

Sygn. akt: KIO 2415/23

WYROK

z dnia 5 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2023 roku przez wykonawcę Altaria Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 56c, 00-803 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Giędnia 7/9, 01-211 Warszawa

przy udziale wykonawców:

A) AM Technologies Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Jerozolimskie Business Park, Al. Jerozolimskie 146 C, 02-305 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2415/23 po stronie zamawiającego, oraz

B) RATEART Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Lenartowicza 24, 93-143 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2415/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Altaria Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 56c, 00-803 Warszawa i:

2.1. 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2261/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa Pzp”), pn. „Dostawa 15 kompletnych zestawów urządzeń do pomiaru parametrów transmisyjnych w szerokopasmowych sieciach telekomunikacyjnych opartych o protokół IP oraz przeprowadzenie instruktażu w siedzibie Zamawiającego przy ul. Giędnia 7/9 w Warszawie”, numer referencyjny: BA.WZP.26.12.2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 110-341686 w dniu 9 czerwca 2023 roku.

W dniu 14 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Altaria Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwanego dalej „Odwołującym”, który zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt) 5 ustawy poprzez nieodrzućenie przez Zamawiającego ofert, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. oferty złożonej przez Wykonawcę:

AM Technologies Sp. z o.o. Sp. k. [Al. Jerozolimskie 146 C, 02-305 Warszawa, dalej: AM Technologies] i oferty złożonej przez RATEART D. M. [ul. Lenartowicza 24, 93-143, Łódź, dalej: RATEART] oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona, złożonej przez AM Technologies;

2) art. 16 pkt. 1 ustawy poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego Odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty AM Technologies jako najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert AM Technologies i RATEART;
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez AM Technologies i RATEART;
- 5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ wskutek jego uwzględnienia zostanie unieważniona czynność w postępowaniu obciążona wadą i po prawidłowo przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert, Odwołujący ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy, Odwołujący poniósł szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W dniu 3 sierpnia 2023 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo, z którego treści wynikało, że Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez AM Technologies, która otrzymała łącznie 100,00 punktów. Zamawiający wskazał, że ww. oferta spełnia wszystkie warunki określone w specyfikacji warunków zamówienia i zgodnie z określonym w niej kryterium oceny jest ofertą najkorzystniejszą.

Pozostałe oferty uzyskały kolejno:

- 1) Oferta RETEART - 77,78 pkt.
- 2) Oferta Odwołującego - 69,85 pkt.
- 3) Oferta Nomios Poland Sp. z o. o – 30,54 pkt.

Żadna ze złożonych ofert nie została odrzucona ani Zamawiający nie wykluczył żadnego z Wykonawców.

Dnia 7 sierpnia 2023 roku zawiadomienie o wyniku postępowania zostało sprostowane, w ten sposób, że oferta wykonawcy Nomios Poland Sp. z o. o., została odrzucona.

W dniu 3 sierpnia 2023 roku. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dopuszczonych ofert podmiotów, biorących udział w postępowaniu przetargowym oraz dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu złożonych przez ww. wykonawców.

Odwołujący przeprowadził weryfikację otrzymanych od Zamawiającego w dn. 8 sierpnia 2023 roku dokumentów i stwierdził, iż w jego opinii oferty wykonawców: AM Technologies i RATEART są niezgodne z warunkami zamówienia i jako takie powinny zostać odrzucone. Obie ww. oferty zawierają następujące uchybienia:

- 1) Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia punkt 2 wymagał minimalnych parametrów i wyposażenia:
 - przepływność (information rate - IR), pomiar parametru dla kierunku downlink i uplink, pomiar parametru w zakresie 0-10 Gb/s,
 - utrata ramek (frame loss ratio - FLR),
 - opóźnienie ramek (frame transfer delay - FTD),
 - zmienność opóźnienia ramek (frame delay variation – FDV);

