

**WYROK**

**z dnia 25 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 października 2019 r. przez Wykonawcę **W. C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Comtel Import - Eksport W. C., (ul. Zamoyskiego 49, 03-801 Warszawa)**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komenda Główna Straży Granicznej (Al. Niepodległości 100, 02-514 Warszawa)**

przy udziale wykonawcy **B27 Sp. z o.o. Sp.k. (ul. Cybernetyki 13/lok. 50, 02-677 Warszawa)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy B27 Sp. z o.o. Sp.k. oraz nakazuje powtórne badanie i ocenę ofert, w tym dokonanie czynności odrzucenia oferty tego Wykonawcy
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Komenda Główna Straży Granicznej (Al. Niepodległości 100, 02-514 Warszawa)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **W. C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Comtel Import - Eksport W. C., (ul. Zamoyskiego 49, 03-801 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Komenda Główna Straży Granicznej (Al. Niepodległości 100, 02-514 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **W. C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Comtel Import - Eksport W. C., (ul. Zamoyskiego 49, 03-801 Warszawa)** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) 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 Komenda Główna Straży Granicznej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: zakup telefonów IP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.07.2019 pod numerem 2019/S 130-318562.

Odwołujący W. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Comtel Import-Eksport W. C., wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez niewybranie oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 02.10.2019r, odrzucenia oferty firmy B27 sp. z o.o, sp. k., powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) dla telefonu IP w pozycji 1 w punkcie 6 podpunkt „e” zawarł wymóg, aby oferowany telefon IP w zakresie bezpieczeństwa posiadał wsparcie dla Wi-Fi Protected Access 2 (WPA2). Standard o nazwie w terminologii angielskiej Wi-Fi Protected Access 2 oznaczany w opisach technicznych skrótem WPA2 jest standardem bezpieczeństwa kontroli dostępu oraz szyfrowania danych stosowany w sieciach bezprzewodowych (pakiety danych są przesyłane sygnałem radiowym).

Wykonawca - firma B27 sp. z o.o. sp. k. w pozycji nr 1 zaoferował telefon IP model CP-8845-K9 producenta Cisco.

Zdaniem Odwołującego, zaoferowany przez Wykonawcę B27 sp. z o.o. sp. k. telefon CP-8845-K9 nie spełnia wymogu posiadania wsparcia dla Wi-Fi Protected Access 2 (WPA2), gdyż nie posiada modułu radiowego (nadajnika i odbiornika) umożliwiającego komunikację w sieci bezprzewodowej (radiowej).

Odwołujący wyjaśnił, że wsparcie dla standardu WPA2 polegające na możliwości konfiguracji profilu bezpieczeństwa dostępu do sieci bezprzewodowej (w terminologii angielskiej skrótowo zwanej WLAN, czyli Wireless Local Area NetWork) został przez producenta Cisco zaimplementowany tylko w modelach telefonów IP posiadających bezprzewodowy interfejs sieciowy WLAN. W publikacji technicznej firmy Cisco zatytułowanej: „Cisco IP phone 7800 and 8800 series security overview” rozdział „ NetWork Security, Wireless (WLAN) 802.1X” na str. 9 w tabeli nr. 11 producent zamieścił listę modeli telefonów posiadających możliwość bezprzewodowej autentykacji dostępu za pomocą profilu WPA2, a mianowicie są to modele:

8821, 8861, 8865. Zaoferowany przez firmę B27 sp. z o.o. sp. k. model telefonu Cisco CP-8845-K9 nie jest w tym zestawieniu wymieniony.

Odwołujący wskazał, że taki stan faktyczny niezgodności zaoferowanego modelu Cisco CP-8845-K9 z wymogami OPZ potwierdził również autoryzowany dystrybutor Cisco w Polsce - spółka Ingram Micro Sp. z o.o. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił pismo ww. podmiotu z 07 października 2019r.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie 3.1 zatytułowanym Wymagania techniczne Telefon IP w podpunkcie 6 litera e) zawarł wymaganie: „W zakresie bezpieczeństwa urządzenie musi pozwalać na wsparcie dla Wi-Fi Protected Access 2 (WPA2) EAP-FAST”. W punkcie h) natomiast Zamawiający zawarł wymaganie: „możliwość administracyjnego wyłączenia portów urządzenia: USB, SD, WLAN”.

Jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem: „W części 3.1 dotyczącej telefonów IP znajduje się wymagane dla telefonu IP, aby wspierał WPA2 EAP-FAST oraz miał możliwość administracyjnego wyłączenia portów urządzenia: (...), WLAN.

To sugeruje, że telefon powinien posiadać możliwość pracy w sieci WI-FI i tym samym istotnie ogranicza liczbę modeli spełniających pozostałe wymagania. Dlatego prosimy o informację czy Zamawiający dopuści telefony IP spełniające pozostałe wymagania bez modułu WI-FI.”

Zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższe pytanie w następujący sposób: „Zamawiający modyfikuje zapisy OPZ punkt 3.1 poprzez modyfikacje zapisów ppkt 6, ustęp h otrzymuje następujące brzmienie: „h. możliwość administracyjnego wyłączenia portów urządzenia: USB, SD”.

Pytanie Wykonawcy dotyczyło możliwości dopuszczenia przez Zamawiającego telefonów nieposiadających modułów Wi-Fi. Zadając pytanie, Wykonawca powołał się na dwa wymagania stawiane przez Zamawiającego (pkt e i h), które zdaniem Wykonawcy sugerują, że telefon powinien mieć możliwość pracy w sieci Wi-Fi. Zamawiający nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi na pytanie Wykonawcy. Nie oświadczył wprost, czy dopuszcza, czy też nie dopuszcza telefonów nieposiadających modułów Wi-Fi. Zamawiający dokonał jedynie modyfikacji jednego z punktów SIWZ powołanego przez Wykonawcę przy zadaniu pytania (modyfikacja dotyczyła punktu h). Natomiast drugi powoływany przez Wykonawcę punkt e) nie został przez Zamawiającego zmieniony. W ocenie Izby brak jednoznacznej odpowiedzi Zamawiającego na pytanie Wykonawcy i jednocześnie zmodyfikowanie tylko jednego z dwóch postanowień SIWZ wskazujących na wymóg posiadania przez oferowane

telefony modułu Wi-Fi, nie oznacza dopuszczenia przez Zamawiającego telefonów nieposiadających modułu Wi-Fi.

Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja punktu h), polegająca na usunięciu możliwości administracyjnego wyłączenia portów urządzenia: WLAN, oznacza rezygnację przez Zamawiającego z możliwości realizacji jednej z funkcjonalności urządzenia, która mogła być realizowana za pośrednictwem sieci bezprzewodowej. Nie można jednak uznać, że dokonując tej modyfikacji, bez jednoczesnego zmodyfikowania punktu e), Zamawiający całkowicie zrezygnował z wymogu posiadania przez oferowane telefony modułu Wi-Fi.

W trakcie rozprawy Zamawiający podnosił, że SIWZ wskazuje na sieć WAN, którą połączone są placówki Zamawiającego. Ta okoliczność zdaniem Zamawiającego wskazywać miała na rezygnację przez Zamawiającego z telefonów bezprzewodowych. Należy zauważyć że określenie sieci jako WAN nie wskazuje na sposób transmisji danych - czy odbywa się ona przewodowo, czy bezprzewodowo. Sieć WAN dotyczy obszaru, rozległości sieci komputerowej, a nie metody transmisji danych w ramach tej sieci.

Dlatego też połączenie placówek Zamawiającego za pomocą sieci WAN nie przesądza o tym, że Zamawiający zrezygnował z bezprzewodowej transmisji danych.

Odpowiadając na pytanie Wykonawcy, Zamawiający nie dokonał żadnej zmiany punktu e), na który także powoływał się Wykonawca, wskazując na wymóg posiadania przez telefony możliwości pracy w sieci Wi-Fi. Punkt ten odwołuje się do Wi-Fi Protected Access 2 (WPA2) EAP-FAST.

Nie było sporne między stronami, że WPA2 może być stosowane wyłącznie w sieciach bezprzewodowych, natomiast metoda EAP-FAST opracowana przez firmę Cisco może zostać zastosowana zarówno w sieciach bezprzewodowych, jak i przewodowych. Pozostawienie przez Zamawiającego w punkcie e) odwołania do WPA2, a więc mechanizmu, który może zostać zastosowany wyłącznie w sieciach bezprzewodowych, nie pozwala na uznanie, że Zamawiający dopuścił telefony nieposiadające modułu Wi-Fi, a więc telefony, które mogą działać wyłącznie w sieciach przewodowych. Podkreślenia wymaga, że przedstawione przez Zamawiającego karty katalogowe telefonu, który zaoferował Przystępujący (model 8845) nie zawierają żadnego odwołania do mechanizmu WPA2, a jedynie potwierdzenie zastosowania metody EAP-FAST. Oznacza to, że telefon ten nie spełnia wymogu określonego w punkcie 3.1 ppkt. 6 lit. e) OPZ.

Zamawiający argumentował, że postawiony w punkcie e) wymóg wsparcia dla WPA2 EAP-FAST może być realizowany zarówno w sieciach bezprzewodowych, jak i przewodowych. Na poparcie swojego stanowiska, Zamawiający przedstawił dwa pisma Dyrektora sprzedaży Cisco Systems Poland sp. z o.o. Pisma te nie potwierdzają twierdzenia Zamawiającego. Pisma te zawierają próbę interpretacji sformułowanych przez Zamawiającego postanowień SIWZ, natomiast nie zawierają informacji, czym jest mechanizm WPA2 EAP-FAST. Jak

wskazano wyżej, karty katalogowe telefonu oferowanego przez Przystępującego odwołują się wyłącznie do mechanizmu EAP-FAST, a nie do mechanizmu WPA2 EAP-FAST, jak wymagał tego Zamawiający.

Na marginesie Izba zauważa, że Zamawiający zwrócił się o ocenę funkcjonalności, której wymagał, do Dyrektora sprzedaży, co budzi zdziwienie, gdyż tego rodzaju wątpliwości mógłby rozstrzygać dział techniczny. Dyrektor sprzedaży może być, jak trafnie wskazał Odwołujący, zainteresowany w sprzedaży konkretnego modelu telefonu. Co istotne, z tą samą osobą prowadził korespondencję Przystępujący.

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że pierwsze pismo Dyrektora sprzedaży Cisco Systems Poland sp. z o.o. nie wyjaśnia funkcjonalności WPA2 EAP-FAST. Zamawiający zwrócił się ponownie do autora tego pisma o rozstrzygnięcie, które twierdzenie dotyczące wsparcia funkcji bezpieczeństwa WPA2 EAP – FAST jest prawidłowe – czy to przedstawione przez Odwołującego (pismo firmy Ingram Micro sp. z o.o.), czy zawarte w poprzednim piśmie samego autora. Tym samym, autor pisma miał podjąć decyzję w sprawie, w której sam uprzednio wypowiedział się. Dowód w postaci drugiego pisma Dyrektora sprzedaży Cisco Systems Poland sp. z o.o. jest zatem niewiarygodny.

Znamienne jest także, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, Dyrektor sprzedaży dokonał próby interpretacji postanowień SIWZ, a nie rozstrzygnął, czym jest funkcjonalność WPA2 EAP-FAST. Wskazał jedynie, że metoda WPA2 EAP-FAST jest niczym innym, jak rozwiązaniem opisanym w zaleceniu RFC 4851, a zatem poprzez wyjaśnienie nieznanego przez nieznanego uchylił się od wskazania, na czym metoda ta polega. Podobnie należy zauważyć, że ogólne stwierdzenie, zawarte w piśmie Dyrektora sprzedaży skierowanym do Przystępującego, wskazujące, że WPA2 EAP-FAST jest to podzbiór, również w ocenie Izby nie stanowi żadnego wyjaśnienia.

Na tle niezrozumiałych wyjaśnień przedstawianych przez Zamawiającego, wiarygodne i spójne wydają się twierdzenia Odwołującego, który przedstawił w trakcie rozprawy wyciąg z katalogu telefonu (dokumentu obiektywnego), który zaoferował (model 8865). Z katalogu tego jednoznacznie wynika, że wymaganie zarówno WPA2, jak i EAP – FAST, spełniają jedynie 3 modele telefonów, tj. 8865 (zaoferowany przez Odwołującego), 8861 oraz 8821. Brak jest pośród tych modeli telefonów tego, który zaoferował Przystępujący.

Z katalogu tego również wynika, że WPA2 oraz EAP–FAST są dwiema różnymi funkcjonalnościami. Ponadto, również w tym katalogu nie została wymieniona taka funkcjonalność, jak WPA2 EAP- FAST. Podkreślenia wymaga, że strony postępowania nie miały trudności z określeniem, czym jest WPA2, jak również czym jest funkcjonalność EAP-FAST. Żaden z katalogów nie odnosił się natomiast do funkcjonalności WPA2 EAP – FAST. Na prośbę Izby (w trakcie rozprawy), o wskazanie przez Zamawiającego, w jaki sposób należy interpretować treść zawartą w katalogu telefonu zaoferowanego przez

Przystępującego (model 8845) zakreśloną przez Zamawiającego w odniesieniu do wymagania Zamawiającego określonego w punkcie e) „wsparcie dla WPA2 EAP – FAST”, Zamawiający wyjaśnił, że „inżynier całościowo czytając specyfikację będzie wiedział, że takie wymagania są spełnione.” Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający nie był w stanie wyjaśnić tej kwestii i dowieść przed Izbą, że rzeczywiście telefon zaoferowany przez Przystępującego spełnia wymaganie wsparcia dla WPA2 EAP-FAST.

Powyższe okoliczności wskazują, że zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ jest zasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

**Przewodniczący:**

.....