

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 5 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 stycznia 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **Innergo Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Św. Jacka Odrowążka 15, 03-310 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi**, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź

z udziałem przystępującego po stronie zamawiającego – uczestnika, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Telway Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Krakowiaków 10, 32-060 Kryspinów, **Globitel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Łąkowa 3/5, 90-562 Łódź

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności z 10.01.2025 r. wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Telway Sp. z o.o. i Globitel Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy i powtórzenie czynności oceny ofert niepodlegających odrzuceniu.
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Telway Sp. z o.o. i Globitel Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15.000 zł 00 gr. (piętnaście tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów pełnomocnika odwołującego,
 - 2.2. zasądza od uczestnika – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Telway Sp. z o.o. i Globitel Sp. z o.o. na rzecz odwołującego 18.600 zł 00 gr. (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu wpisu i 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:.....

KIO 206/25

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – GDDKiA Oddział w Łodzi w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę systemu łączności autostradowej – część aktywna* (nr postępowania: O/ŁO.D-3.2421.40.2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21.10.2024 r., S 205/2024 636223-2024, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu, wniesione zostało 20.01.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Innergo Systems Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 206/25).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej 10.01.2025 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. TELWAY sp. z o.o. z siedzibą w Kryspinowie oraz Globitel sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej jako: „Konsorcjum”) pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim:
 - a) w poz. 1 Formularza Cenowego nr 1 Konsorcjum zaoferowało przełącznik typu C Alcatel-Lucent Enterprise OS6560-48X4, który nie posiada dwóch wewnętrznych zasilaczy 230 V AC typu hot-swap (zasilacze posiadające możliwość wymiany bez przerywania pracy urządzenia), co jest niezgodne z ust. 7 pkt 3 wiersz 2 Opisu przedmiotu zamówienia (brzmienie z dnia 27 listopada 2024 r., str. 14),
 - b) w poz. 20 Formularza Cenowego nr 2 Konsorcjum zaoferowało dysk zewnętrzny SSD 2 TB Kingston XS1000 2TE USB3.2 SXS1000/2000G, który posiada wymiary niezgodne ze wskazanymi przez Zamawiającego wymiarami minimalnymi podanymi w ust. 7 pkt 10 poz. 8 Opis przedmiotu zamówienia (w brzmieniu z dnia 27 listopada 2024 r., str. 34);

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1

2.art. 128 ust. 4 Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią Jednolitego Europejskiego Dokumenty Zamówienia złożonego przez Lidera Konsorcjum - TELWAY sp. z o.o. z siedzibą w Kryspinowie, w którym wskazano, że wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia, a treścią oferty, gdzie pkt 5 dotyczący podwykonawstwa został przekreślony w miejscach, w których należało wpisać część zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom oraz nazwy podwykonawców, a więc Konsorcjum wbrew oświadczeniu złożonemu w JEDZ wskazał, że nie zamierza korzystać z podwykonawców, co powoduje, że nie można ustalić, czy Konsorcjum zamierza korzystać z podwykonawców czy też nie, a jeżeli tak, to czy wbrew przepisom Pzp Konsorcjum nie zamierza zlecić podwykonawcy do realizacji całości przedmiotu zamówienia oraz czy wobec ewentualnego podwykonawcy nie zachodzą przesłanki sankcyjne;

oraz

3.art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Konsorcjum, ewentualnie wezwanie Konsorcjum do wyjaśnień i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie (pismo z 3.02.2025 r.).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło Konsorcjum. Na posiedzeniu 5.02.2025 r. Konsorcjum wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania.

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.).

W zawiązku z oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości oraz wniesieniem sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołanie podlegało rozpoznaniu w tym zakresie na rozprawie.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska prezentowane ustnie na rozprawie i w pismach procesowych.

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania przekazana przez zamawiającego jak również dowody złożone na rozprawie.

Ustalenia Izby.

Zamawiający w postępowaniu stosował procedurę odwróconą, o której mowa w art. 139 ust. 1 Ustawy.

Zgodnie z pkt 16 swz wykonawcy zobowiązani byli podać w formularzach cenowych nazwę producenta, model oraz numer produktu oferowanego sprzętu. Oferta, w której nie zostaną podane wymagane dane podlegała odrzuceniu. Zamawiający nie żądał złożenia przedmiotowych środków dowodowych. W ofercie składane były: formularz cenowy zbiorczy oraz trzy formularze cenowe obejmujące podzielone odcinki dróg oraz opcję.