Zgodnie z definicją parametru FTD (Frame Transfer Delay – opóźnienie ramek) znajdującego się w rekomendacji ITU-T Y.1563 na stronie 15 rozdział 8.1, opóźnienie to jest zdefiniowane jako czas potrzebny na przejście ramki ETH od źródła do punktu docelowego, jest to opóźnienie jednokierunkowe i mierzy się je w sposób jednokierunkowy (One Way Delay). Z uzyskanych od Zamawiającego dokumentów wynika jednoznacznie, że zaoferowane przez AM Technologies i RATEART przyrządy mierzą opóźnienie RTD (Round Trip Delay), które jest mierzone do zdalnej pętli, a nie jednokierunkowo, jak wymaga rekomendacja ITU-T Y.1564. Rekomendacja ITU-T Y.1564 wskazuje jednoznacznie, że pomiar do zdalnej pętli jest możliwy tylko w przypadku pomiarów symetrycznych (przepływności w kierunku download, jak i upload są jednakowe).

Zamawiający wyraźnie wskazał w SWZ, że przyrządy mają wspierać pomiary w trybie symetrycznym i asymetrycznym, zatem oferowane przez ww. wykonawców przyrządy, umożliwiające jedynie pomiar opóźnień w pętli są zgodne z metodyką opisaną

w rekomendacji ITU-T Y.1564, zaś pomiar jednokierunkowy opóźnień jest niezgodny z tą metodyką (metodyka pomiaru opóźnień jednokierunkowego jest w tych przypadkach zgodna z własnymi opracowaniami producenta), co czyni je niezgodnymi z ww. warunkami zamówienia.

2) Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia punkt 21 wskazał:

Urządzenia w zestawie powinny mieć zainstalowane oprogramowanie umożliwiające wykonywanie pomiarów w oparciu o standardy ITU-T Y.1564, RFC 2544, RFC 6349.

W związku z pytaniem Odwołującego dotyczącym metodologii pomiaru łącza ETH, które zgodnie z rekomendacją ITU-T Y.1564 opisuje dwa sposoby pomiaru łącza ETH, zadany w dniu 13 czerwca 2023 roku, Odwołujący otrzymał w dniu 20 czerwca 2023 roku odpowiedź Zamawiającego, która w sposób jednoznaczny wskazuje, że zainstalowane oprogramowanie ma umożliwiać wykonywanie pomiarów zgodnie z rekomendacjami wskazanymi w załączniku nr 1:

Odpowiedź Zamawiającego:

Ad 6 a), b), c), d) Pomiary muszą być wykonywane zgodnie z rekomendacjami wskazanymi w załączniku nr 1 do SWZ

W rekomendacji Y.1564 na stronach 10 i 11 rozdział 7.3 i 7.4 przedstawiono sposób wykonywania pomiarów zgodnych z tą rekomendacją. Pomiar wykonywany jest pomiędzy

dwoma urządzeniami w sposób jednokierunkowy, a parametry jakościowe łącza mierzy się jednocześnie i niezależnie dla każdego z kierunków. Pomiar do zdalnej pętli jest dopuszczalny tylko w przypadku pomiaru symetrycznych łącza ETH, jeżeli nie jest dostępne dokładne źródło sygnału ToD (Time of Day), najczęściej sygnał z GNSS. Potwierdza to opinia dotycząca interpretacji wybranych zapisów zalecenia ITU-T Y.1564 Profesora Politechniki Warszawskiej dr hab.inż. K. P., przedstawiona w załączeniu.

Udostępnione przez Zamawiającego dokumenty ofertowe nie potwierdziły zaoferowania przez AM Technologies oraz RATEART, rozwiązania sprzętowego umożliwiającego odczyt dokładnego sygnału ToD (brak odbiornika sygnału referencyjnego GNSS).

Wpływa to również na funkcjonalność i cenę oferowanego sprzętu pomiarowego, czyniąc złożone oferty nierównoważnymi oraz nie zapewniając uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przypadku złożenia ofert porównywalnych urządzeń, oferta

Odwołującego byłaby znacznie korzystniejsza na tle pozostałych.

