

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Anna Chudzik

Renata Tubisz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2018 r. przez
wykonawcę DGT sp. z o.o. w Straszynie

w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elmess
Metering sp. z o.o. w Zgierzu oraz WM Rendszerrhaz Informatikai Kereskedelmi és
Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry,
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę DGT sp. z o.o. w Straszynie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr
(słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę
DGT sp. z o.o. w Straszynie,

2.2. zasądza od DGT sp. z o.o. w Straszynie na rzecz PGE Dystrybucja S.A. z
siedzibą w Lublinie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset
złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu
wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od
dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa urządzeń transmisji danych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 lutego 2018 r., nr 2018/S 035-077607.

20 lipca 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy DGT sp. z o.o. w Straszynie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze w części 1 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elmess Metering sp. z o.o. w Zgierzu oraz WM Rendszert Informatikai Kereskedelmi és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 1,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w zakresie zadania 1,
- 3) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu w zakresie zadania 1,
- 4) czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego w zakresie zadania 1,
- 5) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 1

odwołujący wniósł 30 lipca 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że oferta przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 18 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności polegającej na wykluczeniu przystępującego z udziału w postępowaniu i nieodrzczeniu w związku z tym oferty przystępującego, pomimo wystąpienia w sprawie obligatoryjnych przesłanek do podjęcia takiej czynności,
- 3) art. 85 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w związku z art. 66 KC przez zaniechanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty przystępującego z uwagi na istotne błędy formalne oferty przystępującego, takie jak: wadliwa deklaracja zgodności, brak należytego umocowania do podpisania oferty przystępującego oraz upływ terminu związania ofertą przystępującego, w wyniku niezłożenia przez przystępującego wymaganego oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą w postępowaniu,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 w oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp przez dokonanie czynności polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu,
- 5) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy oferta ta jest zgodna z wymaganiami SIWZ,
- 6) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego, pomimo że oferta ta spełnia wymagania SIWZ oraz jest ofertą najkorzystniejszą, spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a, art. 89 ust. 1 ust. 2 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 18 ustawy Pzp,
- 4) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że dostarczone przez

przystępującego urządzenie jest niezgodne w szczególności z wymaganiami określonymi w pkt. 5.1.4 i 2.10 załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z nimi, urządzenie musi być wyposażone w interfejs RS485. W urządzeniu interfejs ten może zostać wyprowadzony na złącze dowolnego typu, ale zgodnie z pkt. 5.1.4 należy dostarczyć również kabel pasujący z jednej strony do tego złącza a z drugiej strony zakończony w określony poniżej sposób:

„5.1.4. Przewód komunikacyjny do portu RS485 o długości 70 cm typu 2xLgY o przekroju 0,75-1,0 mm² zakończony na jednym końcu wtyczką kompatybilną ze złączem CPE, a drugi koniec będzie zakończony:

- wtyczką RJ12 [RJ12(PIN3) - RS485(A) RJ12(PIN4) - RS485(B)] dla 60% dostarczanych CPE,[...].

Dodatkowo, w odpowiedzi na pytanie nr 3 do informacji nr 6 z dnia 22.03.2018r o treści: „Standardowa wtyczka RJ12 ma możliwość obsadzenia przewodów o średnicy od 0,08 (AWG 28) do 0,34 mm² (AWG 22). Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o dopasowanie wymagania do standardu w tym zakresie”, zamawiający sprecyzował: „Zamawiający wymaga aby zastosowane przewody były dostosowane do transmisji danych pomiędzy CPE a licznikiem z uwzględnieniem faktu, że w pobliżu znajdują się przewody pod napięciem 230/400VAC. Przekrój przewodów musi być dobrany w taki sposób aby była możliwość jego zaciśnięcia w standardowej wtyczce RJ12. Zamawiający w ramach doszczegółowienia umieszcza rysunek przedstawiający układ połączeń w dotyczących wtyczki RJ12 (zasilanie do pominięcia)”.

Odwołujący wywiódł, że z treści oferty przedstawionej przez przystępującego wynika, że urządzenie przez niego dostarczone nie spełnia powyższych wymagań zamawiającego ponieważ:

- w dokumencie "M2M Router PR04 Instrukcja obsługi CPE - DTR" (od str. 188 wg ciągłej numeracji oferty), w punktach 4.2.2 "Naklejka ze schematem podłączenia elektrycznego" oraz 4.6 „Schemat podłączenia" przedstawiono niezgodny z SIWZ schemat, z którego wynika, że na odległym końcu kabla interfejsu RS485 należy wykorzystać styki 2 i 3 wtyczki RJ12, a nie jak wymaga tego SIWZ styki 3 i 4.

- przedstawiony schemat jest niezgodny z pkt. 5.1.4 załącznika nr 1 do SIWZ i odpowiedzią na pytanie nr 3 z informacji nr 6 ponieważ schemat jest częścią urządzenia (ma być umieszczony wewnątrz osłony listwy zaciskowej - wymaganie 2.10 SIWZ), urządzenie jest niezgodnie z SIWZ

- jeżeli do oferty dołączono kabel wymagany w pkt. 5.1.4 załącznika nr 1 SIWZ i wykonano go zgodnie ze schematem umieszczonym na urządzeniu, to kabel ten jest niezgodny z SIWZ. Jeżeli kabel dołączony do oferty został wykonany jednak w zgodzie z pkt 5.1.4 SIWZ, to jest on z kolei niezgodny ze schematem umieszczonym na urządzeniu, co również jest naruszeniem wymagań SIWZ.

Pomimo to zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego, co było jego obowiązkiem.

Odwołujący podniósł także, że oferta przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ również w zakresie wymaganej dokumentacji. W szczególności, dokumentacja routera dostarczona przez przystępującego nie spełnia wymagań pkt 13.3.4 i pkt 13.5.3 załącznika nr 1 do SIWZ - „Wymagania dla Modemów AML do zdalnej transmisji danych z liczników bilansujących”. Zgodnie z wymaganiem pkt. 13.3.4.: „Całość dostarczanego

Oprogramowania Narzędziowego oraz instrukcje muszą być wykonane w wersji polskojęzycznej. Dopuszcza się pozostawienie nieprzetłumaczonych na język polski zwyczajowo stosowanych terminów technicznych w języku angielskim” Zgodnie zaś z wymaganiem pkt. 13.5. „Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć wraz z ofertą:[...] 13.5.3. Instrukcje obsługi (CPE i Oprogramowania Narzędziowego) w języku polskim”.

