

Sygn. akt: KIO 189/20

WYROK
z dnia 20 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek
Danuta Dziubińska
Ewa Kisiel

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2020r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **COMP S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**

przy udziale wykonawcy **Innerno Systems sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie, za wyjątkiem zarzutu nr 8 w zakresie którego umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COMP S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **COMP S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **COMP S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** na rzecz **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozwój szkieletu sieci OT poprzez zaprojektowanie rozwiązania, dostawę, instalację, wdrożenie przemysłowych przełączników sieciowych wraz z serwisem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17.10.2018r. pod poz. S/200- 45525-2018. Postępowanie prowadzone jest w na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej Pzp.

W dniu 30.01.2020r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia COMP S.A. i Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (dalej COMP) - wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) czynności oceny i badania ofert;
2. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Innergo Systems Sp. z o.o. SA (dalej Innergo), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu;
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Innergo, pomimo iż treść oferty Innergo nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. czynności bezprawnego wezwania wykonawcy Innergo do uzupełnienia Próbki, pomimo iż Próbka nie podlega uzupełnieniu;
5. z ostrożności procesowej - na wypadek uznania za prawidłowe czynności i zaniechania wskazanych w pkt 3 i 4 zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wezwania Innergo do uzupełnienia Próbki w zakresie wkładek miedzianych;
6. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp , tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia OPTeam SA i EC1 Telecom Ltd. (dalej „Konsorcjum OPTeam”), pomimo iż treść oferty Konsorcjum OPTeam nie odpowiada treści SIWZ
7. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie SIWZ , tj. zaniechania wypełnienia pkt 34 „Załączniki do protokołu” Protokołu Postępowania poprzez podanie kompletnej listy załączników zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie SIWZ oraz zaniechania udostępnienia Odwołującemu korespondencji pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, której to

korespondencji Odwołujący nie może zidentyfikować wobec w/w wady Protokołu Postępowania;

8. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie SIWZ , tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Exatel S.A. (dalej Exatel), jako niejawnych wyjaśnień składanych w trybie art. 90 PZP, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Innergo;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Innergo, pomimo iż treść oferty Innergo nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez bezprawne wezwanie wykonawcy Innergo do uzupełnienia Próbkę, pomimo iż Próbkę nie podlega uzupełnieniu;
4. jako zarzut ewentualny - na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 i 3 powyżej - naruszenie art. 26 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Innergo do uzupełnienia Próbkę w zakresie wkładek miedzianych;
5. art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum OPTeam, pomimo iż treść oferty Konsorcjum OPTeam nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
6. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez bezprawne wezwanie wykonawcy Konsorcjum OPTeam do uzupełnienia Próbkę, pomimo iż Próbkę nie podlega uzupełnieniu;
7. art 96 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechanie wypełnienia pkt 34 „Załączniki do protokołu” Protokołu Postępowania poprzez podanie kompletnej listy załączników oraz naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu korespondencji pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, której to korespondencji Odwołujący nie może zidentyfikować wobec w/w wady Protokołu Postępowania;
8. art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Exatel, jako niejawnych wyjaśnień składanych w trybie art. 90 PZP, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia Próbki, wypełnienia pkt 34 Protokołu Postępowania oraz udostępnienia pełnej dokumentacji postępowania; odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, odrzucenia oferty Innergo, odrzucenia oferty Konsorcjum OPTeam, dokonania ponownej oceny ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Innergo, mimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez bezprawne wezwanie wykonawcy Innergo do uzupełnienia próbki, mimo że próbka nie podlega uzupełnieniu Odwołujący wskazał, że bezspornym jest, iż próbka dostarczona wraz z ofertą Innergo nie spełnia wymagań SIWZ. Do wyjaśnienia pozostaje charakter próbki oraz ustalenie czy Zamawiający był w tym zakresie uprawniony do wystosowania wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Zdaniem Odwołującego z treści SIWZ wynika, że próbka stanowi treść oferty, a zatem nie może być ani zmieniana ani uzupełniana. Odwołujący zwrócił uwagę po pierwsze na treść SIWZ – rozdział 12 pkt 12.2, gdzie Zamawiający rozróżnił dokumenty przedmiotowe i próbkę. Dokumenty przedmiotowe wymienił w rozdz. 12.2.2, a próbka została określona w osobnym punkcie 12.2.5 i nie zawarto w tym zakresie w SIWZ żadnego odwołania, czy to do charakteru dokumentów przedmiotowych do rozporządzenia o dokumentach, czy też do Załącznika 4. Skoro Zamawiający wydzielił osobny załącznik określający dokumenty przedmiotowe, to oczywistym jest, że inne elementy oferty, nie wymienione w tym załączniku nie są składane w celu potwierdzenia wymagań określonych przez Zamawiającego.

