

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Katarzyna Odrzywolska
Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **Redge Technologies Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Kancelaria Sejmu**, ul. Wiejska 4/6/8, 00-902 Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Proexe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Koszykowa 61B, 00-667 Warszawa, **Horyzont Technologie Internetowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Bułgarska 17, 60-320 Poznań

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Redge Technologies Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

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 433/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Kancelarię Sejmu w Warszawie, w trybie podstawowym na usługę udostępniania w sieci Internetowej transmisji z wydarzeń mających miejsce w Sejmie oraz innych lokalizacjach nieobjętych zasięgiem sieci LAN Zamawiającego (nr postępowania BIT.ZP.3021.34.2023.AGW), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.10.2023 r., 2023S 203-634748, wobec czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało w dniu 08.02.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Redge Technologies Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 433/24).

Zamawiający poinformował o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 29.01.2024r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

- 1.art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum a także zaniechanie jego wykluczenia z Postępowania podczas gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie spełnienia wymagań z pkt. 5.6 Rozdziału II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia w zakresie związanym z deklarowaną liczbą serwerów rozgłoszeniowych a Konsorcjum przedstawiło w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje przez niego podjęte w Postępowaniu;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum podczas gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie spełnienia wymagań z pkt. 5.3 Rozdziału II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, a Konsorcjum przedstawiło w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje przez niego podjęte w Postępowaniu;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt. 7 i 8) PZP w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i uznanie ceny ofertowej za realną podczas gdy

Konsorcjum w ofercie nie uwzględniło istotnych kosztów cenotwórczych dla realizacji przedmiotu zamówienia, które musiałyby wpłynąć na ustalenie abonamentu miesięcznego na znacznie wyższym poziomie niż deklarowany w ofercie, co jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4.art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit b) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum podczas gdy Konsorcjum w treści złożonych wykazu usług i referencji **nie wykazało spełnienia warunku udziału** w Postępowaniu z Rozdział I pkt. 2.4 ppkt. 1) SWZ;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów w zakresie odrzucenia oferty Konsorcjum

- art. 128 ust. 1 lub 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia lub wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych podczas gdy złożony wykaz usług i referencje nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z Rozdział I pkt. 2.4 ppkt. 1) SWZ;
- art. 224 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień realności zaoferowanej ceny (abonamentu).

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum i jego wykluczenia z Postępowania, a w przypadku nieuwzględnienia tego żądania, nakazanie wezwania Konsorcjum w trybie art. 128 ust. 1 lub 4 PZP do uzupełnienia lub wyjaśnienia w zakresie podmiotowych środków dowodowych (wykaz usług i referencje) w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z Rozdziału I pkt 2.4 ppkt 1) SWZ oraz nakazanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP, tj. w zakresie realności zaoferowanej ceny (abonamentu), a w konsekwencji nakazanie dokonania ponownej oceny ofert niepodlegających odrzuceniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał, iż w dwóch pismach z 6.12.2023 r. oraz 25.01.2024 r. sygnalizował Zamawiającemu wady w ofercie Konsorcjum, które obecnie podnosi w odwołaniu. Działania te doprowadziły do wezwania Konsorcjum do wyjaśnień, które były lakoniczne i nie przedstawiły żadnych szczegółów (dowodów).

Liczba serwerów rozgłoszeniowych stanowiła kryterium oceny ofert. Konsorcjum zaoferowało 267 serwerów. Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż nie jest wystarczająca sama deklaracja co do liczby serwerów i konieczne jest, aby oferowane serwery spełniały określone wymagania opisane w rozdziale II pkt 5.6 OPZ.

Zgodnie z tym punktem

Zamawiający będzie oceniał punktowo

- istniejącego i użytkowanego przez wykonawcę w chwili składania oferty systemu rozgłoszeniowego w Internecie opartego na wielu fizycznych serwerach:*
- 5.6.1 dobranych co do konfiguracji przez wykonawcę;*
- 5.6.2 posiadanych przez wykonawcę (wykazanych jako środek trwały w ewidencji Wykonawcy);*
- 5.6.3 zarządzanych w całości przez wykonawcę;*
- 5.6.4 wykorzystywanych tylko przez wykonawcę (na których wykonywane są tylko procesy Wykonawcy służące realizacji jego zadań)”*

Konsorcjum w wyjaśnieniach z 30.11.2023 r. udzieliło odpowiedzi twierdzących na zadane przez Zamawiającego pytania z dnia 28.11.2023 r.

