obowiązek opisania parametrów równoważności, to nie sposób uznać za prawidłowe opisanie ich jedynie w części i zaniechanie opisania ich w jakiejś innej części. W świetle jednoznacznej treści odpowiedzi na pytanie nr 8 i braku usprawiedliwienia dla rzekomej woli zaniechania opisania w części parametrów równoważności, tym bardziej nie można domniemywać takiej woli Zamawiającego (bo w okolicznościach niniejszej sprawy do tego de facto sprowadza się stanowisko Zamawiającego),

4)stanowisko Zamawiającego jest również bezpodstawne z tego powodu, że bazuje na nieprawdziwej tezie, że „*Zamawiający przedstawił tabelę zawierającą minimalne parametry techniczne dla równoważnego kabla światłowodowego, odnoszące się do parametrów użytkowych i wydajnościowych, lecz bez dokonania zmiany parametrów, związanych z fizyczną konstrukcją kabla".* Analiza treści tabeli przedstawionej w odpowiedzi na cytowane powyżej pytanie nr 8 wskazuje, że Zamawiający określił w niej także parametry związane z fizyczną konstrukcją kabla, np.:

a)*zbrojenie – dielektryk*. Parametr dotyczy zbrojenia kabla zatem materiału z którego ma być wykonany, zbudowany kabel. *Dielektryk, izolator elektryczny – materiał, w którym bardzo słabo przewodzony jest prąd elektryczny[1]. Może to być rezultatem niskiej koncentracji ładunków swobodnych, niskiej ich ruchliwości, lub obu tych czynników równocześnie (https://pl.wikipedia.org/wiki/Dielektryk),*

b)*Średnica zewnętrzna - 12,7 mm*. Średnica kabla niewątpliwie jest elementem fizycznej konstrukcji kabla, trudno taktować ją jako parametr użytkowy czy wydajnościowy,

c)*Typ włókna - 50 µm MM (OM4).* Przedmiotowy parametr określa m.in. średnicę wielkość włókna: *50 µm.* Kabel światłowodowy zbudowany jest z włókien więc tym samym jest to element opisujący fizyczną konstrukcję kabla.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego *„Uzasadnienie: Konstrukcja żelowa kabla światłowodowego znacząco odbiega od konstrukcji bez żelowej, dlatego też wybranie przez Zamawiającego technologii bez żelowej kabla miało na celu zabezpieczyć Zamawiającego przed ewentualnymi problemami związanymi z uszkodzeniami powłoki światłowodu, mającymi wpływ na elementy znajdujące się zarówno w nowych (będących przedmiotem zamówienia) jak i już istniejących trasach kablowych, które Zamawiający udostępnia Wykonawcom do realizacji przedmiotowego zamówienia, np. niepożądana reakcja żelu z innymi materiałami znajdującymi się w bezpośrednim sąsiedztwie okablowania"* Odwołujący wskazał:

1)żel jest integralną częścią kabla, która posiada właściwości dielektryczne, a Zamawiający w przedstawionej tabeli równoważności z dnia 08.02.24r. w odpowiedzi na pytanie 8 zaznaczył, że kabel ma posiadać zbrojenie dielektryczne,

2)wypełnienie kabla żelem zapewnia zapobieganie penetracji wody w kablu, poprawia stabilność transmisji światłowodu przez co sprawia, że taki kabel jest lepszy, niż zwykły nie posiadający żelu,

3)nie wiadomo także jaka to niepożądana reakcja żelu z innymi materiałami mogła by mieć miejsce. Zamawiający nie podał żadnych konkretnych przy kładów. Żel jest częścią kabla światłowodowego, który musi być bezpieczny. Skoro żel nie wchodzi w reakcję z obudową kabla, bo nie może, bo był by to produkt wadliwy, to nie może wejść w reakcję z innymi przedmiotami poza kablem. Żel pozostaje w środku kabla. Nawet w przypadku jego przecięcia żel nie stanowi zagrożenia. Należy wziąć pod uwagę fakt, że kabel światłowodowy jest montowany przez monterów, którzy muszą go przecinać, spawać itd. Dla kabla żelowego nie są potrzebne żadne dodatkowe środki bezpieczeństwa. Twierdzenia zatem o niepożądanej reakcji żelu z innymi materiałami są bezpodstawne,

4)zabezpieczenie kabla żelem ma tym większe znaczenie, że w przypadku uszkodzenia powłoki w kablu nie posiadającym takiego zabezpieczenia i dostaniu się wody do środka kabla (nawet w postaci wilgoci), to włókna światłowodowe bardzo szybko ulegają degradacji, co przekłada się bezpośrednio np. na obniżenie parametrów transmisji w takim światłowodzie,

5)zgodnie z § 11 ust. 2 projektu umowy: *„Wykonawca jest zobowiązany do udzielenia Zamawiającemu 25-letniej gwarancji systemowej producenta wraz z gwarancją aplikacji projektowej"*. Na kable światłowodowe udzielana jest zazwyczaj bardzo długa gwarancja, są to produkty bezpieczne i długo użytkowane. Gdyby żel był czynnikiem stwarzającym zagrożenie, nikt by takich kabli nie produkował. Jest bowiem właśnie odwrotnie – żel daje dodatkowe korzyści opisane powyżej.

Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jest zatem wadliwa. Zdaniem Odwołującego jest ona wadliwa już tylko z tego powodu, że Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty podał: *„art. 226 ust. pkt 2 lit. b) Ustawy Pzp, w związku z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu".* Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji nie wykazał, aby Odwołujący nie spełnił jakiegokolwiek warunku udziału w Postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu wymienia art. 112 ustawy Pzp. Określona przez Zamawiającego podstawa odrzucenia jest wadliwa. Niespełnienie wymagań przez oferowane produkty może być ewentualnie podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności w podstawach zarzutów wskazał również naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia. Tym niemniej należy zauważyć, że Zamawiający takiej podstawy odrzucenia nie wskazał. Tym samym doszło również do naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe i nieprecyzyjne podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący postawiła zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedmiotowych środków dowodowych, jeśli Wysoka Izba uzna, że takie wezwanie jest konieczne w zakresie wyjaśnienia zaoferowania żelowej konstrukcji kabla światłowodowego. W konsekwencji, Zamawiający naruszył także art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie Postępowania i uznanie, że wszystkie złożone oferty w Postępowaniu podlegały odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Wynikowo doszło także do naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 22 lipca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że podtrzymuje decyzję odrzucenia oferty Odwołującego wskazując jako prawidłową podstawę dokonanej czynności art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał argumentację analogiczną jak w uzasadnieniu odrzucenia oferty, powołując się na wymóg wynikający z dokumentacji projektowej „Modernizacja sieci komputerowej LAN" pkt 4.3. Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że różnica w konstrukcji kabla z żelem pomiędzy konstrukcją kabla bez żelu polega na tym, że włókna światłowodowe są zanurzone w żelu (element mokry światłowodu), natomiast w konstrukcji bez żelowej w celu ochrony przed dostępem wilgoci do włókien światłowodowych wykorzystuje się takie elementy jak: suche taśmy, suche proszki, suche nici lub dodatkowe warstwy absorbujące wilgoć. Pomimo, że

oba powyższe sposoby zabezpieczenia przed wilgocią spełniają wszystkie wymagane normy, to celem projektanta wyrażonym w dokumentacji projektowej było zastosowanie technologii nowoczesnej, obecnie wiodącej na rynku, stąd też w projekcie zostały zamieszczone wymogi zastosowania kabla bez żelowego. Kable światłowodowe żelowe na rynku pojawiły się w latach 80, natomiast pierwsze kable bez żelowe zostały zaprezentowane w 2004 roku i od tamtej pory są wciąż rozwijane technologicznie.