Po drugie - w formularzu ofertowym Zamawiający nie umieścił żadnego punktu, w którym wskazuje się co jest przedmiotem oferty, nie podaje się tam ani ceny ani modelu czy innego określenia oferowanego przełącznika oraz jego części składowych. Zamawiający zrezygnował z takiego określenia oferowanego urządzenia dlatego, że jednocześnie wymagał dostarczenia próbki, które opisuje zaoferowany przedmiot zamówienia. Po trzecie - Zamawiający wskazał wprost na charakter próbki, wskazując w odpowiedziach na pytania, że w ramach realizacji zamówienia należy dostarczyć przełączniki takie, jak dostarczona próbka (odpowiedzi na pyt. 57, 66, 123). Ponadto w rozdz. 16 SIWZ wskazano, że Zamawiający w ramach kryterium pozacenowym „dodatkowe funkcjonalności” będzie badać przełącznik przemysłowy, dostarczony jako próbkę. Odwołujący podkreślił, że kryteria bezpośrednio odnoszą się do próbki. Nadmienił, że wykonawcy Exatel i Innergo wskazali w ofercie spełnienie kryterium 2, jednocześnie nie dostarczyli specjalistycznych kabli zasilających, o które wezwał ich Zamawiający. Bez ww. kabli Zamawiający nie może sprawdzić, czy próbka spełnia kryterium 2, więc nie może potwierdzić, czy punkty są prawidłowo przyznane. Brak uzupełnienia próbki przez wykonawców uniemożliwia ocenę

oferty. Zamawiający nie wskazał nigdzie, że celem złożenia próbek jest potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego ani też nie odwołał się do treści § 13 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który zawiera przykładowy katalog dokumentów przedmiotowych. Z zaniechania ustalenia treści SIWZ w ten sposób wynika, że nie było celem Zamawiającego, aby próbka miała charakter przedmiotowy. Zamawiający dopiero na etapie wezwania do uzupełnienia powołał się na art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że czym innym jest sama próbka a czym innym dołączona do niej dokumentacja, która nie podlegała ocenie na etapie oceny ofert i w związku z tym powinna być potraktowana jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tym zakresie, zdaniem Odwołującego, wezwanie Zamawiającego można uznać za prawidłowe.

Odwołujący podniósł, że oferta Innergo podlega odrzuceniu, gdyż oprócz wad wskazanych w piśmie Zamawiającego z 13.12.2019r. ma też dodatkową wadę, dodatkowy brak w stosunku do wymagań SIWZ - jak już Odwołujący wskazał w piśmie z dnia 10.01.2020r.- Próbka złożona przez Innergo nie zawiera odpowiedniej ilości wkładek miedzianych oraz 20 portów obsługujących wkładki miedziane 10/100/1000, pomimo wymagań SIWZ (str. 15). Z treści pkt 3.2 lit c oraz odpowiedzi na pytanie 78 wynika, że próbki miały mieć zarówno porty optyczne jak i miedziane. Odwołujący zawarł fragment dokumentacji producenta przekazany przez Innergo str. 72, zgodnie z którą brak jest możliwości wykorzystania na próbce jednocześnie wymaganej ilości portów o wymaganych parametrach. Tylko Odwołujący dostarczył Próbki zgodne z oboma postanowieniami SIWZ-i zawarł w Próbcie oba rodzaje wkładek (optyczne i miedziane w wymaganej ilości). Wykonawcy Exatel i Konsorcjum OPTeam początkowo zawarli w swoich Próbkach tylko wkładki miedziane we właściwej ilości i zostali wezwani o wkładki optyczne, zaś Innergo nie zawarło wkładek miedzianych w wymaganej ilości. Przy czym Zamawiający wzywał Exatel, Konsorcjum OPTeam o uzupełnienie wkładek optycznych. Zamawiający nie wezwał Innergo do uzupełnienia o właściwą ilość wkładek miedzianych.