W ocenie Odwołującego udzielając odpowiedzi Konsorcjum mija się z prawdą, a co więcej już deklarując w ofercie liczbę 267 serwerów, zaoferowało rozwiązanie niezgodne z wymogami OPZ określonymi w pkt 5.6 OPZ. Na podstawie dostępnych informacji (system DNS), firma ProExe zarządza grupą 27 szt. serwerów dystrybucyjnych, zlokalizowanych w czterech grupach (podsieci 93.105.64.0/29, 78.88.16.8/29, 78.88.16.64/29 i 78.88.16.80/29), a każda z grup wykorzystuje łącza telekomunikacyjne i adresację udostępnioną przez Vectra S.A.

W postępowaniu prowadzonym w maju 2023 r. przez Kancelarię Senatu RP firma ProExe w konsorcjum z Vectra S.A. i Hawe Telekom S.A. zaoferowało system CDN składający się z 29 węzłów rozgłoszeniowych, z czego jedynie 3 z nich były zarządzane przez ProExe.

Na tej podstawie Odwołujący kwestionuje jako możliwą do wykazania przez ProExe zadeklarowaną w ofercie liczbę serwerów rozgłoszeniowych 267 mających stanowić własność ProExe na dzień składania ofert.

Składając lakoniczne wyjaśnienia Konsorcjum w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało

istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zgodnie z pkt 5.3 OPZ *Węzły systemu dystrybucji treści muszą być zlokalizowane w przynajmniej trzech niezależnych od siebie sieciach telekomunikacyjnych lub punktach wymiany ruchu*. ProExe nie jest operatorem telekomunikacyjnym posiadającym status LIR, ani nie posiada własnej adresacji IP. Nie jest również uczestnikiem najważniejszych w kraju publicznych punktów wymiany ruchu internetowego (PLIX, TPIX, Thinx, EPIX). Nie utrzymuje również żadnej infrastruktury telekomunikacyjnej w żadnym z publicznych punktów wymiany ruchu w Internecie. Tym samym serwery rozgłoszeniowe, którymi może dysponować Konsorcjum, nie spełniają wymagań wskazanych w OPZ, w szczególności wymagania, aby węzły systemu dystrybucji treści były zlokalizowane w przynajmniej trzech niezależnych od siebie sieciach telekomunikacyjnych lub punktach wymiany ruchu.

Zarzut dotyczący wysokości abonamentu Odwołujący opiera na założeniu, iż ProExe, aby nabyć na własność odpowiednią liczbę serwerów bezpośrednio przed złożeniem oferty i stworzyć spójny działający system, spełniający wymagania OPZ (w tym pkt 5.6) ponieść musiałoby wysokie koszty wpływające na wysokość miesięcznego abonamentu. Odwołujący szacuje całkowity koszt zakupu 267 serwerów na 13.660.969,46 zł brutto, a przychód wynikający z abonamentu 53.382 zł brutto osiągnąć może poziom 2.562.336 zł brutto.

Uwzględniając konieczne koszty zakupu przynajmniej 7 serwerów kodujących i 2 szt. routerów SDI, całkowity koszt infrastruktury kodującej wyniesie 502.762,65 zł brutto.

Brak uwzględnienia dodatkowych kosztów w cenie abonamentu stanowiłby czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zakwestionował wykazanie spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu dotyczącego realizacji co najmniej 1 usługi polegającej na transmisji na żywo do sieci Internet poprzez rozproszoną sieć typu CDN (content delivery network), o oglądalności nie mniejszej niż 10 000 jednoczesnych odbiorców.

W przypadku dwóch z trzech usług realizowane były one przez podwykonawców ProExe, a usługa wskazana w referencji Vectra (spółka z grupy kapitałowej, do której należy ProExe) nie potwierdza świadczenia usługi przez ProExe przez okres co najmniej 1 roku. To Odwołujący świadczył dla Vectra usługę CDN umożliwiającą transmisję danych, a ProExe zapewniał platformę aplikacyjną.

Podobnie przedstawia się sytuacja w referencji Interactive Media Solution L.L.C – rzeczywistym operatorem zewnętrznego systemu CDN jest globalna firma Akamai Technologies z siedzibą w USA.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpiło po stronie Zamawiającego konsorcjum firm – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ProExe Sp. z o.o. i Horyzont Technologie Internetowe Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 21.02.2024 r.).