Zamawiający wskazał ponadto na fakt, że wykonawcy mają prawo zwrócić się do zamawiającego w trybie art. 135 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści dokumentacji postępowania. Jeżeli więc wykonawca chce doprowadzić do obostrzenia warunków zamówienia wówczas przysługuje mu uprawnienie wnioskowania do zamawiającego o modyfikację treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w drodze składania pytań, postulatów modyfikacji dokumentów zamówienia lub, w przypadku postanowień naruszających przepisy ustawy Pzp, wniesienia środków ochrony prawnej. W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący nie wnosił pytań do wymogów zawartych w specyfikacji technicznej obejmujących kryteria równoważności w zakresie konstrukcji kabla światłowodowego, dlatego też Zamawiający miał prawo odstąpić od wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, celem uniknięcia zarzutów dotyczących prowadzenia między Zamawiającym a Wykonawcą (Odwołującym) negocjacji dotyczących złożonej oferty, co jest niedopuszczalne na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się do sformułowanego w treści odwołania zarzutu zaniechania dokonania przez Zamawiającego opisania parametrów równoważności Zamawiający wskazał na bezpodstawność tego zarzutu, o czym jednoznacznie świadczy treść udzielonej w dniu 08.02.2024 r. odpowiedzi na pytanie nr 8 dotyczące treści SWZ. Zamawiający uwzględnił wniosek zawarty w treści zadanego pytania i określił parametry minimalne dla produktu równoważnego. Powołując się na orzecznictwo Izby Zamawiający wskazał, że skutecznie i w prawidłowy sposób spełnił wynikający z art. 99 ust. 6 ustawy Pzp obowiązek wskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Tym samym w postępowaniu zmaterializowała się przesłanka do odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a wnosząc odwołanie zmierza do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, ofertę Odwołującego wraz z przedmiotowymi środkami dowodowymi, zawiadomienie o odrzuceniu ofert oraz informację o unieważnieniu postępowania. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. oświadczenia firmy Assmann Distribution Sp. z o.o. z dnia 22 lipca 2024 r., oświadczenia firmy Molex Connected Enterprise Solutions Sp. z o.o. z dnia 22 lipca 2024 r., oferty firmy Molex Connected Enterprise Solutions Sp. z o.o. z dnia 22 lipca 2024 r., oferta firmy Assmann Distribution Sp. z o.o. z dnia 22 lipca 2024 r., oświadczenia wytwórcy kabli oferowanych przez Odwołującego (Prysmian – Draka Comteq Germany GmbH&Co.KG) wraz z tłumaczeniem oraz informacją potwierdzającą status wytwórcy, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, podane przez Odwołującego do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem IV SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac instalacyjnych wraz z dostawą urządzeń oraz dostarczeniem kompleksowej dokumentacji powykonawczej dla inwestycji polegającej na instalacji okablowania światłowodowego w budynku Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi, znajdującego się przy ul. Wspólnej 30 w Warszawie, zgodnie z załączonym OPZ, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Szczegółowy zakres prac dla całości zamówienia określa projekt techniczny oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (dalej: STWiOR), będące załącznikiem do SWZ. Zamawiający wskazał ponadto, że jeżeli projekt techniczny lub specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót wskazywałyby znaki towarowe, patenty lub pochodzenie materiałów i urządzeń, Zamawiający - zgodnie z art. 99 ust. 5 Ustawy Pzp - dopuszcza składanie „produktów" równoważnych. Wszelkie „produkty" pochodzące od konkretnych producentów określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać towary, aby spełnić

wymagania stawiane przez Zamawiającego i stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. Poprzez zapis dotyczący minimalnych wymagań parametrów jakościowych Zamawiający rozumie wymagania towarów zawarte w ogólnie dostępnych źródłach, katalogach, stronach internetowych producentów. Operowanie przykładowymi nazwami producenta ma jedynie na celu doprecyzowanie poziomu oczekiwań Zamawiającego w stosunku do określonego rozwiązania. Posługiwanie się nazwami producentów/produktów ma wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający wskazując przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczenie konkretnego producenta/dostawcy lub konkretny produkt, dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o parametrach jakościowych i cechach użytkowych co najmniej na poziomie parametrów wskazanego produktu, uznając tym samym każdy produkt o parametrach wskazanych lub lepszych. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą stosownych dokumentów uwiarygodniających te materiały lub urządzenia. Przedmiotowe środki dowodowe. W przypadku zastosowania materiałów, urządzeń, wyrobów lub rozwiązań równoważnych w rozumieniu art. 99 ust. 5 Ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do ich wskazania w ofercie oraz do złożenia wraz z ofertą kart technicznych lub innych dokumentów potwierdzających, że rozwiązania równoważne spełniają wymagania Zamawiającego opisane w przedmiocie zamówienia, czyli że spełniają podane w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Jeżeli Wykonawca nie złoży ww. dokumentów lub złożone dokumenty będą niekompletne (nie potwierdzając w ten sposób równoważności oferty w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia), Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia.

W Rozdziale XI SWZ zawarto wykaz przedmiotowych środków dowodowych, wśród których wymieniono m.in. kartę katalogowa produktu Kabel Światłowodowy U-BQ(ZN)BH. Zamawiający wskazał ponadto, żeeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwie Wykonawcę do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający może żądać od Wykonawców na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W punkcie 2.1 OPZ zawarto tabelę opisującą parametry kabli światłowodowych:

Światłowód wielomodowy 24G Tłumienie 1310 nm Tłumienie 850 nm	G50/125 ULTRA-BEND 7.5 0,8 dB/km 2,4 dB/km
Kodowanie kolorystyczne	Telcordia – Bellcore
Zgodność z normami	RoHS 2011/65/EU, EN 50575, EN 13501-6, IEC 60754-2, IEC 60794-1-2 F5
Zbrojenie	dielektryk
Powłoka	LSZH™/FRNC/UV
Klasa CPR	B2ca, s1, d1, a1
Temperatura instalacji	-5 °C do 60 °C
Temperatura użytkowania	-40 °C do 70 °C
Temperatura przechowywania	-40 °C do 70 °C
Średnica zewnętrzna	12,7 mm
Maksymalna siła naciągu dynamiczna	2500N
Odporność na zgniatanie	2000 N/10cm
Typ włókna	G50/125 ULTRA-BEND 7.5
Waga	42kg/km

W projekcie technicznym „Modernizacja sieci LAN ETAP I" w pkt 4.3 „Sieć światłowodowa" wskazano: W celu uzyskania dostępu do sieci teleinformatycznej należy użyć kabla światłowodowego 24G OM4 o konstrukcji tubowej bezżelowej (gel-free) U-BQ(ZN)BH z zabezpieczeniem antygryzoniowym wykonanej w technologii szybkiego dostępu (fast access). Budowa kabla światłowodowego ma zapewniać, po przez zastosowanie powłoki zgodnej z CPR klasa minimum B2ca, s1a, d0, a1, spełnienie wymogów bezpieczeństwa ze względu na użytkowanie wewnątrz budynku oraz drogach ewakuacyjnych. Zastosowanie włókien światłowodowych multimodowych G50/125 ULTRA-BEND 7.5 w kablu o konstrukcji zapewnia duży zapas pasma przenoszenia oraz pozwala na uruchomienie usług o przepływnościach do kilku Gbps (do aplikacji zaprojektowanych w przyszłości).

Należy zapewnić połączenie wszystkich istniejących (nielikwidowanych) i nowopowstałych punktów dystrybucyjnych siecią światłowodową zgodnie z rysunkiem IT-01. Układ połączeń w topologii gwiazdy został uzgodniony z użytkownikiem. Dodatkowo miedzy PD-353A a PD-130A należy poprowadzić drugie redundantne połączenie. Należy zapewnić fizyczne odseparowanie tras, np. trasę redundantną poprowadzić z wykorzystaniem piwnic i wprowadzić z przeciwnego skrzydła w stosunku do trasy podstawowej. [Rys. 3 Przykładowa konstrukcja kabla światłowodowego 12G

MM OM3 U-DQ(ZN)BH]

Wymagania dla kabla światłowodowego 24G

Światłowód wielomodowy 24G Tłumienie 1310 nm Tłumienie 850 nm	G50/125 ULTRA-BEND 7.5 0,8 dB/km 2,4 dB/km
Kodowanie kolorystyczne	Telcordia – Bellcore
Zgodność z normami	RoHS 2011/65/EU, EN 50575, EN 13501-6, IEC 60754-2, IEC 60794-1-2 F5
Zbrojenie	dielektryk
Powłoka	LSZH™/FRNC/UV
Klasa CPR	B2ca, s1, d1, a1
Temperatura instalacji	-5 °C do 60 °C
Temperatura użytkowania	-40 °C do 70 °C
Temperatura przechowywania	-40 °C do 70 °C
Średnica zewnętrzna	9,5 mm
Maksymalna siła naciągu dynamiczna	3000N
Odporność na zgniatanie	2000 N/10cm
Typ włókna	G50/125 ULTRA-BEND 7.5
Waga	42kg/km

Tabela 1. Minimalne wymagania dla włókna światłowodowego MM 12J U-DQ(ZN)BH."

Ponadto w dalszej części projektu technicznego, w tabeli parametrów technicznych wybranych materiałów podstawowych w poz. 1 wskazano Kabel światłowodowy U-BQ(ZN)BH oraz następujące parametry techniczne i jakościowe: Kodowanie kolorystyczne Telcordia – Bellcore, Zgodność z normami IEC 60332-1-2, EN550575, EN13501-6, IEC61034, IEC60754-1, Zbrojenie dielektryk, Powłoka LSOH/FRNC, Klasa CPR B2ca, s1a, d1,a1, Średnica zewnętrzn 12,7 mm, Maksymalna siła naciągu 2500N, Odporność na zgniatanie 2000 N/10cm, Typ włókna G50/125 UltraBend 7,5.

W piśmie z dnia 8 lutego 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 8 o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne w stosunku do producenta systemu okablowania strukturalnego (3M/Corning)? Jeżeli tak to prosimy o dołączenie tabeli z parametrami równoważności dla powyższego systemu. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli Zamawiający zdecyduje się na wskazanie w specyfikacji np. nazwy określonego producenta, modeli urządzeń/kabli (np. światłowód G50/125 ULTRA-BEND 7.5) i jednocześnie dopuści rozwiązania równoważne, jest zobowiązany do ustalenia sposobu równoważności, tj. wskazać jakie konkretnie rozwiązania uzna za równoważne, np. poprzez określenie parametrów minimalnych, maksymalnych lub tzw. „widełek". Kryteria te muszą być na tyle jasne i czytelne, by na ich podstawie, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli jednoznacznie ocenić, czy oferowane przez nich usługi, roboty i dostawy spełniają wymogi SWZ. Jednocześnie opis równoważności nie może w żadnej mierze polegać na wskazaniu w charakterystyce technicznej dokładnie takich samych cech fizycznych i parametrów jakie posiada wskazany w projekcie producent." udzielił następującej odpowiedzi:

„Podany parametr kabla światłowodowego o nazwie włókna G50/125 ULTRA-BEND 7.5, ma jedynie charakter przykładowy. Zamawiający w tabeli poniżej zamieszcza parametry minimalne dla wielomodowego kabla światłowodowego:

Światłowód wielomodowy 24G	Parametry minimalne
Tłumienie 1300 nm	0,8 dB/km
Tłumienie 850 nm	2,4 dB/km
Zgodność z normami	RoHS 2011/65/EU, EN 50575, EN 13501-6, IEC 60754-2, IEC 60794-1-2 F5
Zbrojenie	dielektryk
Powłoka	LSZH™/FRNC/UV
Klasa CPR	B2ca, s1, d1, a1
Temperatura instalacji	-5 °C do 60 °C
Temperatura użytkowania	-40 °C do 70 °C
Temperatura przechowywania	-40 °C do 70 °C
Średnica zewnętrzna	12,7 mm
Maksymalna siła naciągu dynamiczna	2500N

Odporność na zgniatanie	2000 N/10cm
Typ włókna	50 µm MM (OM4)

W postępowaniu wpłynęło 11 ofert, w tym oferta Odwołującego. Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę ryczałtową 442 800 zł brutto. Wskazał w formularzu ofertowym, że oferuje rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych w dokumentacji postępowania oraz składa wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie zgodności oferowanych rozwiązań. W poz. 2 tabeli wskazał, że oferuje kabel światłowodowy UBQ(ZN)BH producenta BKT ELEKTRONIK Sp. z o.o., model/nr katalogowy/seria 1025H581.1 oraz oświadczył, że spełnia on wymagania wynikające z dokumentów zamówienia. Do oferty załączono kartę katalogową ww. produktu, w treści której wskazano, że jest to kabel uniwersalny, wewnętrzno-zewnętrzny w centralnej tubie, żelowany.

Zamawiający pismem z dnia 17 maja 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za która uznano ofertę AODC Sp. z o.o., a także o odrzuceniu pozostałych ofert oprócz oferty Odwołującego. Czynność ta została unieważniona przez Zamawiającego w dniu 27 maja 2024 r.

W pismach z dnia 24 czerwca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu wszystkich 11 ofert złożonych w postępowaniu oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. pkt 2 lit. b) Ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano:

„Zgodnie z dokumentacją projektową Zamawiający wymagał, aby dostarczony światłowód został wykonany w konstrukcji tubowej bez żelowej (gel-free). Wskazany zapis znajduje się w projekcie „Modernizacja sieci komputerowej LAN" w pkt 4.3 i brzmi następująco:*„W celu uzyskania dostępu do sieci teleinformatycznej należy użyć kabla światłowodowego 24G OM4 o konstrukcji tubowej bez żelowej (gel-free) U-BQ(ZN)BH z zabezpieczeniem antygryzoniowym. Budowa kabla światłowodowego ma zapewniać, poprzez zastosowanie powłoki zgodnej z CPR klasa minimum B2ca, s1a, d1, a1, spełnienie wymogów bezpieczeństwa ze względu na użytkowanie wewnątrz budynku oraz drogach ewakuacyjnych. Zastosowanie włókien światłowodowych multimodowych G50/125 ULTRA-BEND 7.5 w kablu o konstrukcji zapewnia duży zapas pasma przenoszenia oraz pozwala na uruchomienie usług o przepływnościach do kilku Gbps (do aplikacji zaprojektowanych w przyszłości)."*Wykonawca MAXTO Technology sp. z o.o. wraz z ofertą złożył kartę katalogową dla kabla o konstrukcji tubowej żelowej. W odpowiedziach na pytania udostępnionych Wykonawcom w dniu 08.02.2024 r. w odpowiedzi na pytanie nr 8, Zamawiający przedstawił tabelę zawierającą minimalne parametry techniczne dla równoważnego kabla światłowodowego, odnoszące się do parametrów użytkowych i wydajnościowych, lecz bez dokonania zmiany parametrów, związanych z fizyczną konstrukcją kabla. W związku z powyższym, Zamawiający nie uznaje konstrukcji żelowej kabla jako produktu równoważnego.

Uzasadnienie: Konstrukcja żelowa kabla światłowodowego znacząco odbiega od konstrukcji bez żelowej, dlatego też wybranie przez Zamawiającego technologii bez żelowej kabla miało na celu zabezpieczyć Zamawiającego przed ewentualnymi problemami związanymi z uszkodzeniami powłoki światłowodu, mającymi wpływ na elementy znajdujące się zarówno w nowych (będących przedmiotem zamówienia) jak i już istniejących trasach kablowych, które Zamawiający udostępnia Wykonawcom do realizacji przedmiotowego zamówienia, np. niepożądana reakcja żelu z innymi materiałami znajdującymi się w bezpośrednim sąsiedztwie okablowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, w wymienionym przypadku zmaterializowała się przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Ustawy Pzp."

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadność zarzutów odwołania nie została przez Odwołującego wykazana.

Przywołując treść przepisów ustawy Pzp, których naruszenie zarzucono, należy wskazać, że zgodnie z:

- art. 16 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1 zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;
- art. 128 ust. 4 ustawy Pzp: Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 253 ust. 1 ustawy Pzp: Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- art. 255 pkt 2 ustawy Pzp: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano nieprawidłową podstawę prawną, tj. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. W tym zakresie zgodzić należało się ze stanowiskiem Odwołującego, że w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, czyli warunków odnoszących się do kwalifikacji podmiotowej wykonawcy (jego doświadczenia, zdolności technicznych czy finansowych), lecz ze stwierdzeniem przez Zamawiającego niezgodności oferty z warunkami zamówienia, czyli merytoryczną sprzecznością tej oferty z wymaganiami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia. Właściwą podstawą prawną odrzucenia oferty jest w takim przypadku art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższy błąd Zamawiającego nie miał jednak w ocenie Izby przełożenia na wynik postępowania. Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty, które pozwalało Odwołującemu (profesjonalnemu wykonawcy) w sposób prawidłowy zidentyfikować właściwą podstawę prawną odrzucenia oferty, co potwierdza treść odwołania, w którym podniesiono zarówno zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jak i wdano się w merytoryczny spór w zakresie niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Tym samym wskazane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp czy art. 253 ust. 1 ustawy Pzp związane ze wskazaniem nieprawidłowej podstawy prawnej odrzucenia oferty pozostawały bez jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania odwoławczego, co zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp skutkuje koniecznością ich oddalenia.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, Izba za niewykazane uznała stanowisko Odwołującego, który twierdził, że zaoferowany kabel światłowodowy UBQ(ZN)BH spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Przede wszystkim Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego próbuje nadać odpowiedzi na pytanie nr 8 inne znaczenie niż jej literalna treść. Izba podkreśla, że wykładni odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego należy dokonywać z uwzględnieniem kontekstu, w jakim zadane zostało pytanie oraz z uwzględnieniem całokształtu dokumentów zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że pkt 4.3 Projektu technicznego został skonstruowany w taki sposób, że zawierał zarówno część opisową, jak i tabele z wymaganymi parametrami technicznymi. Nie powinna budzić wątpliwości okoliczność, że profesjonalny wykonawca składając ofertę zobowiązany jest uwzględnić zarówno te wymagania, które przedstawiono w formie tabel, jak i te wymagania, które zostały zawarte w części opisowej. Już na wstępie pkt 4.3 zawarte zostało następujące wymaganie: „w celu uzyskania dostępu do sieci teleinformatycznej należy użyć kabla światłowodowego 24G OM4 o konstrukcji tubowej bezżelowej (gel-free) U-BQ(ZN)BH z zabezpieczeniem antygryzoniowym wykonanej w technologii szybkiego dostępu (fast access).” Wymaganie to wskazuje, że Zamawiający oczekiwał określonej konstrukcji kabla w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i dostępu. Dopiero w dalszej części pkt 4.3 odwołano się do nazwy własnej - oznaczenia G50/125 ULTRA-BEND 7.5, co jednak miało miejsce w kontekście typu włókna zapewniającego duże pasmo przenoszenia („Zastosowanie włókien światłowodowych multimodowych G50/125 ULTRA-BEND 7.5 w kablu…”). Oznaczenia tego następnie użyto w Tabeli nr 1 zatytułowanej „Minimalne wymagania dla włókna światłowodowego” jako „typ włókna” oraz na wstępie jako ogólne stypizowanie światłowodu. Tabela nr 1 nie odnosiła się w ogóle do wymagań dotyczących konstrukcji tubowej bezżelowej kabla, charakteryzowała całkiem inne parametry.

Dalej należy zauważyć, że treść zadanego przez wykonawcę pytania wskazywała na konieczność określenia parametrów równoważności dla wskazanego z nazwy typu światłowodu/typu włókna G50/125 ULTRA-BEND 7.5. Pytanie to nie referowało w ogóle do wymagania, aby kabel światłowodowy posiadał konstrukcję tubową bezżelową. Miało ono treść dość ogólną, wskazującą na konieczność opisania parametrów równoważności z uwagi na użycie w SWZ oznaczenia G50/125 ULTRA-BEND 7.5. Poza wskazaniem na ww. nazwę przedmiotowe pytanie nie odnosiło się do żadnych konkretnych parametrów wymienionych w Projekcie technicznym, a jedynie hasłowo wskazywało na to, że system opisany w projekcie technicznym to system okablowania strukturalnego (3M/Corning). Zamawiający odpowiadając na zadane pytanie wyjaśnił, że ww. nazwa włókna ma jedynie charakter przykładowy. Jednocześnie wskazał parametry minimalne dla wielomodowego kabla światłowodowego w formie tabeli odpowiadającej swą

konstrukcją i opisem Tabeli nr 1 z punktu 4.3 Projektu technicznego. Zestawiając treść Tabeli nr 1 z punktu 4.3 Projektu technicznego zawierającej minimalne wymagania dla włókna światłowodowego z tabelą zamieszczoną w odpowiedzi na pytanie nr 8 można dojść do wniosku, że Zamawiający zrezygnował z posługiwania się oznaczeniem G50/125 ULTRA-BEND 7.5., zastąpił użytą nazwę własną typu włókna określeniem opisowym50 µm MM (OM4) oraz dostosował wskazane w tabeli parametry do parametrów uprzednio już opisanych w pkt 2.1 OPZ (w zakresie średnicy zewnętrznej i siły naciągu). Zamawiający nie wprowadził zasadniczych zmian, jedynie wyeliminował z opisu parametrów nazwę własną i inaczej opisał typ włókna.

W tym stanie rzeczy nie było w ocenie Izby podstaw do uznania, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 8, która wyjaśniała użycie w Projekcie technicznym oznaczenia G50/125 ULTRA-BEND 7.5. i wprowadzała wyłącznie zmianę parametrów zdefiniowanych w Tabeli nr 1 „Minimalne wymagania dla włókna światłowodowego", miała eliminować wymaganie dotyczące konstrukcji tubowej bezżelowej (gel-free) kabla światłowodowego, znajdujące się w innym miejscu Projektu technicznego i odnoszące się do innego aspektu niż parametry światłowodu opisane w ww. Tabeli.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że Zamawiający odpowiadając na pytanie nie doprecyzował, że jego intencją nie jest objęcie odpowiedzią „parametrów związanych z fizyczną konstrukcją kabla", Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał takiego obowiązku. Jak wskazano powyżej, pytanie zadane przez wykonawcę było ogólne, nie referowało do konkretnych parametrów, a jedynie do użytego oznaczenia G50/125 ULTRA-BEND 7.5. Oznaczenie to charakteryzowało zasadniczo typ włókna, a nie żelową czy bezżelową konstrukcję kabla. Odwołujący nie wskazywał, aby użycie określenia „konstrukcja tubowa bezżelowa" było charakterystyczne wyłącznie dla światłowodu o typie włókna G50/125 ULTRA-BEND 7.5Odpowiedź udzielona przez Zamawiającego eliminowała z Tabeli nr 1 z pkt 4.3 Projektu technicznego ww. nazwę własną i brak jest podstaw do stwierdzenia, że zastępowała ona wszelkie inne wymagania odnoszące się do kabla światłowodowego wynikające z dokumentacji projektowej. Wymaganie dotyczące konstrukcji bezżelowej kabla zostało sformułowane w innym miejscu Projektu technicznego i w przeciwieństwie do typu włókna nie zostało opisane przez wskazanie nazwy produktu, lecz przez opisanie cech. Wymaganie to nie było bezpośrednim przedmiotem pytań wykonawców ani nie było kwestionowane w drodze środków ochrony prawnej jako utrudniające uczciwą konkurencję czy niejednoznaczne. Jeżeli Odwołujący powziął w tym zakresie wątpliwości to powinien, dochowując należytej staranności, w odpowiednim czasie przed złożeniem oferty zwrócić się do Zamawiającego o ewentualne dalsze wyjaśnienia bądź skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Podsumowując powyższe, analiza treści dokumentów zamówienia doprowadziła Izbę do przekonania, że wynikający z pkt 4.3 Projektu technicznego wymóg użycia kabla światłowodowego o konstrukcji tubowej bezżelowej pozostawał wymogiem wiążącym dla wykonawców, niezależnie od udzielonej przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 8. Tym samym, oferta Odwołującego, obejmująca kable żelowe, była niezgodna z warunkami zamówienia, a jako taka podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Podniesiona w odwołaniu okoliczność, że Zamawiający dostrzegł podstawę odrzucenia oferty Odwołującego dopiero po skutecznym zaskarżeniu przez Odwołującego wyboru oferty AODC Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, nie wpływa na ocenę Izby. Zamawiający ma prawo skorygować wadliwe czynności na każdym etapie postępowania. Z perspektywy odrzucenia oferty Odwołującego, jak i z punktu widzenia wyniku postępowania, nie ma obecnie znaczenia także to, że oferta innego wykonawcy, który również zaoferował kabel żelowy nie została z tego powodu odrzucona (oferta ta i tak została odrzucona z innej przyczyny).

Izba ponadto stwierdziła, że argumentacja prezentowana przez Odwołującego na rozprawie częściowo wykraczała poza sformułowane w odwołaniu podstawy faktyczne zarzutów, co skutkowało jej pominięciem. Przede wszystkim należy tu wskazać na twierdzenia Odwołującego, że na rynku nie istnieje rozwiązanie spełniające wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w takim rozumieniu jak prezentuje Zamawiający. W odwołaniu nie zawarto argumentacji odnoszącej się do powyższej kwestii, podobnie jak do kwestii opisania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w postępowaniu. Co więcej, tego rodzaju argumentacja jest spóźniona również z tego względu, że powinna zostać podniesiona jeszcze na etapie kształtowania postanowień SWZ, przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia mógł utrudniać uczciwą konkurencję, to był on uprawniony wnieść odwołanie w terminie liczonym od dnia publikacji treści dokumentów zamówienia. W konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostawały dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. oświadczenia firmy Assmann Distribution Sp. z o.o. z dnia 22 lipca 2024 r. oraz oświadczenia firmy Molex Connected Enterprise Solutions Sp. z o.o. z dnia 22 lipca 2024 r., które miały potwierdzać, że na rynku nie jest dostępny kabel spełniający wymagania Zamawiającego czy też że Zamawiający popełnił błąd określając te wymagania. Spóźnione były także twierdzenia Odwołującego podniesione na rozprawie dotyczące rozbieżności pomiędzy treścią wymagań opisanych w OPZ, wymagań opisanych w Projekcie technicznym na str. 11-12 oraz parametrów wskazanych w Projekcie

technicznym na str. 14-15.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostawały ponadto rozważania Stron na temat różnic pomiędzy konstrukcją żelową a bezżelową kabla oraz wyższości jednego rozwiązania nad drugim. Skład orzekający zdaje sobie sprawę, że Odwołujący wdał się w polemikę w tym zakresie z Zamawiającym z uwagi na fakt, że Zamawiający poruszył tę kwestię w uzasadnieniu odrzucenia oferty, niemniej dla oceny czy oferta Odwołującego spełnia konkretne wymaganie wynikające z Projektu technicznego irrelewantne jest ustalenie, który produkt posiada wyższą jakość, czy który jest rozwiązaniem korzystniejszym z perspektywy potrzeb Zamawiającego. W konsekwencji złożone przez Odwołującego dowody z dokumentów odnoszące się do cen poszczególnych produktów oraz do bezpieczeństwa oferowanego produktu (tj. oferta firmy Molex Connected Enterprise Solutions Sp. z o.o. z dnia 22 lipca 2024 r., oferta firmy Assmann Distribution Sp. z o.o. z dnia 22 lipca 2024 r., oświadczenie wytwórcy kabli oferowanych przez Odwołującego wraz z tłumaczeniem oraz informacją potwierdzającą status wytwórcy) były nieistotne dla rozstrzygnięcia. Wymóg zaoferowania kabla o konstrukcji tubowej bezżelowej był wymogiem wiążącym zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego, a na obecnym etapie postępowania nie ma znaczenia czy jest to rozwiązanie lepsze, czy gorsze od oferowanego przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane, aby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z wymaganiem wynikającym z pkt 4.3 Projektu technicznego naruszała art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ponadto w ocenie Izby w przedmiotowym przypadku nie zachodziła konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej treść oferty Odwołującego czy treść przedmiotowego środka dowodowego (karty katalogowej) w odniesieniu do konstrukcji kabla światłowodowego. Z karty katalogowej złożonej wraz z ofertą wprost wynikało, że zaoferowano kabel o konstrukcji żelowej, a okoliczność ta nie była w przedmiotowej sprawie sporna. Odwołujący nie przeczył, że oferowany przez niego produkt nie jest kablem bezżelowym, a jedynie twierdził, że wymóg taki go nie obowiązywał. Ponieważ skład orzekający uznał wymóg zaoferowania kabla o konstrukcji tubowej bezżelowej za wiążący, to niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia była jednoznaczna i niewątpliwa. W konsekwencji wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania żelowej konstrukcji kabla światłowodowego byłoby bezcelowe, wyjaśnienia takie nie mogą bowiem prowadzić do zmiany treści oferty. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że właściwą podstawa prawną zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień powinien być art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (wyjaśnienia treści oferty) lub art. 107 ust. 4 ustawy Pzp (wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych), a nie wskazany w odwołaniu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp odnoszący się do podmiotowych środków dowodowych.

W konsekwencji nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Mając na względzie, że Izba uznała decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego za prawidłową, spełnione zostały przesłanki do unieważnienia postępowania wskazane w ww. przepisie – wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu. Tym samym decyzja o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia nie naruszała przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego.

Przewodnicząca:…….…….....