Odwołujący wskazał też, że Innergo w toku postępowania - jeszcze przed otrzymaniem wezwania do uzupełnienia własnej Próбки - zajęło stanowisko, iż Próbka stanowi element oferty i jako taka nie ulega zmianie czy też uzupełnieniu.

Odwołujący podniósł, jako zarzut ewentualny naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Innergo do uzupełnienia próбки w zakresie wkładek miedzianych. Zamawiający wymagał, aby próbki były wyposażone w 20 portów miedzianych, tymczasem Innergo dostarczyło tylko po jednym miedzianym porcie do próбки.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp zaniechanie wskazania w pkt 34 Protokołu Postępowania listy załączników oraz naruszenie przepisu art. 7 ust 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp

w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu korespondencji pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, której to korespondencji Odwołujący nie może zidentyfikować wobec w/w wady protokołu postępowania, Odwołujący wskazał, że w pkt 34 protokołu Zamawiający nie zamieścił listy załączników. Zamieszczona w pkt 5 lista nie wnosi nic i nie można z niej uzyskać wiedzy, jakie dokumenty zostały zgromadzone w postępowaniu, w tym jakie pisma Zamawiający wystosował do wykonawców i jakie były odpowiedzi. Lista zawiera umowę, która nie została zawarta i nie może stanowić załącznika do protokołu. Zdaniem Odwołującego takie działanie Zamawiającego jest celowe i ma utrudnić wykonawcom korzystanie ze środków ochrony prawnej. Odwołujący wyjaśnił, że otrzymał od Zamawiającego dokumenty w formie nieuporządkowanej, zeskanowane bez zachowania chronologii do bardzo dużych plików, liczących kilkaset stron. Odwołujący podniósł, że nie jest w stanie wskazać, czy otrzymał całość korespondencji między Zamawiającym a wykonawcami.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust 2 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp - zaniechanie udostępnienia złożonych przez Exatel wyjaśnień dotyczących ceny oferty, wskazując, że Exatel nie sprostął ciężącemu na nim obowiązki - tj. złożone wyjaśnienia czy też uzasadnienie dla wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie wykazują spełnienia się 3 przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że zarzut niniejszy podnoszony jest z ostrożności procesowej - istnieje bowiem możliwość, iż Exatel wniesie odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty, a w wyniku jego rozpatrzenia ponownie stanie się uczestnikiem postępowania.

Zamawiający i Przystępujący po jego stronie wykonawca Innergo Systems Sp. z o.o. wskazali, że w przedmiotowym postępowaniu wszyscy wykonawcy wzywani byli do dokonania uzupełnień w zakresie złożonych przez nich próbek. Próbką była traktowana przez Zamawiającego jako dokument potwierdzający, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Próbki dostarczone przez wykonawców nie podlegały ocenie, próbka służyła potwierdzeniu, że złożona oferta jest zgodna z wymogami SIWZ. Punkty za funkcjonalności były przyznawane na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym. Zamawiający wymagał złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie dodatkowych funkcjonalności. Zamawiający nie dokonywał przyznania punktów dodatkowych w oparciu o wyniki testów i nie zawarł w SIWZ żadnego zapisu, z którego wynikałoby że Zamawiający będzie takie testy przeprowadzał i na ich podstawie przyznawał dodatkowe punkty. Zamawiający dopuścił złożenie próbek z mniejszą niż 20 sztuk ilością wkładek miedzianych i optycznych. Próbka