Zgodność oferowanego urządzenia, zgodnie z OPZ wykazana miała być w wypełnionym formularzu cenowym (pkt 7 OPZ). OPZ zawiera opis wymagań, w tym dla przełącznika sieciowego typ C – opisane w tabeli ppkt 3, w tym jako wymagane parametry fizyczne określono:

Wymagane parametry fizyczne

- a) możliwość montażu w szafie 19"
- b) dwa wewnętrzne zasilacze 230V AC typu hot-swap.
- c) port USB umożliwiający podłączenie zewnętrznej pamięci flash

w opisie konfiguracji przełącznika wskazano:

Przełącznik musi posiadać minimum:

- 48 portów gigabitowych w standardzie 100/1000BaseT
- Minimum 4 portów 10Gb SFP+, pozwalające na instalację wkładek 10Gb (SFP+) i Gigabitowych (SFP).

Przełącznik musi być dostarczony z:

- 4 wkładek 10Gb (SFP+)
- Patchcords kat. 6 o długości 1,5m, w ilości co najmniej 48 szt.

Wszystkie powyższe porty muszą być dostępne od frontu urządzenia.

W opisie parametrów fizycznych przełącznika sieciowego typ B zamawiający wskazał:

Wymagane parametry fizyczne

- a) możliwość montażu w szafie 19"
- b) dwa wewnętrzne redundantne zasilacze 230V AC typu hot-swap (nie dopuszcza się rozwiązania zewnętrznego). Każde urządzenie musi zostać dostarczone z 2 zasilaczami umożliwiające wymianę w trakcie pracy urządzenia (ang. Hot-swap).
- c) port USB umożliwiający podłączenie zewnętrznej pamięci flash

W opisie parametrów fizycznych przełącznika sieciowego typ D zamawiający wskazał:

Wymagane parametry fizyczne

- a) możliwość montażu na szynie DIN lub w szafie RACK 19"
- b) jeden zewnętrzny zasilacz 24V DC. Z możliwością dołożenia dodatkowego zasilacza o tych samych parametrach działający w trybie Load-Balancing
- c) Jeden zasilacz powinien zapewnić budżet mocy PoE minimum 140W
- d) port USB umożliwiający podłączenie zewnętrznej pamięci flash
- d) Ochrona przeciwprzepięciowa portów do 6kV
- e) Warunki pracy urządzenia:
 - Zakres temperatur od -40°C do +75°C
 - Odporność na wibracje i wstrząsy
 - Zgodność ze standardami kolejowymi: EN 50121-4, EN 50155:2017, EN 61373, EN 62236-4, EN61000-6-4, EN61000-6-2
- f) Minimum 1 szt. Wejścia i wyjścia systemów alarmowych pozwalających na sygnalizację przez SNMP np. otwarcia szafki RACK.

Opis wymagań dla dysku SSD (2TB) zamieszczony został w pkt 10 OPZ i zawiera wymagania minimalne, w tym wymiary:

8. Wymiary: wysokość/szerokość/głębokość [mm] 8/57/85

W pkt 12 OPZ wskazana została procedura dotycząca wniosków materiałowych:

Wykonawca w Formularzu Ofertowym złożonym w postępowaniu przetargowym wskazuje producenta, model i numer produktu każdego urządzenia.

Po podpisaniu Umowy Wykonawca w ciągu 5 dni uzupełni dane urządzeń przekazując: specyfikacje techniczne, karty produktu i certyfikaty dla każdego z urządzeń.

Zamawiający w ciągu 5 dni od daty otrzymania kompletu dokumentów dokona oceny zgodności parametrów proponowanych urządzeń z wymaganiami OPZ i zaakceptuje bądź odrzuci wniosek dotyczący każdego urządzenia.

W przypadku odrzucenia przez Zamawiającego zaproponowanego urządzenia Wykonawca w ciągu 5 dni powinien przedstawić nowy kompletny wniosek materiałowy dotyczący urządzenia niespełniającego wymogów OPZ.

Zamawiający w ciągu 5 dni od daty ponownego otrzymania kompletu dokumentów sprawdzi zgodność parametrów urządzenia i zaakceptuje bądź odrzuci urządzenie. W przypadku ponownego odrzucenia wniosku Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy z winy Wykonawcy.

Opisana procedura dotyczy również wszystkich materiałów i urządzeń, których potrzeba dostarczenia i wbudowania pojawi się w trakcie realizacji Umowy.

Wykonawca nie może przystąpić do montażu urządzeń bez akceptacji wniosku materiałowego urządzenia.

W postępowaniu złożonych zostało 6 ofert (informacja z otwarcia z dnia 6.12.2024 r.).

W formularzu cenowym nr 1, poz. 1 Konsorcjum wskazało przełącznik typ C producenta Alcatel-Lucent Enterprise, model OS6560-48X4.

W formularzu cenowym nr 2, poz. 20 Konsorcjum wskazało na dysk SSD 2TB producenta Kingston, model XS10002TE USB3.2 SXS1000/2000G.