Z przedstawionych przez Zamawiającego dokumentów wynika jednoznacznie, że rozwiązanie zaoferowane przez AM Technologies i RATEART wykonuje dwa niezależne pomiary do zdalnej pętli, co jest implementacją producenta urządzenia, a nie jest zgodne z rekomendacją IEEE, a tym bardziej z ITU-T Y.1564, której wymaga Zamawiający, w załączniku nr 1 do SWZ.

Oznacza to, że ww. oferty ewidentnie nie są zgodne z warunkami przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy pod pojęciem warunków zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9.03.2023 r., KIO 503/23, LEX nr 3511210.). W tym wypadku treść ww. ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia.

Nie ulega również wątpliwości, że przyjęcie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia stanowi naruszenie zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi argumentami Zamawiający powinien uznać oferty AM Technologies i RATEART za niezgodne z warunkami zamówienia i jako takie odrzucić.

Należy przy tym wziąć pod uwagę fakt, że zamawiane przyrządy mają służyć Zamawiającemu (UKE) do sprawdzania jakości łącza u operatorów telekomunikacyjnych, którzy mogą w bardzo prosty i w pełni uzasadniony sposób podważyć wyniki kontroli, jako że pomiary będą przeprowadzone niezgodnie z zapisami rekomendacji ITU-T Y.1564 stanowiącej odniesienie w procesie przeprowadzanej kontroli.

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych

przepisów ustawy oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem doprowadziły do wyboru oferty, która powinna być odrzucona i nie odrzucenia oferty drugiego z kolei wykonawcy. Zamówienie powinno zostać udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe wniesienie odwołania jest uzasadnione i konieczne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy:

AM Technologies Sp. z oo. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, oraz RATEART Sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi (dawniej: RATEART D. M.).

W dniu 28 sierpnia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, że, w wyniku przeprowadzonych konsultacji rynkowych, doszedł do przekonania, że odbiorniki GNSS nie spełnią swojej funkcji w typowym środowisku pomiarowym u Zamawiającego i dodatkowy koszt odbiorników GNSS będzie

dla Zamawiającego nieuzasadniony. Z uwagi na „potencjalne miejsca wykonywania pomiarów, w szczególności serwerownie (gdzie będzie umieszczone jedno z urządzeń), które

są zamkniętymi pomieszczeniami, często zlokalizowanymi w piwnicach, bez możliwości odbioru sygnału GPS” i brakiem możliwości uzyskania w nich wystarczającego sygnału GPS, Zamawiający nie będzie wymagał dodatkowego wyposażenia urządzeń w odbiorniki GNSS. Taka informacja została przedstawiona przedstawicielom firm, biorącym udział we wstępnych konsultacjach rynkowych. Zamawiający potwierdził informację również w odpowiedzi

na pytania opublikowane na stronie internetowej w dniu 20 czerwca 2023 r. (plik pn. Odpowiedzi na pytania i zmiana treści SWZ z dn. 20.06.2023 r.) i w dniu 28 czerwca 2023 r. (plik pn. Odpowiedzi na pytania i zmiana treści SWZ z dn. 28.06.2023 r.).

Dodatkowo, Zamawiający wyjaśnił, że „rekomendacja ITU-T Y.1564 przywołana w SOPZ oraz wyjaśnieniach dla Wykonawców z dnia 20 czerwca 2023 r. (plik pn. Odpowiedzi na pytania i zmiana treści SWZ z dn 20.06.2023 r.) i w dniu 28 czerwca 2023 r. (plik pn. Odpowiedzi na pytania i zmiana treści SWZ z dn 28.06.2023 r.), w żadnym punkcie nie wyklucza możliwości wykonywania pomiaru FTD, jako round-trip. Zapisy rekomendacji również nie wskazują, że jedynym dopuszczalnym pomiarem jest pomiar one-way (pomiar jednokierunkowy) z obowiązkową synchronizacją czasu. Jednocześnie zapisy w SOPZ odzwierciedlały realne potrzeby Zamawiającego w zakresie wykonywania pomiarów parametrów transmisyjnych w szerokopasmowych sieciach telekomunikacyjnych opartych

o protokół IP. Zamawiający posiada wiedzę, iż wykonywanie pomiaru FTD w trybie jednokierunkowym, w oparciu o rekomendację ITU-T Y.1564, wymaga synchronizacji czasu (np. z wykorzystaniem odbiornika sygnału referencyjnego GNSS). Jednak ze względu

na specyfikę wykonywanych przez Zamawiającego pomiarów oraz weryfikowanych usług, Zamawiający zrezygnował z tego typu rozwiązania, co zostało potwierdzone w odpowiedzi

na pytania opublikowane na stronie Zamawiającego w dniu 20 czerwca 2023 r. poprzez jednoznaczne wskazanie: „Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ, Zamawiający nie wymaga, aby urządzenia były wyposażone w odbiorniki GNSS” oraz dodatkowo uszczegółowione

w dniu 28 czerwca 2023 r.: „Zamawiający wymaga konfiguracji testów na konkretnych warstwach modelu OSI, w przypadku gdy dana rekomendacja tak stanowi” oraz „Zamawiający wymaga, aby wszystkie wyniki zmierzonych parametrów były wygenerowane i zapisane przez przyrząd w jednym raporcie. Jeżeli funkcjonalność oferowanych urządzeń umożliwia pomiar zmienności opóźnienia w trakcie wykonywania testu RFC2544, to wówczas raport powinien zawierać również wyniki tego parametru”. W związku z tym Zamawiający nie może zgodzić

się z twierdzeniem Odwołującego, iż nie została zapewniona uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców, bo każdy z wykonawców miał równy dostęp do treści SOPZ oraz do ww. odpowiedzi na pytania”.

W dniu 31 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Przystępującego AM Technologies Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, wniósł

o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wskazał, że zaoferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania swz, a Odwołujący próbuje zinterpretować postanowienia swz nie w sposób w jaki one faktycznie są sporządzone, ale narzuca własne ich rozumienie.

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający poinformował, że Zamawiający uwzględni w całości odwołanie wniesione przez: UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski. W dniu 04.08.2023 roku oraz w dniu 08.08.2023 roku udostępnił na wniosek Wykonawcy dokumenty oraz korespondencje z Wykonawcami w zakresie wskazanym we wniosku.

W dniu 1 września 2023 roku, podczas posiedzenia z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, Odwołujący złożył pismo procesowe, będące repliką na stanowisko Zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie i pisemnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców: AM Technologies Sp. z oo. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, oraz RATEART Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

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.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców AM Technologies Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, oraz RATEART Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AM Technologies Sp. z oo. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, Izba uznała zarzut za niezasadny. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w której zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści SWZ. Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści

specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznanego odzwierciedlenia w SWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień SWZ.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, na treść postanowień SWZ, w szczególności Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SPOZ) stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ pkt 2 pkt 19, 20 i 21 oraz na „Odpowiedzi na pytania wykonawców i zmiana treści SWZ” z 20 czerwca 2023 r. – odpowiedź na pytanie nr 6.

Zgodnie z treścią Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał:

2. Minimalne, wymagane parametry i wyposażenie:

1) minimalny zakres technicznych parametrów mierzonych:

- przepływność (information rate - IR), pomiar parametru dla kierunku downlink i uplink, pomiar parametru w zakresie 0-10 Gb/s,
- utrata ramek (frame loss ratio - FLR),
- opóźnienie ramek (frame transfer delay - FTD),
- zmienność opóźnienia ramek (frame delay variation – FDV;

(...)