stanowiła element przedmiotowy, o którym mowa w § 13 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Przedłożenie próbki nie prowadziło do zmiany treści oferty, nie spowodowało zaferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że powołane przez Odwołującego pytanie 78 dotyczy przełączników przemysłowych już na etapie wykonywania umowy. Zdaniem Zamawiającego i Przystępującego, Odwołujący w swoich twierdzeniach pominął zupełnie odpowiedź na pytanie nr 120, która dotyczyła wymaganych próbek przełączników. W świetle tej odpowiedzi Zamawiający dopuścił, aby próbka przełączników zawierała jedynie po jednej wkładce miedzianej i jednej wkładce optycznej. Podobnie odpowiedź na pytanie 123, gdzie Zamawiający dopuścił, iż w przeciwieństwie do urządzeń dostarczanych na etapie wykonywania umowy, próbki przełączników nie muszą być fabrycznie nowe, również w odniesieniu do ilości modułów SFP. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 96 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp polegającego na zaniechaniu wskazania w pkt 34 protokołu listy załączników oraz zaniechania udostępnienia Odwołującemu korespondencji między Zamawiającym i wykonawcami, Zamawiający wskazał, że udostępnił Odwołującemu w dniu 27.01.2020r. żądane dokumenty przez serwer FTP w formie skanu dokumentów. Zamawiający udostępnił kompletną korespondencję z wykonawcami, dokumenty ułożone były tematycznie i chronologicznie. Nieuzasadniony jest zatem zarzut Odwołującego o celowym utrudnianiu wykonawcom skorzystania ze środków ochrony prawnej. Wpisanie do protokołu postępowania załącznika 9 – umowy, stanowi oczywistą omyłkę, a Zamawiający udostępnił całość korespondencji z wykonawcami w sposób umożliwiający weryfikację przez Odwołującego prawidłowości czynności Zamawiającego. Zarzut dotyczący oferty Exatel został wniesiony jedynie z ostrożności na wypadek złożenia odwołania przez wykonawcę Exatel, to z uwagi na niewniesienie odwołania przez tego wykonawcę, rozpoznanie zarzutu jest bezcelowe.

Zamawiający wskazał także na brak interesu we wniesieniu odwołania, oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą i Odwołujący został także wezwany do uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Skoro, jak uznaje Odwołujący uzupełnienie próbki było niemożliwe, to także oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu, a Odwołujący nie poniósłby szkody. Zdaniem Zamawiającego nie można także upatrywać interesu we wniesieniu odwołania na skutek następczego unieważnienia postępowania. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą odwołanie jako środek ochrony prawnej jest nakierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej sprowadza się do tego, że uwzględnienie zarzutów odwołania dotyczących oferty wybranej złożonej przez Innergo daje Odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego lub unieważnienie postępowania.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest rozwój szkieletu sieci OT przez zaprojektowanie rozwiązania, dostawę, instalację, wdrożenie przemysłowych przełączników sieciowych wraz z serwisem.

W pkt 12 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia:

- wypełnionego i podpisanego Formularza ofertowego wraz z załącznikami, którego wzór stanowił Załącznik nr 3 do SIWZ (pkt 12.2.1 SIWZ),
- dostarczenia wymaganych dokumentów, certyfikatów, oświadczeń określonych w Załączniku nr 4 do SIWZ (pkt 12.2.2 SIWZ),
- dostarczenia wraz z ofertą próbki dwóch przełączników przemysłowych (pkt 12.2.5 SIWZ).

W pkt 13 SIWZ Zamawiający podał wymagania dotyczące próbek przełączników przemysłowych:

- dostarczone próbki muszą być skonfigurowane zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 1a wraz z próbką musi być dostarczona instrukcja pozwalająca na weryfikację wszystkich funkcjonalności przełącznika przemysłowego, określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ (pkt 13.1 SIWZ).
- wykonawca ma obowiązek dostarczyć próbki wraz instrukcją pozwalającą na pełną konfigurację przełączników przemysłowych (pkt 13.2 SIWZ),
- dostarczone próbki muszą być kompletne (tj. posiadać wszystkie wymagane podzespoły takie jak: zasilacze, wkładki, kable zasilające (konwerter jeżeli jest wymagany) (pkt 13.3 SIWZ),
- wykonawca dostarczy wszelkie dokumenty potwierdzające funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ, w wypadku gdyby nie posiadał takich

dokumentów - dostarczy procedurę pozwalającą na zweryfikowanie poszczególnych funkcjonalności (pkt 13.5 SIWZ).

W postępowaniu złożono 4 oferty, w tym oferta Innergo, Exatel, OPTeam, konsorcjum Comp S.A. i Enigma.

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wszystkich wykonawców do uzupełnienia złożonych próbek przełączników przemysłowych. W odniesieniu do Innergo wezwał, pismem z dnia 13.12.2019r., do uzupełnienia dostarczonych próbek przełączników przemysłowych przez:

1. przedłożenie kabli pozwalających na uruchomienie każdego z przełączników za pośrednictwem zasilacza 48V,
2. wyjaśnienie rozbieżności w wersjach oprogramowania systemowego, które zostały zaimplementowane na próbkach przełączników (wersja R10) a przedłożonych dokumentach potwierdzających funkcjonalność przełączników (wersja R11)

Wykonawca OPTeam został wezwany do dostarczenia brakujących wkładek światłowodowych, wymaganych w pkt 13 ust. 3 SIWZ) oraz do dostarczenia kabli (48V) pozwalających na uruchomienie każdego z konwerterów zasilających do próbek przełączników (wymaganie pkt 13.3 SIWZ). Wykonawca COMP został wezwany do uzupełnienia próbek przełączników przez skonfigurowanie próbek zgodnie z wymogiem pkt 13 ust. 1 SIWZ.

W dniu 20.01.2020r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Innergo jako najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę Exatel z uwagi na brak udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz z uwagi na to, że próbka nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego a wykonawca nie uzupełnił próbki zgodnie z żądaniem Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie wykonawców do uzupełnienia przedłożonych wraz z ofertą próbek przełączników przemysłowych.

W myśl art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający może żądać oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego wskazanych w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U.2016, poz. 1126 ze zm.) celem potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Art. 26 ust. 3 Pzp przewiduje obligatoryjną procedurę wezwania do uzupełnienia, wyjaśnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Izba stanęła na stanowisku, że z treści postanowień SIWZ oraz udzielonych w toku postępowania odpowiedzi na pytania wynika, że próbka w tym postępowaniu miała na celu potwierdzenie spełniania wymagań oferowanego przedmiotu zamówienia i nie stanowiła treści oferty. Rozdział 12 „Opis sposobu przygotowania oferty”, gdzie w pkt 12.2.4 Zamawiający zawarł wymaganie co do przedłożenia przez wykonawców próbek dwóch przełączników przemysłowych, wymienia zarówno dokumenty stanowiące ofertę jak i nie będące treścią oferty np. potwierdzenie wniesienia wadium. Tym samym, z samego umiejscowienia wymagania dotyczącego próbki w rozdziale 12 nie można wywodzić twierdzenia co do tego, że próbka stanowiła treść oferty. Podkreślić należy, że wymaganie co do przedłożenia próbki zostało zawarte w odrębnym punkcie 12.2.4 SIWZ a rozdział 12 nie odnosi się do dokumentów stanowiących treść oferty, ale dotyczy samego sposobu przygotowania oferty.

W pkt 13.1 SIWZ Zamawiający podał, że dostarczone próbki muszą być skonfigurowane zgodnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 1 do SWIZ a wraz z próbką musi być dostarczona instrukcja pozwalająca na weryfikację wszystkich funkcjonalności przełącznika przemysłowego. Z przywołanego postanowienia SIWZ wynika, że próbka służyła jedynie potwierdzeniu, weryfikacji funkcjonalności oferowanych urządzeń.

Za uznaniem, że próbka stanowiła jedynie potwierdzenie spełniania wymagań oferowanych dostaw, przemawiają także udzielone w toku postępowania odpowiedzi na pytania wykonawców. W odpowiedzi na pytanie 123 „Czy próbki przełączników przemysłowych mają być fabrycznie nowe?”, Zamawiający podał, że „dostarczone próbki przełączników przemysłowych nie muszą być fabrycznie nowe, ale muszą być to takie same przełączniki i posiadać takie samo wyposażenie jak oferowane w postępowaniu”. Potwierdza to także odpowiedź na pytanie 57, która została przywołana przez Odwołującego

– „Zamawiający oczekuje na etapie realizacji przedmiotu umowy takich samych przełączników jak próbka przełączników dostarczonych na etapie składania ofert”.

Udzielone odpowiedzi potwierdzają, że próbka nie musiała być tożsama z dostarczonym później przedmiotem zamówienia, nie była treścią oferty. Próbka w tym postępowaniu miała jedynie potwierdzać spełnienie wymagań przez oferowane dostawy, dodatkowo dostarczone próbki nie podlegały ocenie w kryterium „dodatkowe funkcjonalności”. Wszystkie kryteria oceny ofert, ustalone w tym postępowaniu były oceniane w oparciu o deklarację wykonawcy zawartą w Formularzu Ofertowym. W dokumencie tym wykonawcy mieli jedynie wskazać czy daną funkcjonalność, wymienioną w pkt 16.4 SIWZ, oferowany przełącznik przemysłowy spełnia czy też nie (potwierdzenie tak/nie dla każdej z funkcjonalności). Na potwierdzenie, że oferowane przełączniki przemysłowe spełniają wymogi SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia przez wykonawców próbki przełącznika przemysłowego oraz dokumentów potwierdzających wszystkie funkcjonalności (pkt 3.5 Załącznika nr 4 do SIWZ) w formie zestawienia tabelarycznego, dokumentacji technicznej oraz dokumentu producenta oferowanego przełącznika przemysłowego. W oparciu o te dokumenty, a nie przeprowadzone testy próbek, Zamawiający dokonywał oceny w kryterium „dodatkowe funkcjonalności”. Dokumenty wskazane wyżej zawierały opis oferowanego przełącznika a złożona próbka miała jedynie potwierdzać spełnienie wymagań określonych w SIWZ. Zauważyć także należy, że Zamawiający nie opisał w SIWZ sposobu badania próbek (przeprowadzenia testów) oraz nie podał, że próbka ma spełniać wszystkie wymagania funkcjonalne określone w SIWZ.

Niezależnie od tego, że próbka nie stanowiła treści oferty, to Izba zauważa, że przedłożenie przez wykonawcę Innergo, w wyniku wezwania do uzupełnienia, brakujących kabli w żaden sposób nie doprowadziło do zmiany złożonej wraz z ofertą próbki przełącznika przemysłowego.

Podsumowując, z uwagi na to, że próbka w tym postępowaniu miała potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego i nie stanowiła treści oferty dopuszczalnym było wezwanie wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia przedłożonych próbek.

Odnośnie zarzutów dotyczących samej próbki złożonej przez Innergo Izba uznała, że w treści odwołania nie sformułowano zarzutu dotyczącego niezgodności próbki w zakresie prędkości portów 10/100/1000. Z ugruntowanego orzecznictwa KIO wynika, że zarzut odwołania to zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Prawidłowe sformułowanie zarzutu wymaga podania w sposób możliwie dokładny okoliczności faktycznych uzasadniających zarzut. Tymczasem w treści odwołania Odwołujący wskazał jedynie

podstawę prawną oraz przywołał wymaganie SIWZ, nie przytaczając żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających zarzut. Przywoływane na etapie postępowania odwoławczego okoliczności dotyczące niespełnienia przez oferowane przełączniki przemysłowe wymagań w zakresie prędkości portów 10/100/1000 należy uznać za spóźnione.

Jedyny zarzut sformułowany w zakresie próbki Innegro to niezgodność co do ilości wkładek miedzianych lub portów obsługujących połączenia miedziane. W pkt 3.2 lit b SIWZ Parametry techniczne i wyposażenie urządzenia, Zamawiający wskazał: ilość wymaganych portów – minimum 24 porty 10/100/1000, brak możliwości stosowanie konwerterów. Wymagana jest następująca konfiguracja, minimum 4 porty SFP i 20 portów umożliwiających komunikację z wykorzystaniem połączeń miedzianych (SFP+ wkładka lub standardowy port).

W odpowiedzi na pytanie nr 78 jaka ilość i jakie moduły optyczne lub miedziane mają być dostarczone wraz z urządzeniem? W przypadku 20 portów SFP porty mają być nie obsadzone wkładkami? Zamawiający odpowiedział, że „dostarczone urządzenie musi posiadać 20 portów obsadzonych wkładkami SFP (10/100/1000) dla połączeń miedzianych”.

W odpowiedzi na pytanie nr 120 „Jakie moduły SFP należy dostarczyć wraz z próbkami przełączników przemysłowych (rodzaj MM lub SM, ilość, określone długości), Zamawiający podał, że „wykonawca powinien dostarczyć po jednej wkładce każdego rodzaju”

Za kluczową dla rozstrzygnięcia tej kwestii Izba uznała odpowiedź na pytanie 120, w której Zamawiający podał jakie moduły SFP należy dostarczyć wraz z próbką. Zamawiający wskazał wprost, że na etapie próbki wymaga dostarczenia po jednej wkładce miedzianej i jednej optycznej. Z tych względów niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że próbka miała spełniać wymaganie z pkt 3.2 lit b i mieć 24 porty 10/100/1000, w tym minimum 4 porty SFP i 20 portów umożliwiających komunikację z wykorzystaniem połączeń miedzianych (SFP+ wkładka lub standardowy port). Wymaganie to należy odnosić do etapu realizacji zamówienia, podobnie jak odpowiedź na pytanie 78, na którą powoływał się Odwołujący. Dostarczona przez Innegro próbka przełącznika przemysłowego, okazana w toku postępowania przed Izbą, spełnia wymagania Zamawiającego – posiada 24 porty, dodatkowo wykonawca dostarczył moduły SFP umożliwiające komunikację z wykorzystaniem połączeń miedzianych (SFP +wkładka miedziana). Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 120 wykonawca Innegro dostarczył wraz z próbką po jednej wkładce umożliwiającej zarówno połączenia miedziane jak i optyczne.

Złożone jako dowód w sprawie oświadczenie z dnia 10.02.2020r. producenta przełączników Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. stanowi dodatkowe potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w pkt 3.2 Załącznika nr 1 do SIWZ. Producent oświadczył, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania SIWZ, w szczególności porty SFP obsługują prędkości 10/10/1000 Mb/S a wszystkie 24 porty SFP zaoferowanego przełącznika wyposażone są we wkładki SFP-GIGE BASE -T RJ45 i pracują we wszystkich trzech trybach pracy tj. 10Mbps, 100Mbps oraz 1000Gbit/S.

Izba oddaliła zarzuty odwołania dotyczące nieprawidłowego wypełnienia protokołu postępowania i braku podania pełnej listy załączników do protokołu. Odwołujący nie wykazał, że brak podania listy załączników do protokołu utrudnił mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej, nie wykazał także, że przekazana mu przez Zamawiającego dokumentacja jest niekompletna. Ponadto poz. 34 protokołu postępowania, na którą wskazuje Odwołujący, wymaga wymienienia załączników do protokołu, nie określając jednak poziomu szczegółowości określenia tych załączników. Zamawiający z uwagi na obszerność dokumentacji wymienił listę załączników w sposób ogólny, podając np. „pkt 6 korespondencja przesłana do dnia upływu terminu składania ofert (oświadczenia, wnioski, dokumenty i inne informacje składane przez Zamawiającego i wykonawców). Takie wskazanie załączników jest zdaniem Izby dopuszczalne i nie narusza interesów wykonawców.

Z uwagi na wycofanie przez Odwołującego zarzutu nr 8 odwołania dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Exatel wyjaśnień składanych w trybie art. 90 Pzp, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

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, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....