Formularze cenowe nr 2 i 3 stanowią zamówienie podstawowe, a formularz cenowy nr 1 dotyczy opcji.

10.01.2025 r. zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w odwołaniu powołał się na zapisy kart katalogowych przełącznika sieciowego typ C – zaoferowanego w ofercie Konsorcjum i przedstawił na rozprawie wyciąg z instrukcji przełącznika OS6560-P48X4 (zaoferowany przez odwołującego) i OS6560-48X4 (zaoferowany przez Konsorcjum). Na zdjęciach panela tylnego przełącznika widać dwa różne typy zasilania. W modelu OS6560-48X4 lit. C oznaczony jest wewnętrzny zasilacz AC, a lit. D zasilacz zapasowy (modułowy). W modelu OS6560-P48X4 występuje gniazdo zasilania C. Odwołujący przedstawił również wyciąg z opisu technicznego dostępnych modeli OmniSwitch 6560, w którym wskazuje się dla modelu OS6560-48X4 w opisie zasilania podstawowego – stały wewnętrzny zasilacz AC, a jako zasilanie zapasowe – modułowy wewnętrzny zasilacz AC/DC. W opisie modelu OS6560-P48X4 zasilanie podstawowe zapewnia – modułowy wewnętrzny zasilacz AC, a zasilanie zapasowe – modułowy wewnętrzny zasilacz AC. W opisie zasilaczy i ich specyfikacji dla wszystkich modeli OmniSwitch 6560 podano, że

Wszystkie modele OmniSwitch 6560 wspierają 1+1 wymienne na gorąco zasilacze w ramach konfiguracji o wysokości 1RU, pozwalając na łatwiejsze utrzymanie i wymianę. Modele bez PoE mają stały, wewnętrzny zasilacz podstawowy i modułowy, wewnętrzny zasilacz zapasowy. Modele PoE mają zasilacze (zarówno podstawowe jak i zapasowe) modułowe oraz wewnętrzne.

Z opisu dysku SSD Kingston XS1000 2TB wymiary urządzenia wynoszą: 69,54 mm (głębokość) x 32,58 mm (szerokość) x 13,5 mm (wysokość).

Odwwołanie podlegało uwzględnieniu.

Zarzut nr 1 jako podstawowy podlegał uwzględnieniu, co faktycznie prowadziło do uwzględnienia odwołania i żądań wskazanych w tym zakresie.

Zasadniczo Konsorcjum wnoszące sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego nie kwestionowało parametrów fizycznych obu urządzeń przedstawionych w odwołaniu i popartych dowodami. Strony odmiennie natomiast rozumiały zapisy zamieszczone w OPZ w kontekście ustalenia, czy oferta jest z nimi niezgodna.

W odniesieniu do przełącznika sieciowego typu C, nie było spornym, że wskazanie w OPZ na zasilacze typu hot-swap opisuje funkcje zasilaczy modułowych wewnętrznych, które pozwalają na ich wymianę w razie awarii bez wyłączania urządzenia („na gorąco”). Konsorcjum w ten sam sposób identyfikowało rozwiązanie zasilania wskazując, że jeden z zasilaczy wewnętrznych urządzenia jest modułowym typu hot-swap, a drugi taki sam dostarczy jako zasilacz zapasowy. Tym samym dostarczone urządzenie będzie posiadało trzy zasilacze, w tym dwa wewnętrzne zasilacze typu hot-swap (jeden zapasowy) i jeden stały zasilacz wewnętrzny.

W ocenie składu orzekającego zaoferowany model przełącznika typu C OS6560-48X4 nie spełnia warunku opisanego w swz, jako parametru fizycznego urządzenia wyposażonego w dwa wewnętrzne zasilacze 230V AC typu hot-swap. Nie przekonała Izby argumentacja o możliwości zaoferowania urządzenia, w którym drugi modułowy zasilacz typu hot-swap miałby być dostarczony dodatkowo do urządzenia fabrycznie wyposażonego w jeden tego typu zasilacz (opisany jako zapasowy w urządzeniu) i drugi zasilacz podstawowy – stały wewnętrzny AC. Zamawiający w opisie warunku w żaden sposób nie odniósł się do możliwości dołożenia dodatkowego zasilacza typu hot-swap, jak uczynił to w opisie przełącznika typu D, czy też innego rozwiązania zewnętrznego. Wymaganie oznaczało konieczność zapewnienia zasilania w postaci dwóch modułowych wewnętrznych zasilaczy, czego nie spełnia urządzenie, w którym podstawowe zasilanie zapewnia stały wewnętrzny zasilacz AC. W przypadku awarii stałego zasilacza jego wymiana nie może odbyć się bez wyłączenia urządzenia. Nie zmienia tej okoliczności możliwość przełączenia na zasilacz zapasowy typu hot-swap. Usunięcie usterki zasilacza wbudowanego, bez jego odłączenia nie będzie bowiem możliwe. W celu zapewnienia sprawnego działania i możliwości wymiany zasilacza „na gorąco”, zamawiający wymagał urządzenia wyposażonego w dwa tego typu zasilacze, a nie jeden. Ponadto, Izba nie przyjęła argumentu, że wykonawca w cenie miałby uwzględnić dodatkowy zasilacz, o którym w żadnym miejscu nie wspomina w ofercie. Nie ma również takiego wymagania w OPZ, jak w przypadku wkładek i paczkordów. Tym samym zamawiający nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta obejmuje dodatkowe wyposażenie. Nawet przyjęcie, że Konsorcjum mogłoby dołożyć dodatkowy zasilacz typu hot-swap, nie zmienia parametru fizycznego zaoferowanego przełącznika typu C, który posiada dwa zasilacze, w tym jeden stały wewnętrzny i jeden typu hot-swap.

W ocenie składu orzekającego, niezgodność w zakresie urządzenia objętego prawem opcji, w sytuacji, gdy stanowi ona treść oferty i składową cenę oferty brutto, pozwala na dokonanie oceny pod kątem zgodności z warunkami zamówienia i ewentualne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, w przypadku stwierdzenia tej niezgodności.

Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie, w szczególności wyroku Sądu Zamówień Publicznych z 8.04.2024 r., sygn. akt XXIII Zs 3/24, w którym Sąd wskazał na dopuszczalność oceny oferty pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji, niezgodności oferty z warunkami zamówienia, czy też zawierającej błąd w obliczeniu ceny, co uzależnia od stwierdzenia, że wykonawca w ofercie założył realizację zamówienia w całości, tj. wraz z opcją. W okolicznościach niniejszej sprawy, takie założenie wynika z treści oferty, w której znajduje się formularz oferty nr 1 dedykowany dla opcji, a jej wycena stanowi składową ceny całkowitej oferty.

Izba nie uwzględniła również argumentu Konsorcjum, w którym odnosiło się do procedury związanej z etapem realizacji umowy, na którym zamawiający może odmówić przyjęcia urządzeń, które nie spełniają warunków zamówienia. Opisana w pkt 12 OPZ procedura akceptacji wniosku materiałowego również zakłada badanie zgodności urządzeń, jakie mają zostać zabudowane z wymaganiami zawartymi w OPZ. Nie oznacza zatem możliwości zmiany treści oferty, czy też przyjęcia oferty, w której zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań zamawiającego i jego późniejszą wymianę na etapie realizacji umowy na urządzenie spełniające te wymagania. Zamawiający zobowiązany jest na etapie badania ofert potwierdzić zgodność oferty z wymaganiami, co stanowi warunek konieczny dla uznania oferty za najkorzystniejszą. W przypadku bowiem przyjęcia oferty niespełniającej warunków opisanych w dokumentacji, doszłoby do naruszenia podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również braku możliwości uznania, że doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle opisanych w swz kryteriów, w tym kryterium ceny. Zapewnienie porównywalności ofert, które uwzględniają wszystkie warunki zamówienia pozwala na wskazanie oferty najkorzystniejszej, tj. oferty zakładającej realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami wskazanymi w dokumentacji postępowania.

Również w zakresie dysku SSD 2TB argumentacja Konsorcjum nie mogła prowadzić do uznania, że zaoferowane urządzenie o rozmiarach mniejszych niż wskazane jako minimalne, spełnia warunki zamówienia. Próba nadania odmiennego znaczenia pojęcia „wymagania minimalne”, jako pozwalających na zaoferowanie urządzenia o wymiarach mniejszych niż wskazane, również nie mogła wpłynąć na ocenę oferty jako zgodnej z swz. Przyjęcie bowiem takiego rozumienia oznaczałoby, że urządzenie przekraczające jeden z wymiarów „w górę” również nie byłoby zgodne, a takie przekroczenie dotyczyłoby wysokości urządzenia (13,5 mm przy wymogu 8 mm).

Ponieważ odwołujący wykazał zasadność twierdzeń o niezgodności oferty Konsorcjum z swz, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wymaga uchylecia i powtórzenia czynności w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany został zatem do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, jako niezgodnej z warunkami zamówienia i powtórzenia czynności oceny ofert niepodlegających odrzuceniu.

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 § 7 ust. 1 pkt 2 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł. oraz koszty odwołującego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości wskazanej w rachunku i obciążyła nimi w całości uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego.

Przewodnicząca:.....