19) wykonywanie jednoczesnych testów w dwóch kierunkach (downlink/uplink), w trakcie jednej sesji pomiarowej, w tym również z możliwością ustawienia parametrów asymetrycznych, z jednoczesnym pomiarem opóźnienia w pętli;

20) wykonywanie testów w tzw. zdalnej pętli;

21) urządzenia w zestawie powinny mieć zainstalowane oprogramowanie umożliwiające wykonywanie pomiarów w oparciu o standardy ITU-T Y.1564, RFC 2544, RFC 6349;

W wyniku wyjaśnienia treści SWZ z dnia 20 czerwca 2023 roku „Odpowiedzi na pytania i zmiana SWZ” Pytanie nr 6:

„Zamawiający wymaga aby urządzenia w zestawie powinny mieć zainstalowane oprogramowanie umożliwiające wykonywanie pomiarów w oparciu o standardy ITU-T Y.1564, RFC 2544, RFC 6349, prosimy o doprecyzowanie:

a) W jakich warstwach mają być wykonywane testy Y.1564, RFC2544?

b) Czy Zamawiający wymaga by testy Y.1564, RFC2544 były realizowane tylko do konkretnej warstwy np. L2 (Ethernet), L3 (IP)?

c) Czy w teście RFC2544 ma być również mierzona zmienność opóźnienia (jitter) i czy uzyskane wyniki pomiarów mają być zamieszczone w jednym raporcie testu RFC2544?

Rekomendacja Y.1564 opisuje dwa sposoby pomiarów łączy ETHERNET, pierwszy

w którym pomiar wykonywany jest w trybie punkt – punkt, a parametry tj przepływność, opóźnienie, utrata ramek oraz jitter są mierzone niezależnie w każdym kierunku w tym samym czasie, dla tego przypadku przyrządy muszą być ze sobą synchronizowane

np. poprzez GPS. Dzięki temu użytkownik jest w stanie zmierzyć niejednorodność kanałów transmisyjnych; oraz drugi sposób, w którym tester generuje ruch do zdalnej pętli, tryb ten jest warunkowo dopuszczony w przypadku przyjęcia założenia, że kanały transmisyjne są jednorodne.

d) Czy przyrządy mają wspierać obie metody pomiarowe?

e) Czy przyrządy mają być wyposażone w odbiorniki GNSS zdalnych jednostek dla trybu pomiaru punkt-punkt?”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Ad 6 a), b), c), d) Pomiary muszą być wykonywane zgodnie z rekomendacjami wskazanymi w załączniku nr 1 do SWZ

Ad 6 e) Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ, Zamawiający nie wymaga, aby urządzenia były wyposażone w odbiorniki GNSS.”

Analiza dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykazała, że obaj Przystępujący złożyli oferty, oświadczając, że spełniają one wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności, w szczególności w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego, tj. opóźnienie ramek (frame transfer delay - FTD), wykonywanie jednoczesnych testów w dwóch kierunkach (downlink/uplink), w trakcie jednej sesji pomiarowej, w tym również z możliwością ustawienia parametrów asymetrycznych, z jednoczesnym pomiarem opóźnienia w pętli, wykonywanie testów w tzw. zdalnej pętli oraz urządzenia w zestawie posiadają zainstalowane oprogramowanie umożliwiające wykonywanie pomiarów w oparciu o standardy ITU-T Y.1564, RFC 2544, RFC 6349. Zgodność ofert z warunkami zamówienia potwierdziły również przeprowadzone przez Zamawiającego testy.

Odwołujący powołuje się na niezgodność ofert ww. wykonawców z dokumentami zamówienia, jednakże nie wskazuje na czym ta niezgodność ma polegać oraz z którymi postanowieniami dokumentacji zamówienia oferty

Przystępujących nie są zgodne.

Odwołujący powołuje się wyłącznie na rekomendacje ITU-T. Y.1563 i ITU-T Y.1564

i zawarte w niej definicje dla parametru FTD (Frame Transfer Delay – opóźnienie ramek) jako opóźnienia jednokierunkowego, mierzonego w sposób jednokierunkowy (One Way Delay), twierdząc, że oferowane przez Przystępujących urządzenia mierzą opóźnienie RTD (Round Trip Delay), które jest mierzone do zdalnej pętli, a nie jednokierunkowo, jak wymaga rekomendacja ITU-T Y.1564.

Tymczasem, w rekomendacji ITU-T Y.1564 przywoływanej w SWZ zdefiniowane zostały dwie metody pomiaru opóźnienia tzn. FTD (Frame Transfer Delay) oraz FTD (Frame Transfer Delay Round Trip/pomiar opóźnienia w pętli), a Zamawiający w SWZ oraz w ramach udzielonych odpowiedzi jednoznacznie określił, że wymaga realizacji pomiaru opóźnienia

w pętli. Ponadto, zgodnie z rekomendacją ITU-T Y.1564 – dowodem złożonym przez Odwołującego podczas rozprawy – pkt. 8.1. „stosowanie opóźnień typu round-trip może być wartościowe w tej rekomendacji ze względu na ich prostotę. Takie opóźnienie należy poddać dalszym badaniom”.

Podkreślić należy, że przywołana rekomendacja nie wyklucza zatem możliwości zastosowania opóźnień typu round-trip, lecz wskazuje na konieczność poddania ich dalszym badaniom. Słuszne jest zatem stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi

na odwołanie, że „rekomendacja ITU-T Y.1564 przywołana w SOPZ oraz wyjaśnieniach dla Wykonawców z dnia 20 czerwca 2023 r. (plik pn. Odpowiedzi na pytania i zmiana treści SWZ

z dn 20.06.2023 r.) i w dniu 28 czerwca 2023 r. (plik pn. Odpowiedzi na pytania i zmiana treści SWZ z dn 28.06.2023 r.), w żadnym punkcie nie wyklucza możliwości wykonywania pomiaru FTD, jako round-trip. Zapisy rekomendacji również nie wskazują, że jedynym dopuszczalnym pomiarem jest pomiar one-way (pomiar jednokierunkowy) z obligatoryjną synchronizacją czasu”. Takie stanowisko potwierdził również profesor Politechniki Warszawskiej dr hab. inż.

K. Perlickiego, w opinii złożonej przez Odwołującego, dotyczącej interpretacji wybranych zapisów zalecania ITU-T Y.1564.

Ponadto Odwołujący zarzuca, że udostępnione przez Zamawiającego dokumenty ofertowe Przystępujących nie potwierdziły zaofiarowania przez Przystępujących rozwiązań sprzętowych umożliwiającego odczyt dokładnego sygnału ToD (brak odbiornika sygnału referencyjnego GNSS). Odwołujący stawiając zarzut, pomija jednak całkowicie treść odpowiedzi na pytanie nr 6 z 20 czerwca 2023 roku, w którym Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie wskazał, że „zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ, Zamawiający nie wymaga, aby urządzenia były wyposażone w odbiorniki GNSS”.

W takich okolicznościach, trudno przyznać zarzutowi Odwołującego rację, z uwagi na to, iż opiera się on na braku znajomości dokumentacji zamówienia.

Odwołujący nie wykazał również, że zaofiarowane urządzenia nie posiadają zainstalowanego oprogramowania umożliwiającego wykonywanie pomiarów w oparciu o standardy ITU-T Y.1564, RFC 2544, RFC 6349.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Treść SWZ oraz odpowiedzi na pytania do treści SWZ była znana wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu na takich samych zasadach, ponadto Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. A zatem nie została naruszona zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba wskazuje, że zarzuty Odwołującego rozszerzone w piśmie procesowym z dnia 31 sierpnia 2023 roku nie zostały wzięte przez Izbę pod uwagę. Zgodnie z treścią art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Podsumowując, Izba wskazuje, że wobec nieudowodnienia, że treść ofert Przystępujących AM Technologies Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz RATEART Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jest niezgodna z warunkami zamówienia, zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia

oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U.

z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: