

Sygn. akt: KIO 527/18

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2018 r. przez wykonawcę Wasko S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice w postępowaniu prowadzonym przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Wasko S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Wasko S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania.

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 wraz 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Obiektów Radiokomunikacyjnych (OR) w lokalizacjach Reguły i Pęcice wraz z infrastrukturą” (oznaczenie postępowania AMZP-2221-22/79/2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 616861-N-2017 z dnia 16 listopada 2017r.

W dniu 16 marca 2018r. Odwołujący: Wasko S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice został poinformowany o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę Comsa Instalaciones y Sistemas Industriales, S.A.U z siedzibą w Avenida de Roma, nr 25 - 27, 08029 Barcelona, Hiszpania, NIP B64381072, reprezentowaną przez Comsa Instalaciones Y Sistemas Industriales, S.L. Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą przy al. Jana Pawła II 80/B22, 00-175 Warszawa, dalej jako „Comsa”.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 21 marca 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz wobec zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty złożonej przez Wykonawcę Comsa i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo iż treść tejże oferty nie odpowiada treści SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty z postępowania.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórnego badania i oceny ofert;

3. odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Comsa;
4. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W ocenie Odwołującego - oferta konkurenta powinna zostać odrzucona z Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na następujące okoliczności.

Według Odwołującego - zaoferowane przez Wykonawcę Comsa rozwiązanie nie spełnia wymagań określonych w SIWZ w zakresie urządzeń łączności przewodowej.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagał w PFU, strona 35,4.7.19 pkt 8) i 12):

„4.7.19. Każdy multiplekser powinien spełniać następujące wymagania:

8) Moduły logiki powinny posiadać osobny port Ethernetowy do obsługi ruchu użytkowego.

12) Protekcja pseudowire w topologii 1:1 lub 1+1, redundancja zasilania oraz karty logiki.”.

Zauważył, że Wykonawca Comsa zaoferował Zamawiającemu Multiplekser Connection Master DNWP. W zaoferowanym multiplekserze kartą logiki jest CU SDH CM, natomiast Carrier Ethernet Plus jest kartą matrycy ETH (TDMoIP).

Zarzucił, że karta logiki oferowana przez Wykonawcę Comsa (CU SDH CM) nie posiada oddzielnego portu Ethernet dla obsługi ruchu użytkowego - nie jest zatem spełniony wymóg z cytowanego powyżej pkt 8) PFU.

Natomiast wskazał, że brak portu Ethernet w karcie logiki wynika bezpośrednio z dokumentacji złożonej przez Wykonawcę Comsa. W złożonych katalogach i rysunkach brak informacji o występowaniu rzeczzonego portu.

Wyjaśnił przy tym, że Wykonawca Comsa został przez Zamawiającego zapytany w procedurze wyjaśnień o obsługę ruchu Ethernetowego, a w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca Comsa udzielił w dniu 20.02.2018r. następujących wyjaśnień:

Czy oferowane urządzenie posiada osobne matryce dla osobnej obsługi strumieni TDM i ruchu Ethernetowego?

Tak. Rozwiązanie oferowane przez Comsa posiada osobne matryce dla osobnej obsługi strumieni TDM i ruchu Ethernetowego.

Matryca TDM jest wykonywana przez CU SDH CM unit; matryca Ethernet przez CU Carrier Ethernet Plus unit - obydwie uwzględnione w ramach propozycji Comsa.

Zdaniem Odwołującego - z udzielonych wyjaśnień wynika, że w zakresie Ethernet rozwiązanie oferowane przez Wykonawcę Comsa bazuje na innej karcie niż karta logiki, czyli na karcie Carrier Ethernet Plus.

Stwierdził, że w samej karcie logiki nie występuje wymagany port Ethernet i znajduje się on w innej karcie, która została co prawda zaoferowana, co jednak nie zmienia faktu, że wymaganie Zamawiającego było jasne i precyzyjne - port miał znajdować się w module (karcie) logiki.

Powyższe - w ocenie Odwołującego - przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że nawet uznając, że karta CU Carrier Ethernet Plus mogłaby, zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy Comsa, zostać uznana jako karta funkcjonalnie tożsama z kartą logiki w zakresie zarządzania przez Ethernet (posiadania portu Ethernet), to przy takim rozwiązaniu oferta Wykonawcy Comsa nie spełnia wymagania z pkt 12) cytowanego powyżej - wymogu redundancji karty logiki.

Wyjaśnił, że redundancja to inaczej nadmiarowość w stosunku do tego, co konieczne lub zwykłe. Określenie odnosi się w tym przypadku do zabezpieczenia na wypadek uszkodzenia.

Odwołujący stwierdził przy tym, że ze złożonego przez Wykonawcę Comsa zestawienia materiałowego (forma tabelaryczna zawierająca konfigurację multiplexera) wynika, że ilość zaoferowanych kart Carrier Ethernet Plus to 1 (jeden).

Podniósł, że w cytowanym pkt 12) Zamawiający wymagał: (...) redundancja zasilania oraz karty logiki.

Zwrócił również uwagę, że Wykonawca na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 13.02.2018r. w zakresie redundancji, wyjaśnił pismem z dnia 20.02.2018r., że w oferowanym rozwiązaniu redundancja zapewniona jest poprzez CU Carrier Ethernet Plus.

Powołał się na fragment zawierający pytanie Zamawiającego 1. Czy oferowane urządzenie posiada możliwość skonfigurowania protekcji pseudowire w topologii 1:1 lub

1+1? 2. Czy oferowane urządzenie zapewnia redundancję karty logiki?, oraz odpowiedź Wykonawcy Comsa: Tak. Rozwiązanie zaoferowane przez Comsa w oparciu o produkt Connection Master produkcji DNWP wspiera emulację pseudowire i redundancję poprzez załączony CU Carrier Ethernet Plus unit.

Jednocześnie, zauważył, że Wykonawca Comsa w tym samym piśmie wyjaśniającym (Tabela konfiguracji multiplexera, str. 7) przedstawił ilość w/w modułów CU Carrier Ethernet Plus jako 1 (jeden) na każdy multiplexer po obu stronach relacji OR Reguły - CZRL oraz OR Pęcice - CZRL.

Tak więc kluczowy moduł, mający według Wykonawcy Comsa zapewnić redundancję nie jest zdublowany, co - w ocenie Odwołującego - stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W opinii Odwołującego – w przypadku zaoferowania 1 sztuki karty Carrier Ethernet Plus nie może być mowy o redundancji karty logiki, ponieważ nie będzie zapewniona redundancja w zakresie Ethernet. Karta logiki zaoferowana przez Wykonawcę Comsa w ilości 2szt. dla każdego OR sama w sobie nie posiada portu Ethernet. W rozwiązaniu Wykonawcy Comsa Ethernet obsługuje karta CU Carrier Ethernet Plus.

W przekonaniu Odwołującego - wymaganie redundancji nie jest spełnione dla karty logiki (pomimo zapewnień Wykonawcy Comsa), ponieważ nie jest zapewniona redundancja w zakresie obsługi Ethernet, z uwagi na fakt, że w zakresie obsługi Ethernet karta logiki bazuje na karcie CU Carrier Ethernet, która jest zgodnie z ofertą Wykonawcy Comsa pojedyncza.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający w piśmie z dnia 02.03.2018r. zwrócił się do Wykonawcy Comsa z wnioskiem o następujące wyjaśnienia:

2. W świetle udzielonych przez Państwa wyjaśnień w pkt 6 tabeli (str. 9 przestanych wyjaśnień) oraz zapisów pkt 4.7.19 ppkt 12) Załącznika nr 1 do SIWZ, prosimy o wyjaśnienie:

a. Czy w przypadku uszkodzenia modułu „CU SDH CM” moduł „CU Carrier Ethernet Plus” przejmie w pełni rolę uszkodzonego modułu „CU SDH CM”, tzn. zarządzanie i ruch użytkowy TDM nadal będzie obsługiwany?

b. Czy w przypadku uszkodzenia modułu „CU Carrier Ethernet Plus” moduł „CU SDH CM” przejmie w pełni rolę uszkodzonego modułu „CU Carrier Ethernet Plus” tzn. zarządzanie i ruch użytkowy Ethernetowy nadal będzie obsługiwany?

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca Comsa w swoich odpowiedziach udzielonych w piśmie z dnia 13.03.2018r. nie odpowiedział jednoznacznie w kwestii obsługi poruszanego przez Zamawiającego w obydwu punktach pytania 2 odnoszącego się do kwestii „zarządzania”.

Zaznaczył, że na pytanie z punktu a) Wykonawca Comsa odpowiedział, że w przypadku awarii karty SDH (modułu „CU SDH CM”) dane mogą być przesyłane przez Ethernet (prawdopodobnie ma na myśli moduł „CU Carrier Ethernet Plus”) oraz stwierdza, że: Pod względem redundancji sprzętowej SDH, karty SDH posiadają własną konfigurację redundancji zawierającą dwie równoległe karty SDH.

Wskazał również, że na pytanie z punktu b) odpowiedział, że w przypadku awarii karty Ethernet (modułu „CU Carrier Ethernet Plus”) dane mogą być przesyłane za pośrednictwem SDH (prawdopodobnie ma na myśli moduł „CU SDH CM”). Nie wspomniał w tym punkcie o redundancji.

Podniósł, że Wykonawca Comsa w obydwu odpowiedziach nie poruszył w ogóle kwestii obsługi zarządzania, realizowanego przez port Ethernetowy modułu „CU Carrier Ethernet Plus”.

Według Odwołującego - zrobił to celowo, gdyż jak wynika z zaprezentowanej konfiguracji multipleksera, brak zdublowanej karty „CU Carrier Ethernet Plus” powoduje brak możliwości obsługi zarządzania urządzeniem w przypadku uszkodzenia portu Ethernet lub karty „CU Carrier Ethernet Plus”, a tym samym niespełnienie warunku z punktu 4.7.19 pkt 12) PFU.

W związku z przedstawionym uzasadnieniem dla podnoszonych zarzutów, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 26 marca 2018r. wykonawca Comsa zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, oferty Comsa, wezwania Zamawiającego skierowanego do Comsa do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień z dnia 13 lutego 2018r., odpowiedzi Comsa z dnia 20 lutego 2018r. wraz z tabelą IV. konfiguracji multipleksera, wezwania Zamawiającego skierowanego do Comsa do złożenia wyjaśnień z dnia 2 marca 2018r., odpowiedzi Comsa z dnia 12 marca 2018r., informacji o wyborze czynności najkorzystniejszej oferty z dnia 16 marca 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości, podczas gdy Zamawiający wnosił o jego oddalenie.

Izba postanowiła uznać za nieskuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłaszającego przystąpienie z powodu braku uprawnień osoby podpisującej przystąpienie do reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą – pkt 4 pełnomocnictwa z dnia 22 listopada 2017r. nie zawiera upoważnienia dla tej osoby do zastępowania spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą, zaś pkt 2 daje możliwość tylko przedstawiania wobec Zamawiającego i innego organu będącego jego pełnomocnikiem roszczeń, odwołań, zastrzeżeń, uwag. Izba nie jest ani Zamawiającym ani organem będącym pełnomocnikiem Zamawiającego.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty wykonawcy Comsa z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła w spornym zakresie, że w pkt 4.7.19. załącznika nr 1 do SIWZ – Program Funkcjonalno-Użytkowy Zamawiający postanowił, że każdy multiplexer powinien spełniać następujące wymagania:

8) Moduły logiki powinny posiadać osobny port Ethernetowy do obsługi ruchu użytkowego,

12) Protekcja pseudowire w topologii 1:1 lub 1+1, redundancja zasilania oraz karty logiki.

Izba stwierdziła również, że pomiędzy stronami nie ma sporu, że karta CU SDH CM jest kartą logiki.

Podstawą do rozstrzygnięcia przez Izbę w przedmiotowej sprawie było przyjęcie stanowiska Zamawiającego, że dwa ostatnie porty (nr 7 i 8) na tej karcie mogą być skonfigurowane jako porty ethernetowe, co wynika z opisu do portu ethernetowego 2x SFP: STM-1/STM-4/GE Tributary.

Izba ustaliła również, że do takiej konfiguracji konieczne są wkładki SFP, które w ilości po dwie sztuki dla każdej lokalizacji zostały zaproponowane w IV. Tabeli konfiguracji multiplexera.

Z powyższego Izba wywnioskowała, że będzie możliwa konfiguracja w module logiki (karta CU SDH CM) dwóch portów na ethernetowe, co zapewni wymaganą pkt 4.7.19 ppkt 8 PFU funkcjonalność gwarantującą obsługę ruchu użytkowego.

Odwołujący przy tym nie udowodnił, że zaproponowane wkładki nie umożliwią uzyskania funkcjonalności wymaganej treścią SIWZ.

Rozpoznając tę sprawę wymaga również wskazania, że stosownie do art.14 ust.1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Jednocześnie w myśl art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Według zapatrywania Izby Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu uzasadniającego twierdzenie, że treść oferty Comsa pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o przeprowadzenie prezentacji z modelu zaoferowanego przez niego jako, że przedmiotem sporu nie jest ten model, lecz model zaoferowany przez COMSA, również przedstawione przez Odwołującego wizualizacje rysunkowe(od 1 do 5) nie stanowiły dowodu, lecz jedynie materiał prezentacyjny.

Jeżeli chodzi o zarzut braku spełniania wymogu redundancji zasilania oraz karty logiki, to również - w ocenie Izby - twierdzenia Odwołującego nie były wystarczające, aby przyjąć, że wymaganie to nie zabezpiecza zaoferowane przez Comsa rozwiązanie techniczne.

Dodatkowo, Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego, że zaoferowanie po 2 modułów SDH CM dla każdej lokalizacji zapewnia skuteczną redundancję w ten sposób, że w przypadku awarii jednego z modułów (karta logiki) będzie on automatycznie zastąpiony drugim takim samym modułem.

Z powyższych względów, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, umożliwiającego odrzucenie oferty Comsa z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....