Mając na uwadze, iż w postępowaniu Zamawiający nie określił wymogu złożenia przedmiotowych środków dowodowych, oceniając ofertę w kryterium dotyczącym ilości serwerów rozgłoszeniowych Zamawiający zobowiązany był przyjąć oświadczenie Konsorcjum, które zadeklarowało 267 serwerów rozgłoszeniowych stanowiących własność ProExe (oświadczenie z 16.11.2023 r. o podziale wykonania usług stanowiących przedmiot zamówienia). Zamawiający wystąpił pismem z 28.11.2023 r. o wyjaśnienie w zakresie zaoferowanej liczby serwerów w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera błędów. W piśmie z 30.11.2023 r. Konsorcjum potwierdziło prawidłowość złożonej deklaracji i spełnianie wszystkich wymogów opisanych w swz. Zamawiający nie mógł oceniać oferty w oparciu o nieokreślone w swz dokumenty przyjmując, że Konsorcjum nie dysponuje istniejącym i użytkowanym w chwili składania oferty systemem rozgłoszeniowym w Internecie opartym na 267 serwerach. Dokumenty, do których referuje Odwołujący nie mogły zatem stanowić podstawy dla oceny oferty Konsorcjum, również w kryterium oceny ofert.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający w oparciu o zestawienie dwóch złożonych ofert i zaoferowanych abonamentów miesięcznych nie miał podstaw do przyjęcia, iż zachodzą obiektywne okoliczności uzasadniające wszczęcie procedury wyjaśniającej. Ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wynika, iż sam na początku 2023 r. zakupił serwery po cenie 33.491,61 zł brutto, a tym samym nie sposób przyjąć jako miarodajnego wyliczenia kosztów inwestycyjnych prezentowanych w odwołaniu.

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu Zamawiający podniósł, iż dla wykazania jego spełnienia wymagał, aby doświadczenie posiadał w całości co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (doświadczenie nie podlega sumowaniu). W wykazie usług wskazane zostały przez Konsorcjum 3 oddzielne usługi wraz z dowodami potwierdzającymi ich wykonanie, a Konsorcjum złożyło oświadczenie, że *wszystkie projekty wymienione w*

poniższej tabeli, jak również referencje składane przez wykonawców w celu wykazania ich należytego wykonania, zrealizowane zostały przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – PROEXEX Sp. z o.o. W ocenie Zamawiającego Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu, ocenione w oparciu o literalny zapis, w którym Zamawiający nie określił rodzaju sieci typu CDN jako sieci własnej, zewnętrznej, czy też dedykowanej wyłącznie dla wykazywanej usługi. Nie może być skutecznym kwestionowanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o niewyartykułowane intencje, czy dorozumiane znaczenia, a także przez pryzmat referencji w oderwaniu od oświadczenia Konsorcjum (wykazu usług).

Przystępujące po stronie Zamawiającego Konsorcjum złożyło stanowisko procesowe w piśmie z 22.02.2024 r. złożonym do akt sprawy na posiedzeniu w dniu 23.02.2024, do którego załączyło dowody na odparcie twierdzeń i zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także dowody przeprowadzone na rozprawie, stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiot zamówienia stanowi świadczenie usługi udostępniania transmisji z posiedzeń, konferencji i wydarzeń mających miejsce w budynkach objętych zasięgiem sieci LAN Zamawiającego, jak i w lokalizacjach nie objętych tym zasięgiem zarówno prowadzonych „na żywo”, jak i archiwalnych, opisane w rozdziale II pkt 1 swz.

Zamawiający w rozdziale III pkt 2 swz opisał warunki udziału w postępowaniu, a w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazał, m.in. na wymóg wykonania w sposób należyty/wykonywania umowy (trwającej co najmniej 1 rok) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 usługę polegającą na transmisji na żywo do sieci Internet poprzez rozproszoną sieć typu CDN (content delivery network), o oglądalności nie mniejszej niż 10 000 jednoczesnych odbiorców (pkt 2.4 ppkt 1). W odniesieniu do tego warunku Zamawiający wskazał, iż wymagane doświadczenie powinien posiadać wykonawca albo podmiot udostępniający zasoby, którego zdolności są wykazywane (doświadczenie nie podlega sumowaniu) (pkt IV.3.2 swz). W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagane doświadczenie powinien posiadać w całości co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (doświadczenie nie podlega sumowaniu) – pkt VI.4.2 swz.

