

Sygn. akt: KIO 843/21

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Bartosz Stankiewicz

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 kwietnia 2021r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021r. **przez odwołującego:** T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Skarb Państwa - Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych ul. Rakowiecka 2d, 02-517 Warszawa

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego: Netia S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa na rzecz Skarb Państwa - Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych ul. Rakowiecka 2d, 02-517 Warszawa kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Odwołanie z 2021-03-15 Skarb Państwa - Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych

I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) zwane dalej „ustawa Pzp2019”, w imieniu T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie dalej „Odwołujący” lub „T-Mobile” lub „Wykonawcą”, wniesiono odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego Skarb Państwa - Naczelną Dyrekcję Archiwów Państwowych zwane dalej „Zamawiającym”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi wdrożenia i utrzymania sieci WAN”, numer sprawy: BDG-WO.261.5.2020 zwane dalej: „Postępowanie”.

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S190-459212.

Na podstawie art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020): „Do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.” (tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.). Jednakże zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. przepisów wprowadzających: „Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r. , dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. , stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.” tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący jako podstawę wniesienia odwołania wskazał przepisy ustawy Pzp2019, niemniej jednak zgodnie z art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) zarzuty sformułował przyjmując za podstawę przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp2004”.

III. ZARZUTY

W toku przedmiotowego postępowania Zamawiający naruszył następujące przepisy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiada treści SIWZ.

IV ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Netia S.A., jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął (w dniu 3 marca 2021 r.) W tym dniu Odwołujący otrzymał za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez Netia S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołanie wniesione w dniu 15 marca 2021 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp2019.

2. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta złożona przez Odwołującego nie zostałaby odrzucona, a oferta Netia S.A. nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, co w efekcie skutkowałoby tym, że oferta T-Mobile w dalszym ciągu byłaby przedmiotem badania i oceny i to ta oferta mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE

I.W dniu 3 marca 2021 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Netia S.A i odrzuceniu oferty T-Mobile na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał na rzekomą niezgodność

oferty Odwołującego z SIWZ. Z przedstawioną argumentacją Zamawiającego, nie sposób się jednak zgodzić.

II. Zarzut dot. odrzucenia oferty T-Mobile jako niezgodnej z SIWZ.

1. Zamawiający w informacji z dnia 3 marca 2021 r. o odrzuceniu oferty T-Mobile wskazał, że w „przedmiotowym postępowaniu Wykonawca T-Mobile Polska S.A. zaoferował wykonanie WAN tylko w części MPLS, podczas gdy pozostała część WAN nie jest siecią MPLS. Rozwiązanie zaoferowane przez Wykonawcę polega na podziale sieci na dwie części: część sieci WAN w technologii MPLS oraz na część sieci WAN, gdzie urządzenia CPE nie stanowią elementu sieci WAN w technologii MPLS, a jedynie umożliwiają dostęp do sieci WAN MPLS oferenta. ” (str. 5/8 informacji o odrzuceniu oferty T-Mobile). Zamawiający wskazał ponadto, że „cała sieć WAN powinna być siecią MPLS, a kanały MPLS powinny być zakończone na jej urządzeniach brzegowych. Zatem granice sieci WAN są wyznaczone przez LAP (Lokalizacje Archiwów Państwowych) oraz punkty styku do Internetu. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, routery CPE zlokalizowane u Zamawiającego stanowią integralną część sieci WAN (są w niej urządzeniami brzegowymi). ” (str. 5/8 informacji o odrzuceniu oferty T-Mobile). W ocenie Zamawiającego świadczy to o niezgodności oferty T-Mobile z SIWZ, z czym nie sposób się zgodzić. Zamawiający błędnie przyjął, w wyniku nadinterpretacji zdefiniowanych w dokumentacji postępowania wymagań, że w przypadku świadczenia usługi WAN w technologii MPLS, w zakresie opisanym w SIWZ urządzenia CPE muszą wspierać protokoły sygnalizacyjne MPLS. Taki wymóg nie wynika z dokumentacji Postępowania, udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, jak również powszechnie stosowanych standardów na rynku telekomunikacyjnym.

2. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi wdrożenia i utrzymania sieci WAN. Zgodnie z pkt 4.2.1. SIWZ i § 1 ust. 1 pkt 1 części III SIWZ - projekt umowy (dalej jako: „Umowa”) „Usługi Wdrożenia WAN w technologii MPLS obejmują (...)” Są to jedyne elementy pierwotnej dokumentacji postępowania, które odnoszą się do technologii, w jakiej ma być świadczona usługa WAN. Zamawiający w SIWZ nie określił szczegółowych wymagań co do sposobu konfiguracji sieci WAN, nie wskazał własnej definicji sieci WAN wykonanej w technologii MPLS, nie załączył do pierwotnej dokumentacji postępowania żadnych schematów określających wymaganą strukturę sieci. Zamawiający nie zdefiniował również jakichkolwiek wymagań technicznych dotyczących urządzeń CPE, w szczególności nie określił, że urządzenia te mają wspierać jakieś określone protokoły i być miejscem terminowania kanałów MPLS. Wbrew stanowisku Zamawiającego wynikającemu z informacji o odrzuceniu oferty T-Mobile z dnia 3 marca 2021r., w świetle wszystkich wymagań SIWZ dotyczących realizacji „sieci WAN w technologii MPLS”, należy stwierdzić,

że nie ma potrzeby, aby wszystkie urządzenia w sieci WAN miały zaimplementowaną obsługę protokołów MPLS. Sam fakt, że urządzenia wykorzystywane są w sieci nie oznacza, że muszą tę funkcjonalność posiadać, aby cała sieć była siecią WAN w technologii MPLS.

3. W pierwszej kolejności należy odnieść się do zasad budowy każdej sieci WAN.

a. Sieć WAN (ang. Wide Area Network, rozległa sieć komputerowa) jest to sieć teleinformatyczna łącząca ze sobą urządzenia klienta geograficznie odległe od siebie. Celem jej uruchomienia jest zapewnienie obiektom Zamawiającego takiej łączności, jakby znajdowały się w jednej sieci, z jednoczesnym odseparowaniem ruchu klienta od innego ruchu w sieci wykonawcy. Budowa każdej sieci WAN wymaga od wykonawcy:

- zestawienia do lokalizacji Zamawiającego łącza dostępowego do sieci szkieletowej wykonawcy/operatora, z wykorzystaniem określonego medium (np. kabel miedziany, łącze radiowe lub tak jak w przypadku Zamawiającego światłowód). Łącze takie z jednej strony, w lokalizacji Zamawiającego, jest zakończone urządzeniem CPE (ang. Customer Premises Equipment; tłum. sprzęt w lokalizacji klienta), zaś z drugiej strony jest połączone z najbliższym routerem brzegowym sieci szkieletowej operatora PE (ang. Provider Edge, tłum. Granica operatora), wg nazewnictwa w SIWZ - PER;
- konfiguracji wewnętrznych routerów wykonawcy (węzłów sieci telekomunikacyjnej) za pomocą takiego protokołu, który będzie zgodny ze standardami budowy sieci w oparciu o wymaganą technologię oraz umożliwi połączenie między obiektami klienta i zapewni wspomnianą powyżej separację ruchu.

b. Pomiędzy routerem CPE i PEIPER oraz w sieci szkieletowej transmisja może być realizowana z wykorzystaniem różnych technologii/protokołów transmisyjnych, niezależnie od technologii/protokołów transmisyjnych w sieci szkieletowej wykonawcy, w zależności od preferencji i oczekiwań Zamawiającego, przy czym nie wpływa to w żaden sposób na spójność sieci i nie wyklucza możliwości zapewnienia wymaganych przez Zamawiającego parametrów sieci, w tym parametrów jakościowych.

4. W związku z tym, że Zamawiający nie sformułował szczegółowych wymagań w zakresie konfiguracji sieci WAN w technologii MPLS i wymagań dla routerów CPE (dla których brak obsługi przez nie protokołów MPLS stał się dla Zamawiającego podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego) oraz w świetle opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 24.11.2020 r. załączników 4, 5, 6 do wyjaśnień SIWZ, przedstawiających schematy przyłączenia WAN, LCAP i LZAP, Wykonawca miał podstawy, aby przyjąć, że Zamawiający wymaga sieci WAN w technologii MPLS wykonanej według aktualnego, powszechnie uznanego przez operatorów i obowiązującego na rynku operatorskim standardu.

a. Powszechnie stosowane standardy techniczne i organizacyjne w zakresie Internetu i sieci komputerowych ustanawiane są przez Internet Engineering Task Force (dalej jako: „IETF”) - międzynarodowe stowarzyszenie projektantów sieci, operatorów, sprzedawców i badaczy zajmujących się rozwojem architektury Internetu. IETF to nieformalna grupa robocza będąca jednym z głównych autorów standardów i protokołów komunikacyjnych, wykorzystanych w sieciach telekomunikacyjnych, której ustalenia są respektowane przez wszystkich wiodących producentów sprzętu i rozwiązań telekomunikacyjnych. IETF generuje specjalny rodzaj dokumentów zwanych Request For Comments (RFC), w których zawarte są definicje standardów i protokołów internetowych. Dokumenty RFC są opisami technicznych oraz organizacyjnych standardów, protokołów i dobrych praktyk przy wdrażaniu rozwiązań teleinformatycznych. Zasady budowy, topologii i konfiguracji sieci WAN opartej na technologii MPLS uregulowane zostały przez IETF w dokumencie RFC4364 pod tytułem „BGP/MPLS IP Virtual Private Networks (VPNs)” (źródło: <https://tools.ietf.org/html/rfc4364>) oraz pierwotnym dokumencie RFC3031 pod tytułem „Multiprotocol Label Switching Architecture” (źródło: <https://tools.ietf.org/html/rfc3031>)

b. Zgodnie z RFC4364

- W streszczeniu RFC4364 (sekcja "Abstract") wskazano: „This document describes a method by which a Service Provider may use an IP backbone to provide IP Virtual Private Networks (VPNs) for its customers. (. . .)” (tłumaczenie własne: Ten dokument określa sposób, w jaki Operator może wykorzystać sieć szkieletową protokołu IP do świadczenia usług wirtualnych sieci prywatnych VPN swoim klientom.)
- Zgodnie z opisanymi w RFC4364 standardami, sieci MPLS mogą być budowane w różnych konfiguracjach, w tym w sposób zaplanowany przez Odwołującego (i prezentowany na schematach opublikowanych przez Zamawiającego). Zgodnie z przedmiotowymi konfiguracjami połączenia pomiędzy routerem CPE w lokalizacjach LAP/LCAP a siecią szkieletową MPLS Wykonawcy (do routera PE/PER) mogą być realizowane z wykorzystaniem dedykowanych łączy typu Ethernet z protokołem IP. Wynika to z sekcji 1.2 RFC4364, opisującej relacje pomiędzy routerami CE (ang. Customer Edge, tłum. granica Klienta; w praktyce ustarło się stosowanie również skrótu CPE: ang. Customer Premises Equipment tłum. sprzęt w lokalizacji klienta) a routerami PE (ang. Provider Edge, tłum. granica operatora):
"Routers can be attached to each other, or to end systems, in a variety of different ways: PPP connections, ATM Virtual Circuits (VCs), Frame Relay VCs, ethernet

interfaces, Virtual Local Area Networks (VLANs) on ethernet interfaces, GRE tunnels, Layer 2 Tunneling Protocol (L2TP) tunnels, IPsec tunnels, etc. We will use the term "attachment circuit" to refer generally to some such means of attaching to a router. An attachment circuit may be the sort of connection that is usually thought of as a "data link", or it may be a tunnel of some sort; what matters is that it be possible for two devices to be network layer peers over the attachment circuit. Each VPN site must contain one or more Customer Edge (CE) devices. Each CE device is attached, via some sort of attachment circuit, to one or more Provider Edge (PE) routers. CE devices are logically part of a customer's VPN. PE and P routers are logically part of the SPS network. "(tłumaczenie własne: Routery mogą być połączone ze sobą lub z systemami końcowymi, różnymi metodami: połączeniem PPP, wirtualnym łączem (VC), protokołem Frame Relay, połączeniem typu Ethernet, wirtualną siecią lokalną VLAN na połączeniu typu Ethernet, tunelem GRE, tunelem warstwy 2 (L2TP) itp. Termin „łącze dostępowe” będzie stosowany do określenia powyższych metod połączenia się z routerem. Łącze dostępowe może być rodzajem połączenia zazwyczaj rozumianym jako „połączenie transmisji danych”, może być także połączeniem tunelowanym, co istotne, musi umożliwiać obu urządzeniom wzajemne sparowanie na warstwie sieciowej z wykorzystaniem łącza dostępowego. Każdy obiekt musi posiadać jeden lub więcej urządzeń CE. Każde urządzenie CE jest połączone, przez dowolny rodzaj łącza dostępowego, do jednego lub więcej urządzeń PE. Wg logicznej topologii sieci, urządzenia CE należą do sieci VPN klienta, natomiast routery P i PE należą do sieci operatora”).

- Zgodnie z powyższym, standard dla rozwiązań sieci realizowanych w technologii MPLS nie określa technologii jaka ma być wykorzystana na styku między routerami CE i PE, w szczególności nie wymusza zastosowania na tym styku technologii MPLS. Dodatkowo standard oddziela logicznie sieć VPN dochodząca do urządzeń klienta od sieci szkieletowej operatora. Komunikacja wewnątrz VPN nie musi odbywać się wg tych samych zasad, co komunikacja wewnątrz sieci szkieletowej operatora.
- W dalszej części wspomnianej sekcji 1.2 RFC4364 standard definiuje nazewnictwo łączy dostępowych pomiędzy CE i PE: „The attachment circuit over which a packet travels when going from CE to PE is known as that packet's "ingress attachment circuit", and the PE as the packet's "ingress PE". The attachment circuit over which a packet travels when going from PE to CE is known as that packet's "egress attachment circuit", and the PE as the packet's "egress PE" (tłumaczenie własne: Łącze dostępowe, przez które pakiety

przemieszczają się w drodze od routera CE do routera PE jest zwane „wejściowym łączem dostępowym”, a router PE jest „wejściowym PE”. Łącze dostępowe, przez które pakiety przemieszczają się w drodze od routera PE do routera CE jest zwane „wyjściowym łączem dostępowym”, a router PE jest „wyjściowym PE”.)

- Definicje oraz nazewnictwo dotyczące architektury MPLS opisuje RFC3031. W sekcji 2.2. znajdują się definicje wspomnianych powyżej określeń:

”MPLS egress node - an MPLS edge node in its role in handling traffic as it leaves an MPLS domain”
”MPLS ingress node - an MPLS edge node in its role in handling traffic as it enters an MPLS domain”

(tłumaczenie własne:

Węzeł wyjściowy MPLS - graniczny węzeł MPLS, który obsługuje ruch wychodzący z domeny MPLS

Węzeł wejściowy MPLS - graniczny węzeł MPLS, który obsługuje ruch wchodzący do domeny MPLS)

- Z powyższego wynika, że granicą domeny MPLS jest router PE, z którym łączy się nienależący już do MPLS router CE (CPE). Potwierdza to, że nie jest prawidłowe stanowisko Zamawiającego, który twierdzi, że granicą sieci MPLS muszą być routery CPE zamontowane w jednostkach Zamawiającego. Zatem oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ.
- c. Wynika z tego zatem, że nawet przy pierwotnych postanowieniach SIWZ dotyczących technologii MPLS (bez doprecyzowania SIWZ przez Zamawiającego przez przedstawienie schematów sieci, o czym poniżej), zaproponowana przez Odwołującego struktura sieci jest zgodna z obowiązującym standardem dla tej technologii.
5. Celem potwierdzenia prawidłowości interpretacji wymagań SIWZ oraz wymaganego przez Zamawiającego sposobu budowy sieci WAN, w tym w zakresie sposobu wymiany ruchu w sieci WAN i wymaganych protokołów transmisji, Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ. Odwołujący wnioskował o „udostępnienie schematu poglądowego sieci”. W treści pytania nr 98 T-Mobile wprost wskazał, że: „W związku z wieloma wątpliwościami odnośnie kształtu sieci jak i usług towarzyszących (dostępu do Internetu, zapasowego dostępu do Internetu w LAP) oraz w celu uniknięcia nieporozumień i odmiennych interpretacji wymagań przez Oferentów, prosimy o poglądowe przedstawienie oczekiwanego schematu topologii sieci z uwzględnieniem takich elementów jak: LAP, LCAP, CER, CPE, PER, LD, PLD, ZLD, LI. ”

6. Zamawiający w piśmie z dnia 24.11.2020 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 73 lit. d) i pytanie nr 98 wskazując, że „Poglądowe przedstawienie oczekiwanego schematu topologii sieci z uwzględnieniem takich elementów jak: LAP, LCAP, CER, CPE, PER, ŁD, PŁD ZŁD, LI stanowi załącznik nr 4 - 6 do pisma. Przedmiotowe schematy zostały zamieszczone poniżej.

Schemat przyłączenia LZAP do WAN

Rysunek 1: Schemat przyłączenia LZAP do WAN przedstawiony przez Zamawiającego (Załącznik nr 4 do pisma wyjaśnień z dnia 24.11.2020 r.)

Schemat przyłączenia LCAP do WAN

Rysunek 2: Schemat przyłączenia LCAP do WAN przedstawiony przez Zamawiającego (Załącznik nr 6 do wyjaśnień z dnia 24.11.2020 r.)

Budowa sieci WAN

Rysunek 3: Schemat budowy sieci WAN przedstawiony przez Zamawiającego (Załącznik nr 5 do wyjaśnień z dnia 24.11.2020 r.)

7. Wyjaśnienia treści SIWZ stanowią element dokumentacji postępowania i wiążą wykonawców na równi z treścią pierwotnej dokumentacji. Wobec tego pierwotną treść SIWZ należało odczytywać łącznie z załączonymi w wyniku wyjaśnień SIWZ schematami.

8. Z przedstawionych przez Zamawiającego schematów wynika jednoznacznie, że sieć MPLS wykonawcy ma obejmować routery PER w węźle operatora MPLS w sieci szkieletowej wykonawcy, co w praktyce oznacza, że protokoły sieci MPLS mają być uruchamiane na routerach PER, nie zaś na urządzeniach CPE w lokalizacjach Zamawiającego. Na schematach wyraźnie widać, które routery obejmuje „chmura”/zakres MPLS - zaznaczona powyżej „sieć szkieletowa MPLS Wykonawcy” obejmuje wyłącznie urządzenia PER, zaś lokalizacje Zamawiającego, a co za tym idzie urządzenia CPE, które są w nich zamontowane, nie są objęte siecią szkieletową MPLS.

9. Załączone przez Zamawiającego do udzielonych wyjaśnień schematy, potwierdziły więc możliwość budowy sieci WAN w technologii MPLS w sposób, jaki zakładał Odwołujący tj. zgodnie z powszechnie stosowanym standardem RFC4364 - gdzie siecią MPLS objęte są routery PE/PER, a routery CPE są poza siecią MPLS, zaś połączenia między routerem CPE w lokalizacjach LAP/LCAP do sieci szkieletowej MPLS Odwołującego są realizowane w oparciu o dedykowane łącza typu Ethernet z protokołem IP. Skoro załączone schematy potwierdziły, że sposób budowy sieci przedstawiony przez Zamawiającego jest zgodny z

przedmiotowym standardem, nie było podstaw aby kwestionować treść SIWZ w drodze odwołania.

10. W związku z powyższym, rozwiązanie zaoferowane przez T-Mobile jest w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ, załącznikach do SIWZ oraz wyjaśnieniach treści SIWZ, jakich Zamawiający udzielał w toku Postępowania, w tym w zakresie dotyczącym technologii, w której będą świadczone usługi - MPLS, oraz zapewnienia wymaganych funkcjonalności, parametrów i jakości świadczonych usług. Fakt, że zaoferowane przez Wykonawcę routery CPE nie wspierają protokołów sygnalizacyjnych MPLS, a protokoły sieci MPLS uruchamiane są na routerach PE/ PER a nie CPE, nie świadczy o niezgodności rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę z wymaganiami SIWZ - sieć WAN jest realizowana w technologii MPLS, tak jak wymagał Zamawiający w SIWZ. Za realizację protokołów w warstwie MPLS odpowiadać bowiem mają, zgodnie ze schematami opublikowanymi przez Zamawiającego i powszechnie obowiązującymi standardami - RFC4364, routery PE/PER w sieci Wykonawcy, a nie urządzenia CPE. Z dokumentacji postępowania nie wynikało, że Zamawiający wymaga, aby miejscem terminowania kanałów MPLS w sieci WAN były routery CPE. Wręcz przeciwnie, z załączonych do wyjaśnień SIWZ z dnia 24.11.2020 r. schematów wprost wynikało, że pierwszym urządzeniem realizującym MPLS ma być router PE/PER.

11. Podsumowując, w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie podał w SIWZ jakichkolwiek szczegółowych wymagań w zakresie realizacji sieci WAN w technologii MPLS. Wobec tego T-Mobile mógł zakładać, że Zamawiający wymaga wykonania sieci WAN w oparciu o powszechnie obowiązujące standardy. Dodatkowo założenia te zostały potwierdzone przez samego Zamawiającego, który w uzupełnieniu dokumentacji Postępowania, w wyjaśnieniach z dnia 24.11.2020 r. przedstawił schematy obrazujące budowę sieci. Schematy te są zgodne z powszechnie obowiązującymi standardami dla sieci WAN w technologii MPLS i potwierdziły, że sieć MPLS nie musi obejmować routerów CPE. W związku z tym, Odwołujący nie miał jakichkolwiek wątpliwości co do wymagań Zamawiającego.

12. Nawet gdyby przyjąć, iż pomimo przedstawionej powyżej argumentacji rozumienie sieci WAN w technologii MPLS nastroczało wątpliwości, to niejasności dokumentacji postępowania powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców i nie powinny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach wskazywała w tym kontekście m.in. na następujące kwestie:

a. wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 2917/20 „Jeżeli jakieś pojęcia w SIWZ są ogólne, niezdefiniowane czy też nie nastąpiło odwołanie do definicji legalnych (...) to

znaczenie takich postanowień SIWZ będzie rozpatrywane na korzyść danego wykonawcy, który zachował się zgodnie z postanowieniami tak, jak one brzmią, a nie jakby się wydawało, że należy je interpretować i dookreślać (...). ”

b. wyrok z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt: KIO 2618/17: dokonał odrzucenia oferty odwołującego, powołując się na warunki, wymogi i zapisy SIWZ, których nie zawarł w treści SIWZ. Nie można odrzucić oferty powołując się na nieistniejącą niezgodność z treścią SIWZ, na wymogi, których zamawiający nie sformułował w treści SIWZ. Jeżeli wykonawca złożył ofertę, która wpisuje się w warunki określone w SIWZ, to zamawiający nie ma podstawy prawnej do jej odrzucenia czy wykluczenia wykonawcy. Nieścistość zapisów SIWZ nie może obciążać wykonawców. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Takie stanowisko jest ukształtowane przez utrwaloną linię orzeczniczą KIO oraz sądów powszechnych, zgodnie z którymi wszelkie niezgodności, niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, np. Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 roku, sygn. akt III Ca 70/15 który stanowi, iż: "Zapisy w SIWZ (e.) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu)

c. wyrok z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 605/14 „wypracowany w orzecznictwie postulat wykładania niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp. Przywołane zasady sprzeciwiają się temu, aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający miał możliwość dokonywania ocen w oparciu o wymagania, których jasno nie wyartykułował. Zgodność oferty wykonawcy z SIWZ stanowi bowiem ocenę zobiektywizowaną i dokonywaną w świetle zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. ”

13. Odnosząc się szczegółowo do treści informacji z dnia 3 marca 2021 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuję na następujące.

a. Zamawiający wskazał, że „żaden z wykonawców na etapie przygotowywania oferty, w tym również T-Mobile Polska S.A. nie miał wątpliwości co do zakresu i parametrów zamówienia w rzeczonym zakresie. ” (str. 6/8 informacji o odrzuceniu oferty T-Mobile). Faktem jest, że w momencie składania oferty Odwołujący nie miał wątpliwości w zakresie wymogów Zamawiającego dotyczących konfiguracji sieci WAN w technologii MPLS. Z uwagi na załączone przez Zamawiającego typowe schematy budowy sieci WAN w oparciu o technologię MPLS, które były zgodne z obowiązującymi standardami i brak kontrowersji w

opisie tego wymogu (tak jak wskazano powyżej, Zamawiający ograniczył się do wskazania, że wymaga sieci WAN w technologii MPLS nie podając jakichkolwiek szczegółów), T-Mobile mógł mieć pewność, że przyjęty sposób budowy sieci WAN odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający zamieścił w dokumentacji postępowania typowy schemat budowy sieci WAN w oparciu o technologię MPLS, zgodny ze standardami IETF - RFC4364. Jeżeli Zamawiający wymagał konkretnego rozwiązania o większej szczegółowości niż opisana w standardzie, to powinien opisać to w SIWZ.

b. Zamawiający wskazał, że „Gdyby rysunki dotyczyły ujęcia sposobu realizacji przedmiotu zamówienia lub całego jego zakresu, należałoby uwzględnić, nie tylko (...) technologię MPLS, ale również m.in. wymagania w zakresie szyfrowania transmisji w sieci WAN oraz urządzeń, na których to szyfrowanie powinno być realizowane, sposób monitorowania sieci, wymagań w zakresie bezpieczeństwa sieci WAN etc. ” (str. 6/8 informacji o odrzuceniu oferty T-Mobile). Schematy nie uwzględniały wskazanych powyżej kwestii, nie oznacza to jednak, że były one wiążące jedynie wybiórczo - w zakresie podłączenia jednostek Zamawiającego. Tak jak Zamawiający nie umieścił na schematach wymienionych kwestii - m.in. szyfrowania, monitorowania etc., tak mógł również pominąć zakres sieci szkieletowej MPLS. W związku z tym, że informacja ta pojawiła się na schematach (a nie musiała, bowiem nie miała ona znaczenia dla podłączenia jednostek Zamawiającego), to stała się ona wiążąca dla wykonawców.

c. Zamawiający próbuje umniejszyć znaczeniu załączonych schematów wskazując, że jest to jedynie schemat sposobu połączenia lokalizacji Zamawiającego do sieci WAN. Zamawiający sam jednak wskazał w wyjaśnieniach z dnia 24.11.2020 r., że załączniki zawierają „poglądowe przedstawienie oczekiwanego schematu topologii sieci”. O ile dwa ze schematów zatytułowano odpowiednio „Schemat przyłączenia LCAP do WAN” i „Schemat przyłączenia LZAP do WAN”, o tyle trzeci z nich wprost został zatytułowany „Budowa sieci WAN”. Zamawiający stara się wykazać, że zamieszczone w dokumentacji postępowania schematy wiązały wykonawców jedynie wybiórczo- były one wiążące jedynie w zakresie wynikającego z nich sposobu przyłączenia lokalizacji Zamawiającego do sieci WAN, zaś przedstawiony na nich schemat sieci WAN w technologii MPLS nie miał znaczenia. Argumentacja taka nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. Idąc tym tokiem rozumowania Zamawiający już po złożeniu ofert mógłby nadawać różne znaczenie również innym przedstawionym w dokumentacji postępowania wymaganiom wskazując, co jest wiążące, a co zgodnie z jego założeniem miało jedynie charakter poglądowy.

d. Zamawiający powołał się ponadto w informacji o odrzuceniu oferty T-Mobile na korespondencję prowadzoną z pozostałymi wykonawcami. Zamawiający wskazał, że

„Pozostali Wykonawcy nie mieli również wątpliwości, że opublikowane przez Zamawiającego rysunki stanowią poglądowy schemat topologii sieci. ". Podkreślenia jednak wymaga, że nie wynika to z udostępnionej T-Mobile korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a pozostałymi wykonawcami. Ponadto Zamawiający wskazał, że „Podsumowując odpowiedzi pozostałych Wykonawców, każdy z nich potwierdził, że przedmiot umowy opisany przez Zamawiającego potwierdza, że routery CPE są elementem sieci WAN i stanowią jej urządzenia brzegowe, a cała sieć WAN ma być zrealizowana w technologii MPLS. ” Powyższe stanowi jednak nadinterpretację korespondencji prowadzonej z pozostałymi wykonawcami. Z przedstawionej korespondencji w jakikolwiek sposób nie wynika, że wykonawcy odnieśli się do interpretacji postanowień SIWZ. Wykonawcy zostali zapytani o technologię, w jakiej będą obsługiwane łącza dostępowe i miejsce terminowania kanałów MPLS w sieci, którą planują wykonać. Wykonawcy nie odnosili się do interpretacji postanowień SIWZ. Fakt, że pozostali wykonawcy zaplanowali realizację zamówienia poprzez budowę sieci w inny sposób niż założył to Odwołujący, nie oznacza, że rozwiązanie przyjęte przez Odwołującego jest niezgodne z SIWZ. Jak wskazano powyżej, standard RFC4364 umożliwia budowę sieci również w inny niż przyjęty przez Odwołującego sposób - standard ten nie określa technologii, jaka ma być wykorzystana na styku między routerami CPE i PE/PER, w szczególności nie wymusza zastosowania na tym styku technologii MPLS. Wobec tego korespondencja z pozostałymi wykonawcami, na którą powołuje się Zamawiający, nie świadczy o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ.

e. W uzasadnieniu odrzucenia oferty T-Mobile Zamawiający przywołał ust. II pkt 2 i 3 części II SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia definicję Usługi WAN i WAN - „Usługa WAN jest zdefiniowana jako „usługa transmisji danych realizowana pomiędzy LAP'ami oraz pomiędzy LAP a Internetem zgodnie z parametrami SLA wraz z SM”, zaś WAN jest zdefiniowana jako „sieć teleinformatyczna łącząca LAP”. W ocenie Zamawiającego oznacza to, iż „cała sieć WAN powinna być siecią MPLS, a kanały MPLS powinny być zakończone na jej urządzeniach brzegowych. Zatem granice sieci WAN są wyznaczone przez LAP (Lokalizacje Archiwów Państwowych) oraz punkt styku do Internetu. Zgodnie w wymaganiami Zamawiającego, routery CPE zlokalizowane u Zamawiającego stanowią integralną część sieci WAN (są w niej urządzeniami brzegowymi).” Przytoczone przez Zamawiającego definicje nie wskazują na konieczność budowy oczekiwanej architektury sieci WAN w technologii MPLS w sposób jaki wyinterpretowuje Zamawiający, można je bowiem odnieść do budowy każdej sieci WAN. Odwołujący potwierdza, że w zaproponowanym przez niego rozwiązaniu usługa WAN jest realizowana we wskazany przez Zamawiającego sposób - pomiędzy LAP, wraz z zapewnieniem wszystkich wymaganych

parametrów SLA. Jednocześnie sieć transmisji danych jest w pełni spójna, dedykowana dla Zamawiającego i zgodna z obecnie obowiązującymi na rynku standardami MPLS.

f. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty przedstawił krótką charakterystykę technologii MPLS. Opis ten został przedstawiony przez Zamawiającego po raz pierwszy - nie pojawił się wcześniej w SIWZ i OPZ. Zamawiający wskazał, że „To właśnie dzięki MPLS operatorzy telekomunikacyjni na tych samych, współdzielonych urządzeniach i łączach - mogą przysyłać pakiety różnych klientów separując jednocześnie ich sieci od siebie”. Rozwiązanie oferowane przez Odwołującego spełnia to wymaganie - sieć WAN Zamawiającego będzie w pełni odseparowana od sieci innych klientów.

14. W związku z brakiem w SIWZ opisu szczegółowych wymagań dotyczących „wdrożenia sieci WAN w technologii MPLS” i funkcjonalności routerów CPE, T-Mobile, jako profesjonalista działający na rynku usług telekomunikacyjnych mógł zakładać, że Zamawiający wymaga wykonania sieci WAN w oparciu o powszechnie obowiązujące standardy - RFC4364. Prawidłowość tych założeń została potwierdzona w załączonych do wyjaśnień SIWZ schematach sieci, które były zgodne z przedmiotowymi standardami. Ze schematów wynikało bowiem, że sieć MPLS nie musi obejmować routerów CPE. Zaoferowane przez T-Mobile rozwiązanie wypełnia więc ogólne wymagania wskazane w SIWZ - „sieć WAN w technologii MPLS”. Oferta Odwołującego jest zatem zgodna z SIWZ i całą dokumentacją Postępowania i nie powinna zostać odrzucona.

Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Pismo 2021-04-20 Odpowiedź zamawiającego na odwołanie

Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości oraz
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w zakresie kosztów pełnomocnika, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie,
3. przeprowadzenia dowodów z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania, przywołanych w dalszych częściach niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Uzasadnienie Odpowiedzi na Odwołanie

Przywołanie stanowiska Odwołującego

Odwołujący zaskarżył ww. odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej czynności podjęte w ww. Postępowaniu przez Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Wykonawcy „T-Mobile Polska S.A.”, poprzez uznanie wskazanej oferty za niezgodną z SIWZ.

Powyżej opisanej czynności Odwołujący zarzucił naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP z 2004 r. poprzez niewłaściwą kwalifikację elementów oferty Odwołującego jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty Netia S.A. jako najkorzystniejszej, (2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, (3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego:

(1) Zamawiający błędnie przyjął, w wyniku nadinterpretacji zdefiniowanych w dokumentach postępowania wymagań, że w przypadku świadczenie usługi WAN w technologii MPLS, w zakresie opisanym w SIWZ urządzenia CPE muszą wspierać protokoły sygnalizacyjne MPLS. Zdaniem Odwołującego, taki wymóg nie wynika z dokumentacji Postępowania, udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, jak również powszechnie stosowanych standardów na rynku telekomunikacyjnym;

(2) Zamawiający w SIWZ nie określił szczegółowych wymagań co do sposobu konfiguracji sieci WAN, nie wskazał własnej definicji WAN wykonanej w technologii MPLS, nie załączył do pierwotnej dokumentacji postępowania żadnych schematów określających wymaganą strukturę sieci; Zamawiający nie zdefiniował również jakichkolwiek wymagań technicznych dotyczących urządzeń CPE, w szczególności nie określił, że urządzenia te mają wspierać jakieś określone protokoły i być miejscem terminowania kanałów MPLS; zdaniem Odwołującego: „nie ma potrzeby, aby wszystkie urządzenia w sieci WAN miały zaimplementowaną obsługę protokołów MPLS. Sam fakt, że urządzenia wykorzystywane są w sieci nie oznacza, że muszą tę funkcjonalność posiadać, aby cała sieć była siecią WAN w technologii MPLS”;

(3) należy odnieść się do zasad budowy każdej sieci WAN, z których zdaniem Odwołującego wynika, że „pomiędzy routerem CPE i PE/PER oraz w sieci szkieletowej transmisja może być realizowana z wykorzystaniem różnych technologii / protokołów transmisyjnych, niezależnie od technologii / protokołów transmisyjnych w sieci szkieletowej

wykonawcy, w zależności od preferencji i oczekiwań Zamawiającego, przy czym nie wpływa to w żaden sposób na spójność sieci i nie wyklucza możliwości zapewnienia wymaganych przez Zamawiającego parametrów sieci, w tym parametrów jakościowych”;

(4) Zamawiający nie sformułował szczególnych wymagań w zakresie konfiguracji sieci WAN w technologii MPLS i wymagań dla routerów CPE (dla których brak obsługi przez nie protokołów MPLS stał się dla Zamawiającego podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego) oraz w świetle opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 24.11.2020 r. załączników 4, 5 i 6 do wyjaśnień SIWZ, przedstawiających schematy przyłączenia WAN, LCAP i LZAP, Wykonawca miał podstawy, aby przyjąć, że Zamawiający wymaga sieci WAN w technologii MPLS wykonanej według aktualnego, powszechnie uznanego przez operatorów i obowiązującego na rynku operatorskim standardu; po czym odwołujący przywołuje — „zasady budowy, topologii i konfiguracji sieci WAN opartej na technologii MPLS uregulowanej przez IETF w dokumencie RFC4364 i RFC3031”; zdaniem Odwołującego: „wg logicznej topologii sieci, urządzenia CE należą do sieci VPN klienta, natomiast routery P i PE należą do sieci operatora.” oraz „zgodnie z powyższym, standard dla rozwiązań sieci realizowanych w technologii MPLS nie określa technologii, jaka ma być wykorzystana na styku między routerami CE i PE, w szczególności nie wymusza zastosowania na tym styku technologii MPLS. Dodatkowo standard oddziela logicznie sieć dochodzącą do urządzeń klienta od sieci szkieletowej operatora. Komunikacja wewnątrz VPN nie musi odbywać się wg. Tych samych zasad, co komunikacja wewnątrz sieci szkieletowej operatora.”; „Wynika z tego zatem, że nawet przy pierwotnych postanowieniach SIWZ dotyczących technologii MPLS (bez doprecyzowania SIWZ przez Zamawiającego przez przedstawienie schematów sieci, o czym poniżej), zaproponowana przez odwołującego struktura sieci jest zgodna z obowiązującym standardem dla tej technologii”

(5) konieczne jest przywołanie odpowiedzi zamawiającego na pytania nr 73 i 98 wskazujących: „Poglądowe przedstawienie oczekiwanego schematu topologii sieci z uwzględnieniem takich elementów jak: LAP, LACP, CER, CPE, PER, ED, PŁD, zŁD, LI stanowi załączniki nr 4 — 6 do pisma.” Przedmiotowe schematy zostały zamieszczone w odwołaniu; zadaniem Odwołującego: „Załączone przez Zamawiającego do udzielonych wyjaśnień schematy, potwierdziły więc możliwość budowy sieci WAN w technologii MPLS w sposób, jaki zakładał Odwołujący tj. zgodnie z powszechnie stosowanym standardem RFC4364 — gdzie siecią MPLS objęte są routery PE/PER, a routery CPE są poza siecią MPLS, zaś połączenia między routerem CPE w lokalizacjach LAP/LCAP do sieci szkieletowej MPLS Odwołującego są realizowane w oparciu o dedykowane łącza typu Ethernet z protokołem IP.

Skoro załączone schematy potwierdziły, że sposób budowy sieci przedstawiony przez Zamawiającego jest zgodny z przedmiotowym standardem, nie było podstaw, aby kwestionować treść SIWZ w drodze odwołania”; „fakt, że zaoferowane przez Wykonawcę routery CPE nie wspierają protokołów sygnalizacyjnych MPLS, a protokoły sieci MPLS, a protokoły sieci MPLS uruchamiane są na routerach PE/ PER a nie CPE, nie świadczy o niezgodności rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę z wymaganiami SIWZ — sieć WAN jest realizowana w technologii MPLS, tak jak wymagał Zamawiający w SIWZ. Za realizację protokołów w warstwie MPLS odpowiadać bowiem mają, zgodnie ze schematami opublikowanymi przez Zamawiającego i powszechnie obowiązującymi standardami RFC4364, routery PE/PER w sieci wykonawcy, a nie urządzeniami CPE.”;

(6) podsumowując: „w przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający nie podał w SIWZ jakichkolwiek szczegółowych wymagań w zakresie realizacji sieci WAN w technologii MPLS. Wobec tego T-Mobile mógł zakładać, że Zamawiający wymaga wykonania sieci WAN w oparciu o powszechnie obowiązujące standardy. Dodatkowo te założenia zostały potwierdzone przez samego zamawiającego, który w uzupełnieniu dokumentacji postępowania, w wyjaśnieniach z dnia 24 listopada 2020 r. przedstawił schematy obrazujące budowę sieci. Schematy te są zgodne z powszechnie obowiązującymi standardami dla sieci WAN w technologii MPLS i potwierdził, że sieć MPLS nie musi obejmować routerów CPE. W związku z tym, odwołujący nie miał jakichkolwiek wątpliwości co do wymagań Zamawiającego'_(7) następnie Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczące „ogólnych, niezdefiniowanych pojęć SIWZ”, braku możliwości odrzucenia oferty „powołując się na nieistniejącą niezgodność z treścią SIWZ, na wymogi, których Zamawiający nie sformułował w treści SIWZ” oraz, że „nieścisłość zapisów SIWZ nie może obciążać wykonawców. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy.”

(8) na końcu odwołania przedstawia stanowisko Odwołującego w odniesieniu do uzasadnienia zawiadomienia z dnia 3 marca 2021 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do zarzutu odwołania.

(1) W pierwszej kolejności, Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią odwołania, chciałby w pełni podtrzymać stanowisko i argumentację zaprezentowane w zawiadomieniu z dnia 3 marca 2021 r. (znak sprawy: BDG-WO.261.5.2020) w sprawie wyboru oferty Netia S.A. oraz odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

W powyższym zawiadomieniu, Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy PZP szczegółowo uzasadnił pod względem prawnym i faktycznym niezgodność treści oferty T-Mobile S.A. z treścią SIWZ wskazując m.in.:

(-) postanowienia SIWZ, z których wynika konieczność wdrożenia i utrzymania sieci WAN w technologii MPIS, a tym samym całości sieci bez żadnych wskazanych wprost lub mogących być przedmiotem uzasadnionej wykładni wyjątków,

(-) postanowień projektu umowy w przedmiocie „Usługi Wdrożenia WAN w technologii

MPLS” oraz „Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia”, z których wynika, iż „cała sieć WAN powinna być siecią MPLS, a kanały MPLS powinny być zakończone na jej urządzeniach brzegowych”;

(-) nie budzące wątpliwości i niekwestionowane przez T-Mobile S.A. w toku wyjaśnień rażącej ceny oraz wyjaśnień treści oferty (jak również potwierdzone przez producenta urządzenia CPE oferowanego w ofercie T-Mobile S.A.), iż Wykonawca T-Mobile Polska S.A. zaoferował „wykonanie sieci WAN będącej tylko w części siecią MPLS, podczas gdy pozostała część WAN nie jest siecią MPLS”, tj. zaoferowanie „sieci WAN, gdzie urządzenia CPE nie stanowią elementu sieci WAN w technologii MPLS”;

(-) poglądowe schematy topologii sieci WAN z załączników nr 4 — 6 do pisma Zamawiającego z dnia 24 listopada 2020 r. (znak: BDG-WO.261.5.2020), które stanowią wyłącznie odpowiedź na pytanie Wykonawcy (Odwołującego) dot. schematu poglądowego sieci (tj. sposobu przyłączenia lokalizacji Zamawiającego do sieci WAN), a nie opis wymagań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. sieci WAN w określonej technologii;

(-) że pozostali Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu (Netia, Exatel) zaproponowali w nich urządzenia CPE, tj. routery CPE umożliwiające Świadczenie usług MPIS, a tym samym potwierdzili, że: „routery CPE są elementem sieci WAN i stanowią jej urządzenia brzegowe, a cała sieć WAN ma być zrealizowana w technologii MPIS”;

(-) orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w świetle którego: „wybiórcza analiza dokumentacji może prowadzić do wadliwego zaoferowania przedmiotu zamówienia”;

(-) w podsumowaniu, iż: „T-Mobile Polska S.A. wskazał sposób realizacji przedmiotu umowy za pomocą sieci, w której to wyłącznie urządzenia sieci korowej operatora Są częścią sieci WAN w technologii MPLS, a urządzenia CPE stanowiące element sieci WAN nie są elementem sieci MPLS.”, co stanowi niezgodność treści oferty Odwołującego z powyżej przywołanymi postanowieniami treści SIWZ.

(2) W związku z powyższym oraz w odniesieniu do podstawowego zarzutu odwołania, że jakoby wymóg, aby „urządzenia CPE powinny wspierać protokoły sygnalizacyjne MPLS” nie wynika z dokumentacji Postępowania należy podkreślić, że Zamawiający w dokumentacji

przedmiotowego postępowania wprost wymagał, aby zamawiana sieć WAN funkcjonowała w technologii MPLS.

Powyższe potwierdzają następujące postanowienia SIWZ:

(-) 4.2. Przedmiot zamówienia obejmuje:

4.2.1. Usługi Wdrożenia WAN w technologii MPLS obejmującej:

- a) wykonanie Projektu Technicznego WAN,
- b) wykonanie HRPZ,
- c) zaprojektowanie szablonu Raportu Miesięcznego z realizacji Usługi WAN,
- d) budowę i konfigurację ED, w tym wykonanie niezbędnych projektów i na ich podstawie Robót Budowlanych,
- e) uruchomienie dwóch punktów styku pomiędzy WAN a Internetem zapewniających bezpieczną wymianę ruchu, w tym ochronę DDOS, gdzie przez punkty styku rozumie się wszystkie potrzebne łącza, urządzenia i oprogramowanie (w tym łącza do Internetu) zapewniające wymianę ruchu o parametrach zgodnych z wymaganiami zawartymi w OPZ,
- f) dostarczenie, instalację i konfigurację CPE we wszystkich LAP oraz innych urządzeń niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy,
- g) implementację WAN łączącej wszystkie LAP poprzez ŁD i sieć szkieletową Wykonawcy,
- h) uruchomienie Usługi WAN,
- i) przygotowanie planu i scenariuszy testów akceptacyjnych SM,
- j) Świadczenie asysty przy wykonywaniu przez Zamawiającego testów akceptacyjnych SM,
- k) wykonanie dokumentacji powykonawczej,
- l) przeprowadzenie szkoleń.

4.2.2. Usługi WAN świadczonej 24 godziny na dobę, przez 7 dni w tygodniu, polegającej, w szczególności na:

- a) zapewnieniu wymiany ruchu pomiędzy LAP podłączonymi do WAN w sposób zapewniający spełnienie zasad QoS i zgodnie z warunkami SIA,

- b) zapewnieniu bezpiecznej wymiany ruchu, w tym ochrony DDOS, poprzez WAN pomiędzy LAP, a siecią Internet,
- c) zapewnieniu dwóch wzajemnie redundantnych łączy internetowych,
- d) utrzymaniu SM i Systemu Rejestracji Zgłoszeń,
- e) wykonywaniu Raportów Miesięcznych z realizacji Usługi WAN.

(-) w projekcie Umowy (por. „SIWZ — część III — projekt Umowy”) przedmiot umowy został opisany jako „Usługi Wdrożenia WAN

(-) natomiast, w rozdziale II dokumentu Specyfikacja istotnych warunków zamówienia - część II postępowanie nr BDG-WO.261.5.2020 SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Usługa WAN jest zdefiniowana jako „usługa transmisji danych realizowana pomiędzy LAP' ami oraz pomiędzy każdym LAP a Internetem zgodnie z parametrami SIA wraz z SM', zaś WAN jest zdefiniowana jako „sieć teleinformatyczna łącząca LAP'.

Powyższe postanowienia SIWZ jednoznacznie potwierdzają, że cała zamawiana przez Zamawiającego sieć WAN powinna być siecią w technologii MPLS, a w konsekwencji powyższego kanały MPLS powinny obejmować wszystkie bez wyjątku urządzenia wchodzące w skład tej sieci, w tym również urządzenia brzegowe tej sieci WAN (CPE). W opisie uwzględniane są oczywiście tylko urządzenia warstwy 3 — sieci MPLS Dostawcy (sieć będąca przedmiotem zamówienia) oraz sieci Zamawiającego, nie są natomiast uwzględniane elementy wspomagające takie jak modemy, konwertery, switche warstwy 2, wzmacniacze światłowodowe itp. Z powyższego jednoznacznie wynika, że urządzenie CPE jako router sieci WAN działający w warstwie 3, wchodzi w skład sieci WAN MPLS jako jej element brzegowy (PE), a w konsekwencji powinien obsługiwać technologię MPLS.

(3) W świetle powyższych ustaleń należy uznać za niezgodny z prawdą zarzut Odwołującego (pkt 2 i 3 Odwołania), że Zamawiający w SIWZ nie określił szczegółowych wymagań co do sposobu konfiguracji sieci WAN, skoro Zamawiający w ww. dokumentach

wskazał, że realizacja przedmiotu zamówienia ma opierać się bez żadnych wyjątków, w szczególności w zakresie urządzeń brzegowych, na technologii MPIS.

(3) Zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 24 lutego 2021 r., sygn. akt. KIO 349/21, Izba wskazała, że: „podstawowe znaczenie do oceny spełniania wymagań z SIWZ ma treść właśnie SIWZ. Wskazać należy, że w przypadku dokumentacji przetargowych pierwszeństwo ma zawsze wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców. Co za tym idzie istotna jest przede wszystkim treść SIWZ.

Wyprowadzanie dalej idących wniosków na podstawie dość uproszczonego rozumowania, iż "to co nie jest zabronione, jest dozwolone" (jak czyni to strona), jest nieuprawnione (por. wyrok WSA w Lublinie III SA/Lu 15/16 z dnia 2016-05-18. Podobnie w tej samej kwestii wypowiedział się SO w Warszawie w wyroku z dnia 03 czerwca 2013 roku sygn. akt V Ca 533/13 gdzie stwierdził, że niezasadnym jest przywoływanie dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii nie ujętych w postanowieniach SIWZ. Zawsze decydujące znaczenie ma analiza sformułowań zawartych w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy podkreślić, że odwoływanie się przez Wykonawcę do standardów budowy sieci, tj. „powszechnie stosowanych standardów na rynku telekomunikacyjnym” w przedmiotowej sytuacji nie ma żadnych podstaw w literalnych zapisach SIWZ (w których Zamawiający nie odwołuje się do standardów wskazanych przez Odwołującego). Wobec powyższego, uzasadnienie zarzutów przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu stanowią spekulacje Wykonawcy dot. możliwych sposobów spełnienia Świadczenia, stanowiące w rzeczywistości polemikę z literalnymi postanowieniami SIWZ.

Zdaniem Odwołującego zaoferowane rozwiązania zaproponowane i wycenione w ramach przedmiotowego Postępowania nie wpływają na spójność sieci i nie wykluczają zastosowania innych protokołów sieciowych i komunikacji, co nie zmienia faktu, że stanowią rozwiązania niezgodne z opracowaną przez Zamawiającego treścią SIWZ oraz udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami dotyczącymi treści SIWZ, z których jednoznacznie wynika konieczność zastosowania technologii MPLS w odniesieniu do wszystkich urządzeń sieci WAN.

(5) Należy podkreślić, że Odwołujący, który zaoferował rozwiązanie techniczne, jedynie częściowo zgodne z zapisami SIWZ/częściowo spełniające wymagania Zamawiającego, w którym to protokoły sieci MPLS zostaną uruchomione na routerach PER, a nie zaś na urządzeniach CPE w lokalizacjach Zamawiającego. Potwierdza to pismo Odwołującego pismo z dnia 26 stycznia 2021 r., stanowiące odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty Wykonawca T-Mobile Polska S.A."

W przedmiotowej sprawie sam Odwołujący wskazuje, że jego rozwiązanie nie jest rozwiązaniem MPLS, w piśmie stanowiącym Dowód nr 1 Odwołujący wskazał, że „za realizację protokołów w warstwie MPLS odpowiadają routery PER w sieci Wykonawcy, a nie urządzenia CPE", jednocześnie wskazując, że „urządzenia CSG 759 i CSG 1500 NAZWA URZĄDZEŃ OBJĘTA JEST TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA T-MOBILE POLSKA S.A. zaproponowane do realizacji przedmiotu zamówienia są to tak zwane urządzenia CPE — urządzenia znajdujące się w placówkach abonenta, zwane także urządzeniami końcowymi.”

Zatem złożona przez Wykonawcę oferta, wbrew jego twierdzeniom, nie jest zgodna z przedmiotem rzeczzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności, „z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ, załącznikach do SIWZ oraz wyjaśnieniach treści SIWZ, jakich Zamawiający udzielał w toku postępowania, w tym w zakresie dotyczącym technologii, w której będą Świadczone usługi — MPLS oraz zapewnienia wymaganych funkcjonalności, paramentów i jakości Świadczonych usług”.

(6) Odwołujący próbuje wykazać, że stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ nie wpływa na sposób świadczenia usługi oraz jest zgodna ze standardami technicznymi, co powoduje automatyczną zgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, jest złożenie oferty odpowiadającej treści SIWZ i zakresowi zamówienia, który określa Zamawiający. Nie sposób uznać za zgodne z przepisami ustawy Pzp, aby Zamawiający w wyniku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzyskał przedmiot zamówienia odmienny od tego który był celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz znalazł literalnie odzwierciedlenie w postanowieniach SIWZ.

(7) W odwołaniu, Odwołujący szczegółowo wskazuje, że potwierdzenie zgodności swojej oferty z treścią SIWZ wywodzi z interpretacji odpowiedzi na pytania, w tym schematów lokalizacji sieci. Zamawiający wyjaśnia, że na przywołanych schematach, które Odwołujący wskazał w wersji monochromatycznej, co wpływa na jego interpretację, zarówno urządzenia CPE, jak również pozostała część sieci są jednakowo oznaczone, tj. wyraźnie na fioletowo, co oznacza, że wszystkie te urządzenia, w szczególności urządzenia CPE są częścią zamawianej sieci WAN. Urządzenia CPE oznaczone są ponadto symbolem routera, co rozwiewa ewentualne wątpliwości odnośnie charakteru urządzenia (czy nie jest to np. urządzenie warstwy 2), a tym samym, że urządzenia CPE Są to urządzenia stanowiące integralny element zamawianej sieci WAN.

Poniżej Zamawiający ponownie chciałby zaprezentować zgodny z oryginałem Załącznik nr 5 do wyjaśnień z dnia 24.11. 2020 r. przekazany przez Zamawiającego: budowa sieci WAN

(8) Zamawiający chciałby ponownie podkreślić (w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty T-Mobile Polska S.A.), że powyższy schemat został przekazany w odpowiedzi na pytanie dot. schematu topologii sieci, (które brzmiało „Prosimy o poglądowe przedstawienie oczekiwanego schematu typologii sieci

z uwzględnieniem takich elementów jak: LAP, LCAP, CER, cm, PER, ED, PŁD, zŁD, LI.”), nie na pytanie dotyczące opisu wymagań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. sieci WAN w technologii określonej jako MPLS.

Zamawiający chciałby podkreślić, że żadne z przedmiotowych pytań wskazanych przez

Odwołującego nie dotyczyło zastosowania technologii MPLS. Przygotowane przez Zamawiającego rysunki stanowiły więc odpowiedź na zadane przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. pytania o schemat poglądowy sieci, czyli sposobu przyłączenia lokalizacji Zamawiającego do sieci WAN. Należy zauważyć, że rysunki stanowią wyłącznie to, co zostało na nich przedstawione, a więc schematy poglądowe sieci — zgodnie z treścią pytań — a nie opis wymagań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia.

(9) Zamawiający odnosząc się do uzasadnienia Odwołania, na podstawie którego Odwołujący dowodzi o zgodności swojej oferty z SIWZ, wskazuje, że nie można stawiać znaku równości pomiędzy pojęciem „sieć szkieletowa MPLS” a „sieć WAN MPLS”. Na wskazanym rysunku/ schemacie są zaznaczone urządzenia tworzące WAN MPIS oraz „WAN w sieci korowej MPLS Wykonawcy” — wskazując, która część sieci WAN jest w sieci szkieletowej Wykonawcy. Dokonując analizy struktury przedstawionej powyżej, jak również odnosząc się do standardów sieci wskazać należy, że w standardzie RFC4364 nie jest zdefiniowane urządzenie CPE, a tylko CE i PE. W tym wypadku urządzenie określone w SIWZ jako CPE stanowi PE. Uwzględniając powyższe, Odwołujący, błędnie interpretując RFC4364, wskazuje swój router w sieci szkieletowej jako PE, podczas gdy funkcję PE pełni CPE.

Odnosząc się do uzasadnienia Odwołania, gdzie następuje próba wykazania przez Odwołującego zgodności oferty T-Mobile Polska S.A. z wymaganiami SIWZ, Zamawiający podnosi, że nie zgadza się z zaproponowaną przez Odwołującego interpretacją PE gdyż nie znajduje ona żadnego uzasadnienia w zapisach dokumentacji postępowania, ponieważ urządzeniem brzegowym Wykonawcy jest właśnie CPE i to ono powinno być traktowane jako PE (Provider Edge — urządzenie brzegowe sieci operatora).

Inne rozumienie prowadzi do absurdu, w którym Wykonawca mógłby postawić w jednym pomieszczeniu w ramach swojej sieci 3 urządzenia MPIS, doprowadzić do nich przez swoje sieci w dowolnych technologiach strumienie danych od i twierdzić, że sieć Zamawiającego jest w technologii MPLS.

(10) Odwołujący w Odwołaniu stwierdza także, iż „Zamawiający błędnie przyjął 1 że w przypadku świadczenia usługi WAN w technologii MPLS, w zakresie opisanym w SIWZ urządzenia CPE muszą wspierać protokoły sygnalizacyjne MPLS oraz, że wymóg techniczny

stanowiący o niezgodności oferty Odwołującego nie wynika z dokumentacji Postępowania, udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, jak również powszechnie stosowanych standardów na rynku telekomunikacyjnym."

Zdaniem Zamawiającego powyższy zarzut jest chybiony, gdyż w Części III SIWZ 51 ust.1 Zamawiający wymaga wdrożenia sieci WAN w technologii MPLS, a nie sieci WAN zawierającej tylko elementy technologii MPLS. Powszechnie uznanym standardem MPLS jest definiujący go dokument RFC4364 na który nota bene dalej Odwołujący się powołuje. Dokument ten w pkt. 1.1 definiuje pojęcia CE (Customer Edge — brzeg sieci klienta) i PE (Provider Edge — brzeg sieci dostawcy). Zgodnie z rozwiązaniami technicznymi dedykowanymi dla technologii MPLS urządzeniem brzegowym klienta jest tu CER — CE Router — urządzenie warstwy 3, z którego ruch jest kierowany, bezpośrednio lub przez urządzenia warstwy 2 (przełączniki Ethernet itp.) do urządzenia brzegowego warstwy 3 — routera (PE) dostawcy — którym to urządzeniem jest w tym przypadku router CPE i które to powinno być brzegiem sieci MPLS dostawcy.

Dodatkowo, jak wspomina standard RFC4364 na który powołuje się Odwołujący odnośnie pkt.2 wskazanego wyżej standardu, "Urządzenie CE, dla potrzeb niezawodności, może być połączone do wielu PE tego samego lub różnych dostawców usług" (ang. 2 „A CE device may, for robustness, attach to multiple PE routers, of the same or of different service providers. ”), co potwierdza, iż interpretacja Skarżącego, który wbrew definicji w SIWZ, uznaje iż CPE powinno być traktowane jako CER, jest błędna, gdyż tylko jako urządzenie będące częścią sieci Zamawiającego mogłoby być ono podłączone do różnych dostawców usług.

Wskazane powyżej argumenty wskazują, że Zamawiający jasno w treści SIWZ oraz innych dokumentach, w tym odpowiedziach na pytania wskazał, że wymaga realizacji całej sieci WAN (wszystkich urządzeń sieci WAN, w tym również urządzeń brzegowych / ruterów CPE) w technologii MPLS.

(11) Dodatkowo, odnosząc się do argumentów Odwołującego, w których szczegółowo opisuje i odnosi się do standardów technicznych i organizacyjnych w zakresie projektowania sieci oraz organizacyjnych standardów i protokołów internetowych, Zamawiający podkreśla, że Odwołujący wybiórczo analizuje wskazane standardy i tak w pkt 1 RFC 4364: wskazuje, że technologia MPLS oznacza, że „Ta metoda wykorzystuje „model równorzędny”, w którym routery brzegowe klientów (routery CE) wysyłają swoje trasy do routerów brzegowych dostawcy usług (routery PE). Border Gateway Protocol (BGP) TBGP, BGP-MPI jest następnie używany przez dostawcę usług do wymiany tras określonej sieci VPN między routerami PE podłączonymi do tej sieci VPN. Odbywa się to w sposób, który zapewnia, że

trasy z różnych sieci VPN pozostają różne i oddzielne, nawet jeśli dwie sieci VPN mają nakładającą się przestrzeń adresową. Routery PE przekazują do routerów CE w określonej sieci VPN trasy z innych routerów CE w tej sieci VPN. Routery CE nie są ze sobą równorzędne, dlatego algorytm routingu VPN nie widzi żadnej „nakładki”. Termin „IP” w „IP VPN” jest używany do wskazania, że PE odbiera datagramy IP z CE, sprawdza ich nagłówki IP i odpowiednio je kieruje (ang. „This method uses a "peer model", in which the customers' edge routers (CE routers) send their routes to the Service Provider's edge routers (PE routers). Border Gateway Protocol (BGP) IBGP, BGP-MPI is then used by the Service Provider to exchange the routes of a particular VPN among the PE routers that are attached to that VPN. This is done in a way that ensures that routes from different VPNs remain distinct and separate, even if two VPNs have an overlapping address space. The PE routers distribute, to the CE routers in a particular VPN, the routes from Other the CE routers in that VPN. The CE routers do not peer with each Other, hence there is no "overlay " visible to the VPN's routing algorithm. The term "IP" in "IP VPN" is used to indicate that the PE receives IP datagrams from the CE, examines their IP headers, and routes them accordingly".)

Przenosząc wskazane uzasadnienie na sposób realizacji przedmiotu umowy, Odwołujący powinien przyjąć następujący schemat rozwiązania, gdzie: CE oznacza Customer Edge — czyli brzeg sieci klienta — w tym wypadku urządzenie brzegowe sieci Zamawiającego (CER) — CE Router — zgodnie z nazewnictwem w SIWZ. PE oznacza Provider Edge — czyli brzeg sieci dostawcy — w tym wypadku routerem PE jest CPE — urządzenie brzegowe dostawcy umieszczone w lokalizacji archiwum. Takie rozumienie jest potwierdzone w punkcie 2 RFC „Urządzenie CE, dla potrzeb niezawodności, może być połączone do wielu routerów PE, tego samego lub różnych dostawców usług. ”, (ang. „A CE device may, for robustness, attach to multiple PE routers, of the same or of different service providers.”, co także jasno wskazuje, iż CE jest routerem klienta, a nie dostawcy i w tym wypadku klient może sobie budować równoległe połączenia pomiędzy swoimi CE poprzez innych dostawców usług.

Wobec powyższego wykazanie, że zaproponowane rozwiązanie jest dopuszczalne w technologii MPIS jest niezgodne ze wskazanym standardem RFC4364 .

Zgodnie z uzasadnieniem Odwołania, jak również wyjaśnieniami w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego urządzenie CER (CE) należy do sieci klienta, a urządzenie CPE do sieci operatora. Urządzenie CE jest połączone za pomocą łącza Ethernet (światłowodowe lub elektryczne przenoszące VLANy) z CPE (PE) operatora zgodnie z punktem 1.2. RFC "Routery można łączyć ze sobą lub z systemami końcowymi na wiele różnych sposobów: połączenia PPP, obwody wirtualne ATM (VC), wirtualne przełączniki Frame Relay, interfejsy Ethernet, wirtualne sieci lokalne (VLAN) na interfejsach

Ethernet, tunele GRE , Tunele Layer 2 Tunneling Protocol (L2TP), tunele IPsec itp. ". Zaproponowana technologia powoduje zatem, że łączem pomiędzy CE i PE jest zatem „Virtual Local Area Networks (VLANs) on ethernet interfaces, a nie technologia MPLS (ang. „Routers can be attached to each other, or to end systems, in a variety of different ways: PPP connections, ATM Virtual Circuits (VCs), Frame Relay VCs, ethernet interfaces, Virtual Local Area Networks (VLANs) on ethernet interfaces, GRE tunnels, Layer 2 Tunneling Protocol (L2TP) tunnels, IPsec tunnels, etc.”.

Obie technologie mogą służyć do świadczenia usług wymaganych przez Zamawiającego, ale Zamawiający wymagał spełnienia ich Świadczenia w określony sposób, a nie poprzez wybór dowolnego rozwiązania technologicznego Świadczenia usług, w dowolnym miejscu sieci WAN. Zamawiający podkreśla, że dopuszczalność rozwiązania zgodnie ze wskazanym w odwołaniu standardem technologicznym RFC4364, do którego Zamawiający nie nawiązywał wprost w dokumentacji przetargowej nie jest równoznaczna ze zgodnością z rozwiązaniem zawartym w SIWZ, w którym Zamawiający samodzielnie, w sposób szczegółowy i kompleksowy określił wszystkie istotne wymagane przez Zamawiającego parametry zamawianej sieci WAN, tj. że cała sieć, w szczególności jej urządzenia brzegowe CPE instalowane przez Wykonawcę w lokalizacjach Zamawiającego, zostaną zrealizowane w technologii MPLS.

(12) Zamawiający chciałby także podkreślić, że prawidłowość jego działań znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Wielokrotnie orzecznictwo w sprawach zamówień publicznych wskazywało, że „Zamawiający co do zasady ma prawo oczekiwać, że zamawiany produkt będzie posiadał określone parametry jakościowe czy określoną funkcjonalność, zaś okoliczność, że dany wykonawca takiego produktu nie posiada czy też, że dostosowanie posiadanych produktów na potrzeby zamówienia byłoby zbyt kosztowne, nie stanowi podstawy do narzucania Zamawiającemu zmiany przyjętych założeń (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3237/20).

Zamawiający podkreśla, że zgodnie z wieloma wyrokami KIO m.in. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2020 r. sygn. akt. KIO 1727/20 „Ukształtowana w postępowaniu treść SIVVZ jest wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale także dla Zamawiającego. Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować postanowień SIVVZ i odstępować od ustanowionych wymogów (w tym ich zawęźać czy rozszerzać), prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Na etapie badania i oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie przez Zamawiającego jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SIWZ oraz dokonywanie badania i oceny ofert z pominięciem

wymagań narzuconych treścią SIWZ czy też z uwzględnieniem wymagań z treści SIWZ jednoznacznie nie wynikających albo bardziej rygorystycznych niż pierwotnie ustalone. ".

(13) Zamawiający wymagał, aby sieć WAN została wykonana w technologii MPLS, tzn. aby operator wykonał ją w całości w technologii MPIS, a nie tworzył sieć w którym tylko część sieci WAN jest wykonana w tej technologii. Zamawiający nie narzuca wymagań technicznych na urządzenia CPE operatora i pozostawia wybór producenta czy modelu w jego gestii, ale wymaga spełnienia wymagań funkcjonalnych, np. iż ma być zaimplementowane szyfrowanie danych pomiędzy CPE, czy też faktu, iż ma być to sieć zrealizowana w technologii MPLS.

Podstawą uznania przez Zamawiającego, że oferta Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ jest fakt zaoferowania przez Wykonawcę routerów CPE, które nie wspierają protokołów sygnalizacyjnych MPLS, co zostało potwierdzone przez producenta urządzenia oraz nie jest kwestionowane przez Odwołującego.

W związku z faktem, że już sama nazwa zamówienia wskazuje, że Zamawiający oczekiwał świadczenia usługi w technologii MPLS, brak wspierania wskazanego protokołu przez elementy tworzące sieć telekomunikacyjną powoduje o niezgodności oferty z SIWZ, której nie można usunąć w toku czynności wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp.

(16) Odwołujący w uzasadnieniu Odwołania próbuje wykazać, że Zamawiający nie wykazał należytej precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, co nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji przetargowej. Zamawiający precyzyjnie wskazał w SIWZ i w załącznikach do SIWZ, opisie przedmiotu zamówienia oraz wzorze umowy, że oferowana przez Wykonawcę sieć powinna być w technologii MPLS. Z takiego postanowienia, od którego Zamawiający nie przewidział żadnych wyjątków wynika jednoznacznie, że wszystkie urządzenia, w tym routery CPE powinny wspierać protokoły MPLS. Nadinterpretacją jest stanowisko Odwołującego, że z zapisów SIWZ, schematu załączonego do jednej z odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ oraz standardów stosowanych na rynku telekomunikacyjnym wynika możliwość zaoferowania przez Odwołującego urządzeń CPE nie obsługujących standardu MPLS. W świetle powyższych okoliczności należy zatem uznać, że odrzucenie oferty Odwołującego zostało przez Zamawiającego podjęte zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004. r. — Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

W dniu 3 marca 2021 r. zamawiający przekazał odwołującemu/ T-Mobile Polska S.A. informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Netia S.A i odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004. W uzasadnieniu informacji zamawiający wskazał na niezgodność oferty odwołującego z SIWZ. Z przedstawioną argumentacją zamawiającego, odwołujący nie zgodził się i złożył odwołanie.

Zamawiający w informacji z dnia 3 marca 2021 r. o odrzuceniu oferty odwołującego wskazał, że w „przedmiotowym postępowaniu Wykonawca T-Mobile Polska S.A. zaoferował wykonanie WAN tylko w części MPLS, podczas gdy pozostała część WAN nie jest siecią MPLS. Rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego polega na podziale sieci na dwie części: część sieci WAN w technologii MPLS oraz na część sieci WAN, gdzie urządzenia CPE nie stanowią elementu sieci WAN w technologii MPLS, a jedynie umożliwiają dostęp do sieci WAN MPLS oferenta.” (str. 5/8 informacji o odrzuceniu oferty T-Mobile). Zamawiający wskazał, że „cała sieć WAN powinna być siecią MPLS, a kanały MPLS powinny być zakończone na jej urządzeniach brzegowych. Zatem granice sieci WAN są wyznaczone przez LAP (Lokalizacje Archiwów Państwowych) oraz punkty styku do Internetu. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, routery CPE zlokalizowane u Zamawiającego stanowią integralną część sieci WAN (są w niej urządzeniami brzegowymi). ” (str. 5/8 informacji o odrzuceniu oferty T-Mobile). Według Zamawiającego świadczy to o niezgodności oferty T-Mobile z SIWZ, z czym Odwołujący nie zgodził się składając odwołanie. Jak uważa Odwołujący to Zamawiający przyjął, w wyniku nadinterpretacji zdefiniowanych w dokumentacji postępowania wymagań, że w przypadku świadczenia usługi WAN w technologii MPLS, w zakresie opisanym w SIWZ urządzenia CPE muszą wspierać protokoły sygnalizacyjne MPLS. Taki wymóg w ocenie składającego odwołanie nie wynika z dokumentacji postępowania, udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, jak również powszechnie stosowanych standardów na rynku telekomunikacyjnym.

Jak podkreślał w złożonym odwołaniu przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi wdrożenia i utrzymania sieci WAN. Zamawiający w SIWZ nie określił szczegółowych wymagań co do sposobu konfiguracji sieci WAN, nie wskazał własnej definicji sieci WAN wykonanej w technologii MPLS, nie załączył do pierwotnej dokumentacji postępowania żadnych schematów określających wymaganą strukturę sieci. Zamawiający nie zdefiniował również jakichkolwiek wymagań technicznych dotyczących urządzeń CPE, w szczególności nie określił, że urządzenia te mają wspierać jakieś określone protokoły i być miejscem terminowania kanałów MPLS. Wbrew stanowisku Zamawiającego wynikającemu z informacji o odrzuceniu oferty T-Mobile z dnia 3 marca 2021r., w świetle wszystkich

wymagań SIWZ dotyczących realizacji „sieci WAN w technologii MPLS”, według Odwołującego nie ma potrzeby, aby wszystkie urządzenia w sieci WAN miały zaimplementowaną obsługę protokołów MPLS. Sam fakt, że urządzenia wykorzystywane są w sieci nie oznacza, że muszą tę funkcjonalność posiadać, aby cała sieć była siecią WAN w technologii MPLS.

Jak podaje Odwołujący Sieć WAN (ang. Wide Area Network, rozległa sieć komputerowa) jest to sieć teleinformatyczna łącząca ze sobą urządzenia klienta geograficznie odległe od siebie. Celem jej uruchomienia jest zapewnienie obiektom Zamawiającego takiej łączności, jakby znajdowały się w jednej sieci, z jednoczesnym odseparowaniem ruchu klienta od innego ruchu w sieci wykonawcy. Budowa każdej sieci WAN wymaga od wykonawcy:

- zestawienia do lokalizacji Zamawiającego łącza dostępowego do sieci szkieletowej wykonawcy/operatora, z wykorzystaniem określonego medium (np. kabel miedziany, łącze radiowe lub tak jak w przypadku Zamawiającego światłowód). Łącze takie z jednej strony, w lokalizacji Zamawiającego, jest zakończone urządzeniem CPE (ang. Customer Premises Equipment; tłum. sprzęt w lokalizacji klienta), zaś z drugiej strony jest połączone z najbliższym routerem brzegowym sieci szkieletowej operatora PE (ang. Provider Edge, tłum. Granica operatora), wg nazewnictwa w SIWZ - PER;
- konfiguracji wewnętrznych routerów wykonawcy (węzłów sieci telekomunikacyjnej) za pomocą takiego protokołu, który będzie zgodny ze standardami budowy sieci w oparciu o wymaganą technologię oraz umożliwi połączenie między obiektami klienta i zapewni wspomnianą powyżej separację ruchu.

Pomiędzy routerem CPE i PE/PER oraz w sieci szkieletowej transmisja może być realizowana z wykorzystaniem różnych technologii/protokołów transmisyjnych, niezależnie od technologii/protokołów transmisyjnych w sieci szkieletowej wykonawcy, w zależności od preferencji i oczekiwań Zamawiającego, przy czym nie wpływa to w żaden sposób na spójność sieci i nie wyklucza możliwości zapewnienia wymaganych przez Zamawiającego parametrów sieci, w tym parametrów jakościowych.

W związku z tym, że Zamawiający nie sformułował szczegółowych wymagań w zakresie konfiguracji sieci WAN w technologii MPLS i wymagań dla routerów CPE (dla których brak obsługi przez nie protokołów MPLS stał się dla Zamawiającego podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego) oraz w świetle opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 24.11.2020 r. załączników 4, 5, 6 do wyjaśnień SIWZ, przedstawiających schematy przyłączenia WAN, LCAP i LZAP, Wykonawca miał podstawy, aby przyjąć, że Zamawiający wymaga sieci WAN w technologii MPLS wykonanej według aktualnego, powszechnie uznanego przez operatorów i obowiązującego na rynku operatorskim standardu.

Tak przedstawił Odwołujący co do istoty zasadniczy przedmiot sporu, w zaprezentowanym powyżej odwołaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, prezentując stanowisko w również powyżej przedstawionej odpowiedzi na odwołanie, powołując się na postanowienia SIWZ, które według niego wykluczają przyjęcie stanowiska w sprawie przedstawianego przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzonej rozprawie oraz uwzględniając złożone oświadczenia i wyjaśnienia stron, a także przywołane na ich poparcie dowody oddaliła odwołanie, nie znajdując podstaw do jego uwzględnienia wobec obowiązujących postanowień SIWZ, jak i przeprowadzonego przed Zamawiającym postępowaniem wyjaśniającym z udziałem Odwołującego.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego w sprawie i tak za argumentacją zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, dokumenty złożone w poczet materiału dowodowego na rozprawie przez Odwołującego nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i jako nieistotne nie powinny być brane pod uwagę przy wydawaniu orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Dokumenty oznaczone jako Załącznik nr 1 tj. Opis usługi Netia IPVPN (wraz z tłumaczeniem na język polski) oraz Załącznik nr 2 tj. Opis usługi VI)N MPLS Exatel S.A. nie mają znaczenia dla sprawy.

Powyższe dokumenty Odwołujący złożył na okoliczność wykazania, iż uczestnik postępowania - Netia S.A. oraz trzeci z wykonawców - Exatel S.A., w swojej działalności realizują sieć WAN w technologii MPLS w sposób analogiczny, jak przyjęty przez T-Mobile Polska S.A. w przedmiotowym Postępowaniu, a zatem jest to rozwiązanie powszechnie stosowane na rynku usług telekomunikacyjnych.

Wykonawcy, powyżej przywołani w pismach z dnia 1 i 4 lutego 2021 r., w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty potwierdzili, że zgodnie z ich ofertami technologia MPLS jest obsługiwana na każdym odcinku sieci oferowanej do realizacji na zlecenie Zamawiającego. Z kolei bezsporne w sprawie jest, że w rozwiązaniu Odwołującego urządzenia CPE nie wspierają protokołów sygnalizacyjnych MPLS.

Stąd nawet jeżeli Netia S.A. oraz Exatel S.A., w swojej działalności realizują sieć WAN w technologii MPLS w sposób analogiczny, jak przyjęty przez Odwołującego, to w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na każdym odcinku przewidzieli technologię MPLS.

Dla rozstrzygnięcia sprawy nie mają znaczenia przywołane i przedstawione w sprawie - fragmenty Standardu RFC 4364 „BDG/MPLS IP Virtual Private Networks (VPNs)” (wraz z tłumaczeniem na język polski), oraz fragment Standardu RFC 3031 Architecture” (wraz z tłumaczeniem na język polski).

Słusznie Zamawiający podnosił, że w dokumentach postępowania SIWZ przy opisie przedmiotu zamówienia nie posługiwał normą RFC 4364 oraz RFC 3031 i załączone przez Odwołującego dokumenty jako dowody w związku z tym nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zamawiający dokonał w przedmiotowym postępowaniu opisanie wszystkich wymaganych parametrów zamawianej sieci WAN, bez nawiązywania do norm RFC 4364 oraz RFC 3031, dlatego jak twierdzi Zamawiający występuje konieczność zapewnienia przez Wykonawców objęcia technologią MPLS wszystkich elementów tej sieci, w tym urządzeń brzegowych sieci.

Odnosząc się natomiast do dokumentu oznaczonego jako ekspertyza dr Krzysztofa Kellera, to przede wszystkim ma ona znaczenie dla stwierdzenia, że obowiązujące w telekomunikacji standardy gwarantują świadczenie usług na poziomie wymaganym również przez Zamawiającego, co nie zmienia faktu, że Zamawiający zawarł stosowne wymagania w SIWZ co do technologii zamówionych usług w technologii MPLS.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, który w toku postępowania odwoławczego powoływał się na dokumentację prowadzonego postępowania, z którego wynika wymóg, aby zamawiana sieć WAN funkcjonowała w technologii MPLS.

Zamawiający przywołał następujące postanowienia SIWZ, na potwierdzenie jego stanowiska:

(-) 4.2. Przedmiot zamówienia obejmuje:

4.21. usługi Wdrożenia WAN w technologii MPLS obejmującej:

f) dostarczenie, instalację i konfigurację CPE we wszystkich LAP oraz innych urządzeniach niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy.

Izba nie znalazła podstaw ani konieczności, wobec takiego postanowienia SIWZ, odstąpienia od zastosowania jako wystarczającej dla rozstrzygnięcia sporu, literalnej wykładni treści postanowień SIWZ i językowego znaczenia sformułowań zawartych przez Zamawiającego w SIWZ.

W związku z powyższym Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że prawidłowa wykładnia sformułowania: „Usługi Wdrożenia WAN w technologii MPLS” powinna prowadzić do wniosku, że jeżeli urządzenia CPE/urządzenia brzegowe nie wspierają protokołów

sygnalizacyjnych MPLS to mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z SIWZ.

Zamawiający z zachowaniem należytej staranności wyjaśnił niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie tylko na podstawie wyjaśnień Odwołującego, dotyczących rażąco niskiej ceny, ale również z uwzględnieniem wyjaśnień T-Mobile Polska S.A. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe Zamawiający wykazał przywołując korespondencję z pozostałymi Wykonawcami, jak również informacji od producenta routera zaoferowanego przez Odwołującego, odnośnie obsługiwanego /nieobsługiwanego technologii MPLS przez urządzenia końcowe sieci WAN.

Brak odrzucenia oferty Odwołującego byłoby przejawem złamania ze strony Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle zaś wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2018 r. (KIO 1004/18): "postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ będących podstawowymi dokumentami w postępowaniu o udzielenie zamówienia mają charakter wiążący zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców ubiegających się o zamówienie. Wyrażone w art. 7 ust. 1 PZP zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości wymagają respektowania przez zamawiającego ustalonych przez siebie wymagań. Podstawowym rodzajem wykładni postanowień SIWZ jest zatem wykładnia literalna, która nakazuje interpretację wymagań zamawiającego, w taki sposób, jak zostały one zapisane w SIWZ, bez uzupełniania, rozszerzania lub ograniczenia ich treści".

W celu wzmocnienia powyższej argumentacji Zamawiający przytoczył poglądy doktryny zgodnie z którymi "Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może odnosić się właściwie do każdego elementu postępowania, wszędzie tam, gdzie następuje różnicowanie szans wykonawców nie tylko w możliwości uzyskania zamówienia, lecz również w możliwości złożenia korzystniejszej oferty. Należy pamiętać, że zamawiający powinien traktować wszystkich wykonawców na równych zasadach, wymagając realizacji zamówienia według tych samych reguł bez różnicowania ich sytuacji np. ze względu na cechy tych wykonawców." Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz.

Postępowanie o udzielenie zamówienia winno być zatem prowadzone według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł, zaś Zamawiający ma obowiązek podejmować przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

Mając na uwadze przywołane postanowienia SIWZ jak i załączony do akt sprawy wykonany w kolorze schemat Budowy sieci WAN (WAN w sieci korowej MPLS Wykonawcy) przekazany wykonawcom, wskazujący na urządzenia CPE jako urządzenia brzegowe usługi (jednolity kolor fioletu), Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania. Bowiem z Cz. II SIWZ-Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 7 przez PŁD rozumie się łącze transmisji danych, które pozwala na połączenie każdej z LAP z PER w węźle dostępowym sieci transmisji danych Wykonawcy. Łącze to musi być zakończone CPE w każdej z LAP, a w myśl pkt 10 Router Brzegowy zamawiającego to router lub routery zamawiającego będące na brzegu sieci LAN w LAP do których jest podłączony CPE wykonawcy. Z powyższego wynika, że CPE są urządzeniami wykonawcy i są to urządzenia brzegowe sieci WAN w technologii MPLS.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych i zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zgłoszone koszty wynagrodzenia pełnomocnika według złożonej faktury vat.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....