Zdaniem odwołującego, poza wyżej wskazanymi niezgodnościami z SIWZ, oferta złożona przez przystępującego nie spełnia innych wymagań dot. m.in. stosowania języka polskiego w dokumentacji, oprogramowaniu, wsparciu serwisowym i instruktażu, w szczególności określonych w pkt 5.2, pkt 9.4, pkt 10.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ. Zdaniem odwołującego niezgodność z powyższymi wymaganiami uzasadnia przywołany przez niego w odwołaniu fragment, który jest częścią dokumentacji załączonej do oferty przystępującego („Opis protokołu komunikacyjnego API”, od str. 291 wg ciągłej numeracji oferty, pkt. 7.4 od str. 310). Jako inny przykład odwołujący przywołał ten sam dokument, od str. 322 według numeracji stron oferty. Przytoczył fragment ww. strony z oferty przystępującego.

Zdaniem odwołującego przywołane przez niego przykłady świadczą o tym, że dostarczona dokumentacja przystępującego, pomimo użycia w przeważającej części w treści słów języka polskiego, nie jest sporządzona w języku polskim i zrozumiała a jedynie stanowi próbę nieudanego tłumaczenia automatycznego dokumentacji angielskiej lub węgierskiej na język polski. Dokumentacja nie ma waloru informacyjnego, jest niezrozumiała a przez to myląca. Zdaniem odwołującego w takim stanie jak została zaprezentowana wraz z ofertą nie nadaje się do wykorzystania przez zamawiającego zgodnie z jej celem określonym w SIWZ.

Złożona w ramach oferty przystępującego dokumentacja jak i zaoferowane przez przystępującego urządzenia niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia oznaczają, że przystępujący zaoferował produkt, który nie spełnia oczekiwań zamawiającego. Odwołujący argumentował, że wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej narusza również wymóg art. 91 ustawy Pzp. Wyraża się to w tym, iż oferta wybrana przez zamawiającego nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ określonych w postępowaniu. Oferta bowiem, jako jeden z rodzajów oświadczeń woli prowadzących do zawarcia umowy powinna zawierać istotne postanowienia umowy. Skoro jej treść nie jest zgodna z SIWZ, to również zawarta umowa na podstawie takiej oferty będzie miała inny kształt i inną treść, niż pierwotnie przewidywała dokumentacja oraz SIWZ. Wskazywał, że umowa, która będzie zawarta z przystępującym, którego oferta nie jest zgodna z SIWZ, będzie umową nieważną i naruszającą art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Wywodził, że zawarta ewentualnie umowa z wykonawcą, który zaoferował rozwiązanie niezgodne z SIWZ, nie będzie mogła być zmieniona w trakcie jej obowiązywania.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że w dokumentacji dotyczącej postępowania, przesłanej odwołującemu, zamawiający udostępnił również pismo z datą 9 lipca 2018 r, które otrzymał od lidera konsorcjum przystępującego, to jest Elmess Metering sp. z o.o. Pismo zostało podpisane przez członka zarządu Konrada Olczaka. Argumentował, że pismo w swojej treści zawiera bezpodstawne i nieprawdziwe zarzuty wobec urządzeń typu UMAD opracowanych, produkowanych i sprzedawanych przez odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że nie sposób określić jaką to „praktyką, doświadczeniem technicznym znajomością rozwiązań konkurencyjnych urządzenia oraz przekazywanej dokumentacji” Elmess Metering sp. z o.o. dysponował i dysponuje, iż posiada legitymację do formułowania takich bezpodstawnych i fałszywych opinii, jakie zawarł w skierowanym do zamawiającego piśmie. Odwołujący oświadczył, iż Elmess Metering sp. z o.o. nie miał i nie ma żadnego wiarygodnego i legalnego dostępu do dokumentacji urządzeń UMAD, o których mowa w piśmie. Dokumentacja ta nie jest powszechnie dostępna, jest przekazywana przez odwołującego wyłącznie odbiorcom tych urządzeń a sprzedaż urządzeń UMAD jest ściśle ewidencjonowana i ograniczona wyłącznie do sektora energetycznego. Wskazywał, że Elmess Metering sp. z o.o. nie jest i nigdy nie był nabywcą tych urządzeń, więc w sposób legalny nie miał żadnych możliwości pozyskania dokumentacji, na którą się powołuje w piśmie.

Ponadto, w przedmiotowym postępowaniu, dokumentacja odwołującego, w tym w zakresie technicznym, została zastrzeżona i nie mogła być udostępniona w postępowaniu Elmess Metering sp. z o.o. przez zamawiającego. W związku z powyższym, powoływanie się przez Elmess Metering sp. z o.o. na „przekazywaną” dokumentację jest twierdzeniem fałszywym i stanowi wyłącznie próbę manipulacji i wywierania nielegalnego wpływu na opinię zamawiającego w postępowaniu i jego decyzję wobec oferty odwołującego. Podnosił, że urządzenia typu UMAD nigdy nie są w pełni technicznie tożsame dla każdego odbiorcy (użytkownika). Do każdego postępowania odwołujący przygotowuje dedykowaną wersję takiego urządzenia i taka też sytuacja ma miejsce w tym postępowaniu. Z tego więc wynika, iż ewentualnie analizując inną dokumentację i inne urządzenie, nie sposób sformułować wiarygodnej opinii, nie mówiąc już o zarzutach, na temat urządzeń oferowanych przez odwołującego w postępowaniu, chyba, że takie zarzuty prezentowane są w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Elmess Metering sp. z o.o., co zdaniem odwołującego w przypadku pisma z 9 lipca 2018 r ma miejsce.

Odwołujący wywodził, że pomijając kwestię braku dostępu do dokumentacji, przedstawione w ww. piśmie zarzuty są i tak pozbawione podstaw, ponieważ:

- w piśmie nie ma odniesienia do typu urządzenia UMAD ani wersji oprogramowania, których mają dotyczyć prezentowane zarzuty, tj. tych, które są przedmiotem postępowania,
- ewentualne wnioskowanie na podstawie dokumentacji do innych wersji urządzenia UMAD jest nieuprawnione, gdyż żadna z wersji urządzenia ani dokumentacji nie została udostępniona Elmess Metering sp. z o.o.

Odnosząc się merytorycznie do szczegółowych zarzutów ww. pisma odwołujący stwierdził i oświadczył co następuje:

Ad 1. W urządzeniu UMAD nie ma możliwości uzyskania dostępu administracyjnego do urządzenia bez wiedzy i zgody zamawiającego.

Ad 2. W urządzeniu dostarczonym w ramach postępowania opisywany problem nie występuje.

Odwołujący podniósł także, że zarzuty podniesione w piśmie Elmess Metering sp. z o.o. nie znalazły potwierdzenia w trakcie badań technicznych przeprowadzonych przez zamawiającego. Według odwołującego pismo Elmess Metering sp. z o.o. wywarło realną presję na komisję przetargową. To natomiast finalnie mogło doprowadzić do nadmiernej ostrożnej i nadmiernej rygorystycznej interpretacji wymagań załącznika nr 1 SIWZ w pkt. 6.4, pkt. 7.4 i pkt. 7.10 (polemika z takim stanowiskiem zamawiającego odwołujący przedstawił w dalszej części odwołania). Zdaniem odwołującego zachowanie Elmess Metering sp. z o.o. jako autora pisma z dnia 9 lipca 2018 r. i jednocześnie wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu wypełniło dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 18 ustawy Pzp i tym samym taki wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona. Odwołujący podniósł, że a contrario do pkt. 16, w pkt. 17 nie wskazano, że nieprawdziwa informacja dotyczy jedynie przypadków złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących oferty wykonawcy, który te informacje składa. Z literalnego brzmienia tego przepisu można zatem wywieść, że wykluczeniu podlega również ten wykonawca, który składa nieprawdziwe informacje dotyczące oferty konkurencyjnej, chcąc wpływać na decyzje zamawiającego. Odwołujący wskazał, że przepisy przez niego wskazane mają na celu eliminację z procesu ubiegania się o zamówienie publiczne tych wykonawców, którzy w sposób bezprawny usiłują wpłynąć na decyzje zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że sankcją wykluczenia objęte jest działanie wykonawcy sprzeczne z prawem, a nie tylko działanie negatywnie nacechowane lub naganne moralnie. Zdaniem odwołującego przystępującemu można zarzucić oczywiste naruszenie prawa, albowiem twierdzenia i zarzuty wobec urządzeń oferowanych w postępowaniu przez odwołującego wynikają z dokumentów i źródeł, w posiadanie których zdaniem odwołującego przystępujący nie wszedł w sposób zgodny z prawem. Z tego też powodu jako niedopuszczalne w niniejszym postępowaniu należy uznać wykorzystywanie dowodów zgromadzonych przez przystępującego w sposób sprzeczny z prawem.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że w przedstawionej przez przystępującego deklaracji zgodności została nieprawidłowo przywołana dyrektywa LVD 2014/35/UE. W przedmowie dyrektywy RED 2014/53/UE znajduje się zapis: „Cele w odniesieniu do wymagań w zakresie bezpieczeństwa określone w dyrektywie 2014/35/UE są wystarczające, aby objąć urządzenia radiowe, i w związku z tym powinny stanowić odniesienie oraz powinno się je stosować na mocy niniejszej dyrektywy. W celu uniknięcia niepotrzebnego powielania przepisów innych niż przepisy dotyczące tych wymagań, dyrektywa 2014/35/UE nie powinna mieć zastosowania do urządzeń radiowych.”.

Odwołujący argumentował, że dodatkowo w dyrektywie RED 2014/53/UE znajduje się zapis, że urządzenia radiowe, a takim jest M2M Router PR04, nie podlegają dyrektywie LVD 2014/35/UE. Art. 1 ust. 4 (RED 2014/53/UE) precyzuje, że urządzenia radiowe wchodzące w zakres niniejszej dyrektywy nie podlegają przepisom dyrektywy 2014/35/UE, z wyjątkiem przypadków określonych w art. 3 ust. 1 lit. a) niniejszej dyrektywy, a jedynie odnoszą się w zakresie wymagań wynikających z dyrektywy LVD art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy RED 2014/53/UE: „Urządzenia radiowe są konstruowane w taki sposób, aby zapewnić: a) ochronę zdrowia i bezpieczeństwa osób i zwierząt domowych oraz ochronę mienia, w tym również realizację celów odnoszących się do wymagań dotyczących bezpieczeństwa zawartych w dyrektywie 2014/35/UE, ale bez zastosowania limitu napięcia elektrycznego”.

Według odwołującego deklaracja zgodności powinna więc odnosić się do dyrektywy RED 2014/53/UE. Wywiódł, że złożony dokument deklaracji zgodności jest nieprawidłowy i w tym zakresie nie spełnia wymagań zamawiającego podanych w SIWZ i z tego powodu oferta przystępującego winna zostać odrzucona.

Odwołujący podniósł także, że oferta przystępującego została podpisana przez osoby nieuprawnione. Elmess Metering sp. z o.o. wskazała w JEDZ jako osobę uprawnioną do reprezentacji przystępującego W. K., tymczasem większość dokumentów w imieniu

przystępującego podpisał K. O., np.: JEDZ Elmess Metering sp. z o.o. czy świadectwo zgodności ze standardami RoHS (str. 277 oferty). Odwołujący wywiódł, że żadna z tych osób nie złożyła wraz z ofertą stosownego pełnomocnictwa, które upoważniało do skutecznego reprezentowania przystępującego. Odwołujący wskazał, że zgodnie z odpisem z rejestru przedsiębiorców KRS nr 0000449302 dla Elmess Metering sp. z o.o. do reprezentowania tej spółki przy zobowiązaniach powyżej 100 tys. zł konieczne jest współdziałanie dwóch członków zarządu. Pomimo powyższego zastrzeżenia w ofercie przystępującego nie ma pełnomocnictwa uprawniającego ani pana W. K. ani pana K. O. do samodzielnego składania oświadczeń woli w imieniu Konsorcjum w ramach postępowania. Wskazane powyżej osoby nie mogły skutecznie i ważnie podpisać oferty w postępowaniu w imieniu przystępującego reprezentowanego przez lidera (Elmess Metering sp. z o.o.). Osoba niemająca prawa do reprezentacji podmiotu na podstawie dokumentów rejestrowych, powinna posiadać pełnomocnictwo do dokonania takiej czynności. Zgodnie z obowiązującą na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy PzpP zasadą pisemności, taką też formę musi mieć pełnomocnictwo, w przypadku gdy oferta lub inne dokumenty składane są przez pełnomocnika. Odwołujący wywiódł, że oferta przystępującego nie spełnia wymagania rozdziału 5.7 SIWZ i brak takiego pełnomocnictwa winno skutkować przyjęciem przez zamawiającego założenia, że ofertę przystępującego złożyła osoba nieuprawniona i oferta taka będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (jako oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów).

Odwołujący podniósł także, że przystępujący nie złożył, na wezwanie zamawiającego, oświadczenia woli w postaci zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przystępujący przesłał jedynie kopię aneksu przedłużającego termin gwarancji bankowej przetargowej, wystawionego przez bank udzielający gwarancji (w tym miejscu odwołujący wyraził wątpliwość czy, zamawiający w ogóle dysponuje oryginałem tego dokumentu, warunkującym skuteczność i prawidłowość złożenia wadium w postępowaniu przez przystępującego). Brak wymaganego oświadczenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. Takie zaniechanie uznać należy jako niewyrażenie zgody (na przedłużenie terminu związania ofertą w postępowaniu), o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Brak wyrażenia zgody przez przystępującego na przedłużenie terminu związania ofertą (pomimo formalnego wezwania przez zamawiającego), skutkować powinien odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Według odwołującego konsekwencje upływu terminu związania ofertą trzeba oceniać przez pryzmat art. 66 KC, na podstawie którego stan związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli (zmierzającego do zawarcia umowy), stanowiącego ofertę. Oferta wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany. Wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza więc zdaniem odwołującego prawo. Oświadczenie woli wykonawcy w tym zakresie nie może mieć charakteru dorozumianego, ale winno być wyrażone wprost. W ocenie odwołującego wybór oferty, której termin związania wygaś, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z czynnością odrzucenia jego oferty. Odwołujący argumentował, że w uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający zarzucił odwołującemu, iż jego oferta nie spełnia następujących wymagań SIWZ z następujących powodów: Załącznik nr 1 do SIWZ, pkt 7.4 „Hasła logowania do CPE muszą zawierać: min. 8 znaków, małe i wielkie litery oraz cyfry lub znaki specjalne”. Zdaniem zamawiającego, powyższe wymaganie nie jest spełnione, ponieważ: [...] „przez przeglądarkę jest możliwa zmiana hasła użytkownika na niezgodne z wymaganiami SIWZ. Możliwa jest powtórna modyfikacja raz nadanego hasła, na hasło niezgodne z wymaganiami SIWZ np. "123".

W opinii odwołującego, powyższy zarzut jest niesłuszny a oferta odwołującego także w tej części jest zgodna z SIWZ. Wynika to z faktu, że podczas dodawania nowego użytkownika oraz nadawania mu hasła, oprogramowanie narzędziowe nie dopuszcza do ustawienia hasła niezgodnego z pkt. 7.4 załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący wskazywał, że prawo do zmiany hasła innym użytkownikom a także do zmiany swojego hasła ma jedynie użytkownik o prawach administratora. Z założenia użytkownik o prawach administratora ma nieograniczone uprawnienia systemowe, w tym również prawo do dowolnej zmiany haseł. Jest to praktyka powszechna w systemach komputerowych. Jeżeli jednak użytkownik o prawach administratora próbuje zmienić hasło na hasło o zbyt małej sile, oprogramowanie narzędziowe wyświetla stosowne ostrzeżenie. Do nadania hasła o zmniejszonej sile potrzebna jest więc następująca sekwencja czynności: zalogowanie się do oprogramowania narzędziowego z uprawnieniami administratora, utworzenie użytkownika z silnym hasłem, ponowna edycja ustawień użytkownika w celu zmiany hasła, zmiana hasła, zignorowanie ostrzeżeń i świadoma akceptacja hasła o zmniejszonej sile. Wymaga to od użytkownika świadomego działania, którego w naturalny sposób oczekuje się od użytkownika o uprawnieniach administratora. Zdaniem odwołującego nieograniczone uprawnienia użytkownika o prawach administratora są natomiast zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 12

z informacji nr 2 z dnia 22 marca 2018 r., (załącznik nr 4 do odwołania) która brzmi:
„Zamawiający akceptuje rozwiązanie, w którym zdefiniowane role to "administrator" mający dostęp do odczytu i modyfikacji wszystkich opcji konfiguracyjnych oraz "monter", który ma dostęp do odczytu wszystkich opcji konfiguracyjnych". Treść tej odpowiedzi zezwala na modyfikację wszystkich opcji konfiguracyjnych (w tym haseł) i nie nakłada żadnych ograniczeń na zakres tych modyfikacji. Tym samym zmiana hasła na dowolne przez użytkownika o uprawnieniach administratora jest w świetle powyższych zapisów dozwolona.

Odwołujący przytoczył treść załącznika nr 1 do SIWZ pkt 6.4. „Oprogramowanie Narzędziowe musi umożliwiać nadawanie uprawnień wg definiowanych ról” oraz pkt 7.10.

„Interfejsy komunikacyjne CPE muszą być zabezpieczone przed nieautoryzowanym dostępem”. Według zamawiającego „[...] Dostarczone do badania urządzenia mają niepoprawnie zaimplementowane mechanizmy zabezpieczeń. Utworzony użytkownik o uprawnieniach "monterskich" tj. ograniczonych uprawnieniach, logując się do urządzenia poprzez oprogramowanie PuTTY (ogólnie dostępne narzędzie do komunikacji z urządzeniami) ma dostęp do modyfikacji własnych uprawnień i uprawnień innych użytkowników, może usuwać i dodawać nowych użytkowników. [...]”.

Według odwołującego nie można zgodzić się z zarzutem zamawiającego, że oprogramowanie narzędziowe nie spełnia wymagań pkt 6.4 i pkt 7.10 załącznika nr 1 do SIWZ ponieważ interfejs linii poleceń dostępny przez oprogramowanie PuTTY nie został udostępniony jako interfejs komunikacyjny do wykorzystania do codziennego administrowania urządzeniem przez użytkownika, ale jako spełnienie wymagania pkt. 6.12 załącznika nr 1 SIWZ, które mówi, że: „Dodatkowo Wykonawca udostępni Zamawiającemu opis protokołu komunikacyjnego bądź API, umożliwiając tym samym jego implementację w oprogramowaniu firm trzecich (w szczególności w Systemie Zarządzania Urządzeniami Transmisji Danych i Monitorowania Transmisji AMI Zamawiającego) i zarządzanie CPE w zakresie wymienionym w pkt. 6.1 powyżej” czyli jako API do zarządzania urządzeniem przez oprogramowanie inne niż oprogramowanie wykonawcy. Zdaniem odwołującego z treści SIWZ nie wynika, że wymagania pkt 6.4 i pkt 7.10 należy stosować również do API. W pkt 6.12 załącznika nr 1 do SIWZ jest odwołanie do pkt 6.1 załącznika nr 1 do SIWZ, w którym określono jedynie zakres funkcjonalny API. Odwołujący wskazywał, że zakres w jakim powinno być możliwe zarządzanie urządzeniem przez API określony w pkt 6.1 SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ jest bardzo szeroki, obejmuje całość dostępnej konfiguracji i praktycznie wszystkie aspekty działania urządzenia. Aby uzyskać dostęp do tak dużego zakresu funkcjonalności ewentualne oprogramowanie firm trzecich musi łączyć się z urządzeniem z uprawnieniami administratora (w rozumieniu SIWZ i odpowiedzi na pytania do SIWZ). Wychodząc z takiego założenia, intencją odwołującego było takie skonfigurowanie dostępu do API, aby zaprezentować jak najszerszy zakres funkcjonalności. Dodawał, że dostęp do API może zostać w każdej chwili wyłączony z poziomu oprogramowania narzędziowego i został włączony wyłącznie na potrzeby postępowania, w celu spełnienia wymagania pkt 6.12 załącznika nr 1 do SIWZ. Docelowy sposób wykorzystania API powinien zostać ustalony pomiędzy zamawiającym a wykonawcą na etapie wdrożenia systemu.

W końcowej części uzasadnienia odwołujący podniósł, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ i nie może podlegać odrzuceniu. Argumentacja zamawiającego zawarta w uzasadnieniu odrzucenia oferty jest całkowicie chybiona, bezzasadna i stanowi nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu, tym samym odrzucenie oferty odwołującego stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Elmess Metering sp. z o.o. w Zgierzu oraz WM Rendszert Informatikai Kereskedelmi és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ,

wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, pismo przystępującego z 9 lipca 2018 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 20 lipca 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia,

stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elmess Metering sp. z o.o. w Zgierzu oraz WM Rendszerrhaz Informatikai Kereskedelmi és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś ofertę przystępującego wybrano jako najkorzystniejszą. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu lub zaniechał odrzucenia jego oferty oraz bezprawnie odrzucił ofertę odwołującego skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia przystępującego względnie odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut opisany w początkowej części pkt 1 odwołania, to jest niezgodności urządzenia zaoferowanego przez przystępującego z pkt 5.1.4 i 2.10 załącznika nr 1 do SIWZ.

W pkt 5.1.4 załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający zastrzegł, że wraz z urządzeniem należy dostarczyć również przewód komunikacyjny do portu RS485 zakończony wtyczką dowolną i kompatybilną z urządzeniem, a z drugiej strony zakończony wtyczką RJ12 [RJ12(PIN3) - RS485(A) RJ12(PIN4) - RS485(B)] dla 60% dostarczanych CPE. Dodatkowo

w odpowiedzi na pytanie nr 3 w informacji nr 6 zamawiający sprecyzował, że na odległym końcu kabla należy wykorzystać styki 3 i 4 wtyczki RJ 12.

Odwołujący w odwołaniu wywodził, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego jest niezgodne z przywołanym wymaganiem pkt 5.1.4 załącznika nr 1 do SIWZ i odpowiedzią nr 3 z informacji nr 6.

Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z pkt 13.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ wraz z ofertą należało złożyć w charakterze próbki m.in. modem AMI wraz z okablowaniem. Przystępujący złożył zamawiającemu żadaną próbkę urządzenia i kabla. Powołując się na przeprowadzone próby i testy próbki zamawiający zaprzeczył tezie odwołującego. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że otrzymana próbka urządzenia i przewodu jest prawidłowa. W szczególności dostarczony kabel z drugiej strony zakończonym jest wtyczką RJ 12, w której dla interfejsu RS 485 wykorzystano piny 3 i 4 (a więc tak jak wymagano w SIWZ i w odpowiedzi), a nie styki 2 i 3, tak jak utrzymywał odwołujący.

Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący w trakcie rozprawy ostatecznie i wyraźnie

przyznał, że dostarczona przez przystępującego próbka przewodu komunikacyjnego odpowiadała wymogom zamawiającego opisanym w pkt 5.1.4 i odpowiedzi na pytanie nr 3 z informacji nr 6. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w odpowiedzi nr 5 z informacji nr 2 jednoznacznie przesądził, że próbka oferowanego urządzenia i kabla stanowi treść oferty. Na taki charakter próbki powoływał się także sam odwołujący zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie. Skoro zatem próbka przewodu odpowiadała wymogom z pkt 5.1.4 załącznika nr 1 do SIWZ i udzielonej odpowiedzi, to należało uznać, że treść oferty przystępującego jest zgodna z powołanymi postanowieniami SIWZ. Przedmiot świadczenia wykonawcy odpowiadał bowiem wymogom postawionym przez zamawiającego. Uszło uwadze odwołującego, że czym innym jest niezgodność cech oferowanego urządzenia i przewodu z wymogami z pkt 5.1.4 załącznika nr 1 SIWZ i odpowiedzi odnoszącymi się do cech fizycznych kabla (co odwołujący zarzucał w odwołaniu), a czym innym jest ewentualna niezgodność dostarczonej przez wykonawcę dokumentacji urządzenia z wymogami SIWZ dotyczącymi zawartości tej dokumentacji.

Chybiony okazał się także drugi zarzut dotyczący niezgodności urządzenia i przewodu oferowanego przez przystępującego z postanowieniem pkt 2.10 załącznika nr 1 do SIWZ. Wymóg postawiony przez zamawiającego brzmiał: CPE musi posiadać schemat

podłączenia elektrycznego umieszczony od wewnątrz osłony listwy zaciskowej.

Zarzut nie potwierdził się, gdyż schemat zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego został umieszczony od wewnątrz osłony listwy zaciskowej urządzenia, co wynikało choćby ze zdjęcia próbki wykonanego przez odwołującego i złożonego w trakcie posiedzenia Izby. Po drugie zaś, w przywołanym wymaganiu SIWZ była mowa o konieczności umieszczenia schematu podłączenia elektrycznego „CPE”, czyli urządzenia. Schemat ten nie musiał zatem obejmować schematów kabli ani tym bardziej obejmować wszystkich urządzeń, które mogą być do CPE tymi przewodami podpięte. Dostrzeżenia wymagało, że do CPE mogą być podłączane różne przewody, a za ich pośrednictwem - rozmaite urządzenia. Nawet w tym postępowaniu zamawiający wskazał w pkt 5.1.4 załącznika nr 1 do SIWZ, że przedmiotem dostawy jest nie tylko kabel z wtyczką RJ 12, ale także przewód, który na drugim końcu będzie zakończony tulejką izolowaną TI. Idąc tokiem rozumowania odwołującego, schemat, który miał być umieszczony na osłonie listwy urządzenia (a więc wszak o ograniczonych rozmiarach), musiałby obrazować wszelkie możliwe konfiguracje urządzeń i kabli, jakie mogą być podpięte do oferowanego sprzętu, co jest rozwiązaniem niespotykanym. Na to, że sam odwołujący tak rozumiał wymóg z pkt 2.10 załącznika nr 1 do SIWZ wskazywał choćby schemat umieszczony na próbce jego własnego urządzenia, który zamawiający okazał w trakcie rozprawy. Wobec powyższego zarzut okazał się nietrafny.

W kolejnym zarzucie, opisanym w pkt 1 uzasadnienia odwołania, odwołujący

podniósł, że w opisie protokołu komunikacyjnego API w pkt 7.4. (s. 310 oferty

przystępującego) oraz na str. 322 oferty przystępujący miał użyć wyrażen, które nie są zrozumiałe w języku polskim. Z tego powodu oferta przystępującego miała być niezgodna z szeregiem postanowień SIWZ przywołanych w odwołaniu, to jest postanowieniami pkt

13.3.4, 13.5.3, 5.2, 9.4, 10.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ.

Zdaniem Izby oferta przystępującego okazała się zgodna z wszystkimi wymogami

SIWZ, jakie przywołał odwołujący. Rzeczywiście w postanowieniach tych była mowa o konieczności zastosowania języka polskiego. W pkt 13.3.4 załącznika nr 1 do SIWZ

wskazano, że całość dostarczanego oprogramowania narzędziowego oraz instrukcje muszą

być wykonane w wersji polskojęzycznej. Dopuszcza się pozostawienie nieprzetłumaczonych na język polski zwyczajowo stosowanych terminów technicznych w języku angielskim. W pkt 13.5.3 załącznika nr 1 do SIWZ, zamawiający zażądał, aby wykonawca złożył wraz z ofertą instrukcje obsługi (CPE i oprogramowania narzędziowego) w języku polskim. W pkt 5.2. załącznika nr 1 do SIWZ zastrzeżono, iż wykonawca dostarczy dokumentację techniczną CPE obejmującą karty katalogowe i instrukcje obsługi (użytkowa i administracyjna), sporządzone w języku polskim, w wersji drukowanej oraz tożsamą dokumentację w wersji elektronicznej (...). Z kolei w pkt 9.4 załącznika nr 1 do SIWZ wskazano, że instruktaże będą przeprowadzone w języku polskim. Wreszcie w pkt 10.2.1 załącznika nr 1 do SIWZ zastrzeżono, że w ramach usług serwisowych wykonawca na zlecenie zamawiającego musi zapewnić w szczególności dokonywanie aktualizacji i uaktualnień dostarczonego przez wykonawcę oprogramowania narzędziowego oraz przekazanie ich pełnej dokumentacji w języku polskim.

Uszło jednak uwadze odwołującego, że w postanowieniu 13.3.4 była mowa o oprogramowaniu narzędziowym i instrukcjach, w pkt 13.5.3 - o instrukcjach obsługi CPE i oprogramowania narzędziowego, w pkt 5.2. - o kartach katalogowych i instrukcjach obsługi CPE, w pkt 9.4 - o wykonywaniu instruktaży, a wreszcie w pkt 10.2.1 SIWZ traktowano o dokonywaniu update i upgradade dostarczonego oprogramowania narzędziowego. Tymczasem zarzut odwołującego dotyczył przedstawionego przez przystępującego opisu protokołu komunikacyjnego, o którym była mowa w pkt 6.12 załącznika nr 1 do SIWZ. Wymóg ten brzmiał: „Dodatkowo Wykonawca udostępni Zamawiającemu opis protokołu komunikacyjnego bądź API, umożliwiając tym samym jego implementację w oprogramowaniu firm trzecich (w szczególności w Systemie Zarządzania Urządzeniami Transmisji Danych i Monitorowania Transmisji AMI Zamawiającego) i zarządzanie CPE w zakresie wymienionym w pkt. 6.1 powyżej. Podkreślenia wymagało, że w tym ostatnim postanowieniu zamawiający nie narzucił wykonawcom obowiązku zachowania języka polskiego dla opisu protokołu komunikacyjnego ani dla API. Wobec powyższego zarzut uznano za chybiony.

W kolejnym zarzucie, opisanym w pkt 2 uzasadnienia odwołania, odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 18 ustawy Pzp przez niewykluczenie przystępującego z udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego obowiązek wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu winien być konsekwencją przedstawienia przez tego wykonawcę pisma z 9 lipca 2018 r., w którym przystępujący miał przedstawić nieprawdziwe zarzuty wobec urządzeń UMAD produkowanych i sprzedawanych przez odwołującego.

Zgodnie z powołanymi przez odwołującego przepisami art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17),
- wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 18).

Zdaniem Izby odwołujący nie sprostął ciężarowi udowodnienia przesłanek wykluczenia wynikających z ww. przepisów.

W pierwszej kolejności, odwołujący nie wykazał w szczególności wpływu przekazywanych przez przystępującego informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Dostrzeżenia wymagało, co zresztą nie było sporne, że zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego z powodów wskazywanych w treści pisma przystępującego z dnia 9 lipca 2018 r. W piśmie poruszono w zasadzie dwie kwestie: posiadania przez urządzenia odwołującego konta administracyjnego nieopisanego w dokumentacji umożliwiającego nieautoryzowany i nierejestrowany dostęp do urządzenia, a także podatności urządzenia na atak przez interfejs webGUI.

Izba stwierdziła, że żadna z tych okoliczności nie stanowiła podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. Jak wynikało bowiem z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamieszczonego w piśmie z 20 lipca 2018 r., powodem odrzucenia odwołującego była okoliczność, że w trakcie analizy próbki urządzenia odwołującego stwierdzono, iż utworzony użytkownik o uprawnieniach monterkich, logując się do urządzenia przez oprogramowanie PuTTY miał mieć dostęp do modyfikacji własnych uprawnień i uprawnień innych użytkowników i mógł usuwać i dodawać nowych użytkowników. Ponadto zamawiający w trakcie testów urządzenia odwołującego stwierdził, że przez przeglądarkę istniała możliwość zmiany hasła użytkownika na niezgodne z wymaganiami SIWZ. Porównanie przywołanych powodów odrzucenia z treścią pisma przystępującego z 9 lipca 2018 r. prowadziło do wniosku, że oba dokumenty odnosiły się do innych zagadnień.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane, iż działania przystępującego miało charakter zawiniony noszący znamiona lekkomyślności lub niedbalstwa. Odwołujący nie wykazał także bezprawności działań przystępującego. Nie potwierdziły się bowiem tezy przedstawione w odwołaniu, jakoby przystępujący nie miał legalnego dostępu do urządzeń odwołującego z serii UMAD ani do dokumentacji dotyczącej tych urządzeń. Na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, natomiast przystępujący przedstawił dowody przeciwnie. Złożono Izbie protokół wypożyczenia przez przystępującego sprzętu UMAD V5R/01 od firmy IBE Baster w Kaliszu z dnia 21 czerwca 2018 r. wraz z dokumentacją. Na możliwość legalnego zakupu urządzenia UMAD V5R/01 wskazywała także korespondencja prowadzona pocztą elektroniczną w dniach 10 sierpnia

2018 r. i 2 sierpnia 2018 r. Z dowodów tych wynikało, że przystępujący bez większych problemów uzyskał ofertę kupna urządzenia UMAD z firmy Elektropark i ZPUE S.A. we Włoszczowie. Odwołujący nie wykazał zatem, aby przystępujący bezprawnie wszedł w posiadanie urządzenia odwołującego lub jego dokumentacji, ani że próbował lub pozyskał jakieś poufne dane, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp. Rzeczywiście przystępujący uzyskał dostęp do urządzenia UMAD V5R/01, a więc innego modelu niż oferowane w postępowaniu (V5R/04), ale przystępujący nie miał tej wiedzy, gdyż dane dotyczące konkretnego modelu sprzętu oferowanego w tym postępowaniu zostały przez odwołującego zastrzeżone jako tajemnica jego przedsiębiorstwa. Wobec powyższego zarzut nie potwierdził się.

W pkt 3 uzasadnienia odwołania odwołujący przedstawił zarzuty odnoszące się do deklaracji zgodności złożonej przez przystępującego na stronach 279 i 280 oferty.

Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z odpowiedzią nr 2 z informacji nr 2 wykonawcy nie mieli obowiązku składać wraz z ofertą deklaracji zgodności dla oferowanych przez siebie urządzeń. W odpowiedzi tej zamawiający przesunął bowiem obowiązek przedstawienia takiego dokumentu dopiero na etap dostaw pierwszej grupy urządzeń. Zarzuty odwołującego odnosiły się zatem do dokumentu, który nie podlegał analizie na etapie badania ofert i już z samego tego powodu podlegały oddaleniu. Niezależnie jednak od powyższego uszło uwadze odwołującego, że oprócz deklaracji ze str. 280 oferty, przystępujący złożył zamawiającemu drugą deklarację zgodności dotyczącą urządzenia, znajdującą się na str. 272 oferty. Analiza tego ostatniego dokumentu prowadziła w szczególności do wniosku, że znajdowały się w nim odniesienia do dyrektywy RED 2014/53/UE. Podkreślenia wymagało, że deklaracja ta nie była przez odwołującego kwestionowana, gdyż w trakcie rozprawy wyraźnie oświadczył, że źródłem jego zarzutów była wyłącznie deklaracja ze strony 280 oferty. Iżba wzięła ponadto pod uwagę, że powołanie się w deklaracji zgodności ze str. 280 oferty także na dyrektywę 2014/35/UE, co odwołujący uważał za błąd, było wynikiem zastosowania się wykonawcy do odpowiedzi nr 4 z informacji nr 2, w której zamawiający wyartykułował wymóg, aby oferowane urządzenie odpowiadało przepisom także tej dyrektywy. Wobec powyższego zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący nieprawidłowego poświadczenia przez przystępującego za zgodność z oryginałem kopii świadectwa zgodności ze standardami roHS, znajdującego się na str. 277 oferty.

Ustalono, że kopia dokumentu została poświadczona za zgodność z oryginałem wyraźnie przez pana K. O., wiceprezesa zarządu lidera konsorcjum przystępującego i opatrzona jego pieczęcią imienną. Niezależnie od powyższego na dokumencie tym znajdowały się również parafy.

Zdaniem odwołującego taki sposób poświadczenia miał być niewystarczający. Odwołujący wywiódł bowiem, że zgodnie z informacją z KRS dla lidera konsorcjum przystępującego tj. Elmess Metering sp. z o.o. do reprezentowania tej spółki przy zaciąganiu zobowiązań o wartości powyżej 100.000 złotych wymagane było współdziałanie dwóch członków zarządu.

W ocenie Izby poświadczenie za zgodność oryginałem kopii dokumentu świadectwa zgodności ze standardami roHS, znajdującego się na str. 277 oferty nie rodziło po stronie lidera konsorcjum przystępującego zobowiązania na kwotę powyżej 100.000 złotych. Dostrzec należy, że czynność jakiej dokonał pan O. nie prowadzi do zaciągnięcia po stronie spółki jakiegokolwiek zobowiązania. Za taką czynność można byłoby przykładowo uznać podpisanie formularza oferty. W przypadku podpisu ze strony 277 oferty istota oświadczenia pana O. sprowadzała się jednak jedynie do poświadczenia, że kopia którą przedstawia jest zgodna z oryginałem, jaki był mu dostępny. W tej sytuacji, do dokonania spornej czynności w imieniu lidera konsorcjum przystępującego był uprawniony samodzielnie każdy członek zarządu Elmess Metereing sp. z o.o., w tym pan K. O., gdyż zgodnie z informacją z KRS tylko dla zaciągnięcia zobowiązania powyżej kwoty 100.000 zł wymagano współdziałania dwóch członków zarządu. Niezależnie od powyższego dostrzeżenia wymagało, że na kserokopii dokumentu znajdowała się także parafa drugiego członka zarządu pana W. K. . Wprawdzie nie była ona opatrzona pieczęcią imienną, ale na podstawie jej porównania z podpisami tej osoby opatrzonymi taką pieczęcią (choćby na str. 12 oferty) można było ustalić, że pochodziła ona od drugiego członka zarządu. Wobec powyższego zarzut uznano za chybiony.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego dotyczący niezgodności jego oferty z punktem 7.4 załącznika nr 1 do SIWZ.

W postanowieniu tym, znajdującym się w rozdziale „wymagania dot. bezpieczeństwa

CPE" zamawiający wymagał: hasła logowania do CPE muszą zawierać min. 8 znaków, małe i wielkie litery oraz cyfry lub znaki specjalne.

Nie było sporne między stronami, że w urządzeniu zaoferowanym przez odwołującego użytkownik o prawach administratora mógł zmienić swoje hasło, a także hasło innych użytkowników na hasło o mniejszej sile, niż określone w pkt 7.4 SIWZ, a zatem nie spełniające postawionych wymagań.