Podmiotowe środki dowodowe składał wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej na wezwanie Zamawiającego, w tym wykaz usług wraz z dowodami określającymi, czy usługi zostały wykonane/są wykonywane należycie (pkt VIII.1 lit. b) swz).

Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych (pkt IX swz). Żadne przedmiotowe środki dowodowe nie zostały opisane w swz.

Zamawiający wprowadził kryterium oceny ofert – liczba serwerów rozgłoszeniowych w Internecie (IS) – waga 20%. Oferowane serwery rozgłoszeniowe powinny spełniać kryteria opisane w rozdziale II p. 5.6 – opis przedmiotu zamówienia:

5.6 Zamawiający będzie oceniał punktowo istniejącego i użytkowanego przez wykonawcę w chwili składania oferty systemu rozgłoszeniowego w Internecie opartego na wielu fizycznych serwerach:

5.6.1 dobranych co do konfiguracji przez wykonawcę;

5.6.2 posiadanych przez wykonawcę (wykazanych jako środek trwały w ewidencji Wykonawcy);

5.6.3 zarządzanych w całości przez wykonawcę;

5.6.4 wykorzystywanych tylko przez wykonawcę (na których wykonywane są tylko procesy Wykonawcy służące realizacji jego zadań);

W dniu 17.11.2023 r. Zamawiający dokonał otwarcia dwóch złożonych ofert.

Konsorcjum w formularzu oferty wskazało cenę abonamentu miesięcznego w kwocie brutto 53.382 zł i zaoferowało liczbę serwerów rozgłaszających 267 (IS)¹. Zgodnie z przypisem (1) należało wpisać oferowaną liczbę serwerów rozgłoszeniowych, która będzie oceniana w kryterium „Liczba serwerów rozgłoszeniowych w Internecie (IS)”.

Z załączonego przez Konsorcjum w ofercie oświadczenia wykonawców o podziale wykonania usług stanowiących przedmiot zamówienia wynika, iż HORYZONT w wykonaniu Zamówienia świadczył będzie wszelkie potrzebne usługi

telekomunikacyjne potrzebne przy wykonaniu Zamówienia oraz usługi wymagające wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, natomiast PROEXE świadczyło będzie Usługi stanowiące przedmiot Zamówienia z wykorzystaniem 267 serwerów rozgłoszeniowych stanowiących własność PROEXE, a także wszelkie pozostałe prace niezastrzeżone do własności HORYZONT, przy czym, podział ten może ulegać zmianie w ramach bieżących potrzeb, z zachowaniem pełnej solidarnej odpowiedzialności obydwu Wykonawców wobec Zamawiającego za wykonanie całości przedmiotu Zamówienia.

Drugą ofertę w przetargu złożył Odwołujący oferując wysokość abonamentu miesięcznego na poziomie 59.040 zł brutto oraz liczbę serwerów rozgłaszających 112 (IS).

Zamawiający pismami z 28.11.2023 r. o identycznej treści wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych w ofercie oświadczeń i dokumentów, w tym co do prawidłowości zaoferowanej liczby serwerów, spełniania przez te serwery wymogów opisanych w pkt. 5.3 i 5.6 rozdziału II swzt. Konsorcjum udzieliło wyjaśnień w piśmie z 30.11.2023 r. zapewniając zgodność zaoferowanych serwerów z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego.

Zamawiający w piśmie z 06.12.2023 r. wezwał Konsorcjum do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca przedłożył dokumenty, w tym. Wykaz usług i referencje zastrzegając prezentowane informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z 04.01.2024 r. poinformował Konsorcjum o zamiarze odtajnienia informacji zastrzeżonych w „Wykazie Usług” oraz załączonych do niego referencjach i dokonał tego odtajnienia pismem z 11.01.2024 r.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazane zostały projekty zrealizowane przez PROEXE, w tym trzy mające potwierdzać spełnienia warunku opisanego w III.2.2.4 ppkt 1 swz, tj. poz. 1, 5 i 6. Odbiorcami usług referencyjnych były podmioty: Vectra SA (poz. 1), Wide.net (poz. 2) oraz Red Carpet (poz. 3), które wystawiły referencje potwierdzające należyte wykonanie/wykonywanie.

W dniu 29.01.2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Konsorcjum, która w kryterium ceny uzyskała maksymalną liczbę punktów, tj. 60, a w kryterium „liczba serwerów rozgłoszeniowych w Internecie (IS)” – 20 pkt.

Oferta Odwołującego w obu tych kryteriach otrzymała mniejszą liczbę punktów, tj. 54,25 pkt (cena) i 8,40 pkt (liczba serwerów).

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż zarzuty wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej nie miały oparcia w okolicznościach faktycznych, a Odwołujący formułując tezy odwołania nie wykazał ich zasadności.

Punkt odniesienia przy ocenie oferty złożonej w postępowaniu stanowiły ustalone w swz wymagania, co w niniejszej sprawie miało odniesienia do wymagań z OPZ pkt 5.3 i 5.6, a także ustalonych kryteriów oceny ofert i warunku udziału w postępowaniu z rozdziału III.2.2.4 ppkt 1 i zasad na jakich Zamawiający dokonywał weryfikacji oświadczeń wykonawców. W dużej części zarzuty formułowane wobec czynności oceny oferty dotyczyły oświadczeń, co do których w postępowaniu nie było konieczne ich potwierdzenie dokumentami, w szczególności przedmiotowymi środkami dowodowymi, których Zamawiający w ogóle nie wprowadził. Tym samym, po stronie Odwołującego spoczywał obowiązek wykazania zasadności tez, na jakich opierał zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wybranej, która miała być niezgodna z warunkami zamówienia, jak również miała przedstawiać rażąco niską cenę, co miało odniesienie również do zarzutów opartych na tej samej podstawie faktycznej. Izba uwzględniła przedłożone przez Przystępujące po stronie Zamawiającego Konsorcjum dowody prezentowane w piśmie procesowym i odnoszące się do tez prezentowanych w odwołaniu. W odniesieniu natomiast do warunku udziału w postępowaniu, materiał dowodowy wyczerpywały dokumenty i oświadczenia złożone w toku postępowania przetargowego, tj. wykaz usług wraz z referencjami.

Przechodząc w kolejności podniesionych zarzutów należy wskazać co następuje.

Zarzut nr 1 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum a także zaniechanie jego wykluczenia z Postępowania podczas gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie spełnienia wymagań z pkt. 5.6 Rozdziału II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia w zakresie związanym z deklarowaną liczbą serwerów rozgłoszeniowych, a Konsorcjum przedstawiło w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje przez niego podjęte w Postępowaniu;

Odwołanie opiera się na nieprawdziwej i niewykazanej tezie, iż współkonsorcjant (ProExe) nie mógł posiadać na dzień składania ofert zadeklarowanej liczby serwerów 267 - spełniających warunki opisane w pkt 5.6 OPZ, tj. iż istniały i były

użytkowane przez ProExe, stanowiły własność ProExe i były w całości przez tego wykonawcę zarządzane i wykorzystywane w celu realizacji jego zadań. Swoje twierdzenia Odwołujący opierał na dostępnych danych publicznych, które nie uwzględniały okoliczności wykazanej dowodem załączonym przez Przystępującego, tj. zakupu dodatkowej liczby 262 serwerów od Vectra S.A. w dniu 9.11.2023 r., co nastąpiło przed terminem złożenia oferty w obecnym postępowaniu. Ponadto argumenty podnoszone na rozprawie przez Odwołującego nie mogły prowadzić do zaostrożenia warunku z pkt. 5.6 OPZ, w którym Zamawiający nie sprecyzował okresu w jakim zadeklarowane serwery miały być użytkowane, czy też wykorzystywane w celu realizacji zadań własnych na moment złożenia oferty. W swz nie zostały wprowadzone żadne wytyczne, które pozwalałyby na szczegółową analizę stopnia wykorzystania zadeklarowanych serwerów, co uwzględniając wyjaśnienia stron, również nie byłoby możliwe do przeprowadzenia, gdyż wymagałoby bardzo drobiazgowej analizy realizowanych umów, w celu ustalenia stopnia, w jakim wykorzystywany miałby być system wykonawcy. Zamawiający na potrzebę oceny oferty wymagał wyłącznie zadeklarowania liczby serwerów ogłoszeniowych, co nie było w żaden sposób limitowane, czy liczbą maksymalną i minimalną, niezbędną dla zabezpieczenia potrzeb obecnego zamówienia. Zamawiający nie żądał również załączenia dowodów potwierdzających spełnianie wymagań z OPZ.

Oddalając odwołanie w tym zakresie skład orzekający uznał, iż to na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania zasadności formułowanych tez, a w sprawie dowody przedłożone przez Konsorcjum uzasadniały odmienną ocenę stanu faktycznego istniejącego na dzień złożenia oferty. Na podstawie załączonych dowodów zakupu serwerów (dowody z załączników od 6 do 9) nie można przyjąć założenia Odwołującego, jakoby serwery nabyte do majątku spółki nie istniały i nie były jej własnością, co również podważa twierdzenie, iż nie były w całości zarządzane przez ten podmiot. Odwołujący próbował podważyć dowody mające potwierdzać stan środków trwałych, co w ocenie składu orzekającego nie zostało skutecznie przeprowadzone. Odmienna ocena i próba podważenia danych prezentowanych w załącznikach do pisma procesowego stanowiła wyraz subiektywnej oceny wykonawcy dążącego do podważenia prawidłowości oceny oferty konkurencyjnej i nie została poparta żadnym przekonującym argumentem. Przedłożony w załączniku nr 10 do pisma procesowego Konsorcjum test architektury i komunikacji potwierdza również, iż fizycznie stanowią one część systemu ogłoszeniowego, który jest wykorzystywany w celu realizacji zadań własnych. Nie budziło bowiem sporu, iż spółka ProExe realizuje usługi z wykorzystaniem posiadanego systemu ogłoszeniowego, co potwierdzał sam Odwołujący w odniesieniu co najmniej do umowy, przejętej w całości we wrześniu 2023 r. przez ProExe, a wcześniej realizowanej przez Odwołującego na rzecz Vectra S.A. Odwołujący w sposób wybiórczy oceniał fakt, iż usługa została przejęta od niego i obecnie jest świadczona przez ProExe, a stan ten istniał na moment złożenia oferty. W ocenie składu orzekającego włączenie dodatkowych serwerów w działający system ogłoszeniowy ProExe oznacza spełnienie warunku OPZ i nie było koniecznym wykazanie, w jakim stopniu system ten jest wykorzystywany w realizowanych zadaniach i na rzecz jakich umów użytkowany. W sytuacji, gdy nastąpiło rozbudowanie systemu o dodatkowe urządzenia, z punktu widzenia wytycznych z pkt 5.6 OPZ, wszystkie włączone urządzenia należało ocenić jako elementy działające w ramach użytkowanego systemu i wykorzystywane na potrzeby realizowanych zadań ProExe. Faktycznie opis pozwalał ocenić wyłącznie w sposób teoretyczny system jako istniejący i użytkowany (wykorzystywany przez wykonawcę). W sprawie ostatecznie nie budziło wątpliwości, iż zakup urządzeń miał miejsce, a serwery zostały przed terminem złożenia ofert nabyte i włączone do systemu ProExe.

Jak przyznał sam Odwołujący uzasadniając kolejne zarzuty sam deklarując liczbę serwerów w tym postępowaniu przedstawił zasób systemu, który jest wykorzystywany na potrzeby innej umowy (Grupa Discovery), chociaż jak twierdził liczba 112 serwerów byłaby niezbędna dla wykonania przedmiotowego zamówienia, jako ilość minimalna. Takie stanowisko wskazuje na niespójność argumentacji, w której niejasnym jest jakie znaczenie przywiązuje Odwołujący do kwestii ustalenia potrzeby wykorzystania w całości zadeklarowanej liczby serwerów dla zabezpieczenia obecnego zamówienia. W ocenie składu orzekającego z punktu widzenia kryterium oceny ofert nie ma potrzeby ustalania, czy liczba 267 serwerów będzie w całości skierowana wyłącznie na realizację obecnego zamówienia, jak również czy wykorzystywana jest w całości na zabezpieczenie zadań już realizowanych przez wykonawcę, co nie ma oparcia w treści OPZ. Zamawiający wyłącznie oceniał zasób systemu bez konieczności wykazania konkretnej liczby minimalnej mającej wystarczać na obsługę umowy. Tym samym wystarczającym było wykazanie liczby serwerów spełniających wymagania OPZ, sformułowane w sposób otwarty i ogólny.

Zarzut nr 2 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum podczas gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie spełnienia wymagań z pkt. 5.3 Rozdziału II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, a Konsorcjum przedstawiło w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje przez niego podjęte w Postępowaniu.

Odwołujący próbował nadać odmienne znaczenie wymaganiu z pkt 5.3 OPZ przez konieczność jego oceny tak jak dla systemu i serwerów opisanych w pkt 5.6 OPZ, tj. przez przypisanie węzłów systemu dystrybucji treści wyłącznie do ProExe, jako właściciela serwerów zadeklarowanych dla uzyskania punktów w kryterium oceny.

Odbiega to zarówno od literalnej wykładni OPZ, jak również nie uwzględnia podziału zadań, jakiego dokonali pomiędzy sobą konsorcjanci. Zgodnie z tym podziałem *HORYZONT w wykonaniu Zamówienia świadczył będzie wszelkie potrzebne usługi telekomunikacyjne potrzebne przy wykonaniu Zamówienia oraz usługi wymagające wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych*, To nie ProExe będzie odpowiedzialny za wykonanie usług telekomunikacyjnych, stąd kwestia związana ze statusem LIR, adresacją IP, utrzymywania infrastruktury telekomunikacyjnej w punktach wymiany ruchu w Internecie, prezentowana w odniesieniu do ProExe, nie mogła prowadzić do stwierdzenia niezgodności oferty z wymaganiem z pkt 5.3 OPZ. Przedstawione przez Odwołującego dowody nie były przydatne, gdyż miały wykazać tezę z góry błędnie sformułowaną, a opierającą się na założeniu, że warunek z pkt 5.3 mógł być wykazane przez Konsorcjum wyłącznie przez odniesienie do statusu ProExe z pominięciem współkonsorcjanta i jego właściwości jako operatora telekomunikacyjnego. Odwołujący nie odniósł się nawet do stanowiska Przystępującego prezentowanego w piśmie procesowym w zakresie opisanego dostępu do sieci telekomunikacyjnych, jak również statusu Horyzont jako operatora punktu wymiany ruchu. Ponadto, słusznie podnosił Zamawiający, jak i Przystępujące Konsorcjum, iż nie było wymogiem potwierdzenie spełnienia warunku już na dzień złożenia oferty. Tym samym sformułowana na str. 11 odwołania teza o potrzebie weryfikacji zlokalizowania węzłów systemu dystrybucji w przynajmniej trzech niezależnych od siebie sieciach telekomunikacyjnych lub punktach wymiany ruchu, analogicznie jak dla zadeklarowanej liczby serwerów rozgłoszeniowych, na dzień składania ofert, była z góry nieprawidłowa.

Wywodzony w konsekwencji dowolnych i nie mających odniesienia do treści OPZ twierdzeń o niezgodności oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia, zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Ustawy, również podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 3 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt.7 i 8) PZP w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i uznanie ceny ofertowej za realną podczas gdy Konsorcjum w ofercie nie uwzględniło istotnych kosztów cenotwórczych dla realizacji przedmiotu zamówienia, które musiałyby wpłynąć na ustalenie abonamentu miesięcznego na znacznie wyższym poziomie niż deklarowany w ofercie, co jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut został oparty na całkowicie dowolnej i nie mającej oparcia w treści oferty tezie, iż w cenie oferty Konsorcjum powinno uwzględnić całkowity koszt zakupu dodatkowej liczby serwerów zadeklarowanej w ofercie. Miałoby to bowiem mieć uzasadnienie w potrzebie wykorzystania całej zadeklarowanej liczby serwerów na zabezpieczenie obecnego zamówienia.

Należy wskazać, iż zakres zamówienia obejmuje świadczenie usługi, opisanej w dokumentacji postępowania, co nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu świadczenia na zakup serwerów, które będą wykorzystywane do obsługi umowy z Zamawiającym. Jak wskazano wcześniej, w swz nie ma żadnej wytycznej co do ilości serwerów, stanowiących niezbędny zasób dla zabezpieczenia potrzeb obecnego zamówienia, co czyni argumentację związaną z wyliczeniem kosztów zakupu ilości serwerów zadeklarowanych przez Konsorcjum, jako nieprzydatną dla oceny oferty. Odwołujący w ramach wyjaśnień do protokołu oświadczył, iż sam również wykorzystuje zadeklarowane serwery na zabezpieczenie innych kontraktów, w tym zapewniając obsługę Grupy Discovery, co wskazuje na brak uzasadnienia dla przypisania dokonanej inwestycji wyłącznie dla obecnie złożonej oferty w przetargu. Odwołujący w argumentacji na str. 13 odwołania zasadniczo sprowadza kwestię kalkulacji kosztów do stworzenia działającego systemu rozgłoszeniowego spełniającego wszystkie wymagania OPZ, co w ocenie składu orzekającego całkowicie wypaczało zakres oferty i związane ze świadczeniem usługi koszty, prezentowane w cenie abonamentu miesięcznego. Odwołujący w sposób sztuczny zawyżał koszty ceny prezentując wyliczenia dotyczące urządzeń, których ilości w żaden sposób nie można odnieść do potrzeb stanowiących przedmiot zamówienia, co miałoby uzasadniać wliczenie kosztów zakupu, jako stanowiących niezbędny nakład wykonawcy na realizację tej umowy. Nie budzi wątpliwości składu orzekającego, iż świadcząc usługę ProExe może wykorzystywać wszystkie serwery w celu obsługi innych podmiotów w zależności od zapotrzebowania i obciążenia poszczególnych urządzeń. Odwołujący nie wykazał, aby taki sposób kalkulacji kosztów był uzasadniony zakresem zamówienia, w szczególności prezentowane przez niego wyliczenia co do ilości godzin transmisji (57.600 godzin) nie miały oparcia w zapisach swz, gdzie Zamawiający nie określał w ten sposób skali zamówienia. Przystępujący w kontrze do tej tezy przedstawił dane dotyczące liczby godzin materiałów za okres z 8, 9 i 10 kadencji sejm, dostępne na stronie sejm.gov.pl, które zajmują na dysku w sumie 3.2 Mbps.

Prezentowane w odwołaniu uzasadnienie nie przekonało składu orzekającego do przyjęcia istnienia obiektywnego uzasadnienia dla podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, które miałoby prowadzić do wszczęcia postępowania

wyjaśniającego, a w konsekwencji mogłoby uzasadnić odrzucenie oferty Konsorcjum.

Zarzut nr 4 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit b) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum podczas gdy Konsorcjum w treści złożonych wykazu usług i referencji nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z Rozdział I pkt. 2.4 ppkt. 1) SWZ:

Zasadnicza teza na jakiej opierał Odwołujący ten zarzut została sformułowana w sposób odbiegający od opisu warunku, w którym rozproszona sieć typu CDN nie została doprecyzowana, jako sieć wewnętrzna. Zamawiający określił warunek wskazując na: *1 usługę polegającą na transmisji na żywo do sieci Internet poprzez rozproszoną sieć typu CDN (content delivery network), o oglądalności nie mniejszej niż 10 000 jednoczesnych odbiorców*. Ocena spełnienia tak postawionego warunku nie mogła na obecnym etapie prowadzić do jego zaostrzenia przez doprecyzowanie, aby sieć stanowiła własność wykonawcy. Sam Odwołujący na str. 15 odwołania definiuje CDN jako rozproszoną sieć serwerów, umożliwiającą transmisję danych, jednocześnie formułując zawężającą dla tej definicji tezę, iż wykorzystanie sieci zewnętrznej systemu CDN nie odpowiadałoby warunkowi udziału w postępowaniu. Odwołujący w żaden sposób nie skomentował wyjaśnień prezentowanych przez Przystępujące Konsorcjum, a dotyczących różnej architektury sieciowej systemu CDN (UNICAST/ANYCAST/MULTICAST), co ma znaczenie w kontekście adresacji IP, do czego przywiązyw wagę Odwołujący oceniając doświadczenie wykazane w wykazie usług i opisane w referencjach.

Wystarczającą dla wykazania spełnienia warunku była usługa i referencja wystawiona przez Interactive Media Solution L.L.C. dot. Wide.net, która odnosi się do usługi świadczonej w oparciu o rozproszoną sieć dostarczania treści (CDN) w okresie ostatnich 3 lat. W referencji z 14.11.2023 r. wystawionej dla PROEXE Sp. z o.o. potwierdzona została realizacja usługi obejmującej *transmisję na żywo do Internetu różnych wydarzeń na żywo za pośrednictwem geograficznie rozproszonej sieci dostarczania treści (CDN) – (w ramach tej usługi PROEXE było odpowiedzialne za transmisję treści na żywo do ponad 10.000 użytkowników jednocześnie)*. Rozważania prezentowane do pozostałych dwóch usług nie miały żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiocie tego zarzutu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....