Odwołujący uzasadniając zarzut powołał się na odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 12 z informacji nr 2 z dnia 22 marca 2018 r. W odpowiedzi tej zamawiający odpowiadając na pytanie dotyczące ról w oprogramowaniu narzędziowym wskazał, że zdefiniowane role to administrator, mający dostęp do odczytu i modyfikacji wszystkich opcji konfiguracyjnych oraz „monter”, który ma dostęp do odczytu wszystkich opcji konfiguracyjnych. Odwołujący wywodził, że skoro zmiana hasła jest zmianą konfiguracji, to administrator miał prawo do zmiany hasła, nawet na takie, które jest hasłem niezgodnym z pkt 7.4 załącznika nr 1 do SIWZ.

W tej sytuacji rozstrzygnięcia wymagał spór między stronami co do treści SIWZ, a w szczególności co do wzajemnych relacji udzielonej odpowiedzi i postanowienia pkt 7.4 załącznika nr 1 do SIWZ.

Zdaniem Izby udzielona odpowiedź nie dawała prawa do tego aby twierdzić, że uchyla postanowienie pkt 7.4 załącznika nr 1 do SIWZ. Nic takiego nie wynikało z jej treści. W tej sytuacji biorąc pod uwagę obydwa postanowienia należało im nadać niesprzeczną treść, kierując się ich brzmieniem, celem, a także systematyką.

Według Izby owszem administrator miał prawo do zmiany konfiguracji, ale nie oznaczało to jeszcze, że mógł on zmieniać konfigurację na niezgodną z SIWZ. W przeciwnym razie wymóg z pkt 7.4 załącznika nr 1 do SIWZ w ogóle pozbawiony byłby jakiegokolwiek znaczenia. Znaczenie ma także okoliczność, że udzielona odpowiedź dotyczyła pkt 6.4 załącznika nr 1 do SIWZ, zamieszczonego w rozdziale dotyczącym oprogramowania narzędziowego, który brzmiał: oprogramowanie narzędziowe musi umożliwiać nadawanie uprawnień według zdefiniowanych ról. Intencją zadającego pytanie było zatem ustalenie rodzajów ról w tym oprogramowaniu, a nie rozstrzyganie kwestii dotyczących hasła do urządzenia. Tymczasem pkt 7.4 załącznika nr 1 do SIWZ znajdował się w zupełnie innym rozdziale poświęconym „bezpieczeństwu urządzenia CPE”. Było to zatem wymaganie bezpieczeństwa na poziomie sprzętowym i o charakterze generalnym. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała zarzut za niezasadny.

Za chybione uznano także zarzuty odwołującego dotyczące niezgodności treści jego oferty z pkt 6.4. i 7.10 załącznika nr 1 do SIWZ w odniesieniu do zabezpieczenia interfejsów.

W pkt 6.4 załącznika zamawiający wskazał, że oprogramowanie narzędziowe musi umożliwiać nadawanie uprawnień wg definiowanych ról. Z kolei w pkt 7.10 załącznika zastrzeżono, że interfejsy komunikacyjne CPE muszą być zabezpieczone przed nieautoryzowanym dostępem. W odpowiedzi nr 12 w informacji nr 2 z dnia 22 marca 2018 r. zamawiający odpowiadając na pytanie dotyczące ról w oprogramowaniu narzędziowym wskazał, że zdefiniowane role to administrator mający dostęp do odczytu i modyfikacji wszystkich opcji konfiguracyjnych oraz „monter”, który ma dostęp do odczytu wszystkich opcji konfiguracyjnych.

Nie było sporne między stronami, że w urządzeniu oferowanym przez odwołującego utworzony użytkownik o uprawnieniach monterskich tj. ograniczonych uprawnieniach, logując się do urządzenia przez oprogramowanie PuTTY (ogólne dostępne narzędzie do komunikacji z urządzeniami) miał dostęp do modyfikacji własnych uprawnień i uprawnień innych użytkowników, mógł usuwać i dodawać nowych użytkowników.

Odwołujący wywodził jednak, że interfejs linii poleceń dostępny przez oprogramowanie PuTTY został udostępniony jako API do zarządzania urządzeniem przez oprogramowanie inne niż oprogramowanie wykonawcy. Wywodził, że powyższe było spełnieniem wymagania z pkt 6.12 załącznika nr 1 do SIWZ, który brzmiał, że wykonawca udostępni zamawiającemu opis protokołu komunikacyjnego bądź API, umożliwiając tym samym jego implementację z oprogramowaniem firm trzecich i zarządzanie CPE w zakresie wymienionym w pkt 6.1.

Zdaniem Izby konieczność udostępnienia API bądź protokołu komunikacyjnego nie uchylała obowiązku przestrzegania reguł bezpieczeństwa wyznaczonych treścią pkt 6.4 i 7.10 załącznika nr 1 do SIWZ.

Jeśli chodzi o pkt 6.4. załącznika nr 1 do SIWZ, to był to wymóg dotyczący oprogramowania narzędziowego. Postanowienie pkt 6.12, dotyczącego API odsyłało wyraźnie do wymogów dotyczących oprogramowania narzędziowego, w tym do możliwości pełnej konfiguracji. Powyższe oznaczało, że także udostępnione przez wykonawcę API musiało spełniać wymogi z pkt 6.4 załącznika.

Z kolei zaś wymóg z pkt 7.10 załącznika był generalnym wymogiem bezpieczeństwa oznaczającym konieczność ochrony wszystkich interfejsów komunikacyjnych CPE przed nieautoryzowanym dostępem. Wzięto pod uwagę, że przywołane postanowienie nie przewidywało żadnych wyjątków. W szczególności nie wskazywało, aby wymóg nie musiał być spełniony przy korzystaniu z API. Dostrzec należało także, że był to wymóg nie dotyczący oprogramowania, lecz urządzenia, a zatem wymóg sprzętowy i generalny. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że jeżeli z oferowanymi urządzeniami udostępniono API, które nie zapewniało bezpieczeństwa interfejsów tego urządzenia, to było to wprost niezgodne z pkt 7.10 załącznika nr 1 do SIWZ. Podkreślenia wymagało także, że udostępniona zamawiającemu API jest również częścią oferty odwołującego. Zatem taka a nie inna treść oferty odwołującego powoduje, że przez API jako „monter” można zmieniać nawet poziomy uprawnień, przyznawać uprawnienia wyższe niż użytkownik posiada. Wobec powyższego zarzut uznano za niezasadny.

Izba nie rozpoznała zarzutów dotyczących prawidłowości podpisania dokumentu JEDZ przez przystępującego ani zarzutów dotyczących nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą, gdyż odwołujący w trakcie posiedzenia i rozprawy Izby oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok.

Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać

wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww.

przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości odwołujący. Zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r. poz. 47).

Wobec powyższego o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: