

**WYROK**  
z dnia 28 lipca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2014 roku przez wykonawcę BCAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Świętokrzyskiej 20/511, 00-002 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Polskie Radio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w Alejach Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa

przy udziale wykonawcy EmiTel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołoskiej 22, 02-675 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BCAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Świętokrzyskiej 20/511, 00-002 Warszawa i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BCAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Świętokrzyskiej 20/511, 00-002 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od wykonawcy BCAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Świętokrzyskiej 20/511, 00-002 Warszawa na rzecz Zamawiającego Polskie Radio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w Alejach Niepodległości 77/85,

00-977 Warszawa, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Polskie Radio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie na *świadczanie usług emisji programów Polskiego Radia w systemie DAB+*) o którym ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 12 kwietnia 2013 roku pod numerem 2014/S 073- 126189.

11 lipca 2014 roku Odwołujący w trybie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) złożył odwołanie od decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty Odwołującego z postępowania w zakresie zadania nr 1, zaniechania wyjaśnienia treści oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

O wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący dowiedział się z pisma Zamawiającego przekazanego w dniu 3 lipca 2014 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wadliwie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 1 naruszając: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 7 ust. 1 ustawy oraz 87 ust. 1.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę EmiTel Sp. z o.o. dla zadania 1; powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert dla zadania 1; unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez BCAST Sp. z o.o.; dokonania wyboru oferty złożonej przez BCAST Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że przysługuj mu legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta była

ofertą najkorzystniejszą dla zadania nr 1. Zatem wadliwe odrzucenie oferty godzi w uzasadnione interesy Odwołującego oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący w sposób następujący uzasadnia swoje stanowisko:

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przekazaną przez Zamawiającego informacją, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodność oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie dwóch okoliczności: niespełnienie wymogu dotyczącego ilości zajmowanego miejsca przez urządzenia, które wykonawca będzie wykorzystywał przy świadczeniu usług, a które montowane będą w udostępnionej w lokalizacji punktu styku szafie aparaturowej oraz niespełnienie wymogu dotyczącego rejestracji przerw i nieprawidłowości w świadczeniu usług, wynikającego z § 8 ust. 8 wzoru umowy dla zadania nr 1. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie podjął żadnych prób wyjaśnienia podnoszonych rozbieżności i odrzucił ofertę najkorzystniejszą bez przeprowadzania procedury zweryfikowania swoich wątpliwości przez zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut dotyczący miejsca w szafie aparaturowej.

**Zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1, lit. g):** w lokalizacji punktu styku Zamawiający udostępni niezbędne miejsce do 25 U w typowej szafie aparaturowej w standardzie 19", przeznaczonej do instalacji sprzętu teleinformatycznego wykonawcy, gwarantowane zasilanie 230V/50Hz oraz system klimatyzacji, zgodnie z wymaganiami wykonawcy. **Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał na następujące okoliczności:** z przedłożonego przez BCAST Sp. z o. o. w Warszawie wykazu urządzeń, wykorzystywanych przy świadczeniu usług oraz z przedłożonego schematu funkcjonalnego połączeń pomiędzy tymi urządzeniami, wynika, że ww. Wykonawca w lokalizacji punktu styku zamierza zamontować następujące urządzenia: EMX100 (DBS 100, EPC100) - 8 szt., RSW100 - 1 szt. Mainberg Lantime M300 - 1 szt., Magie AD1 10 szt, HV2-8u SA - 8 szt., Argosy HD BNC - 1 szt. Biorąc po uwagę, że podstawą jednostką montażową jest 1 U, wymienione urządzenia wymagają miejsca o pojemności 29 U i nie spełniają wymogu dotyczącego ilości zajmowanego miejsca, wynikającego z przytoczonego powyżej zapisu lit.. g) opisu przedmiotu zamówienia dla

## *zadania nr 1*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wytycznymi Zamawiającego przedstawił schemat funkcjonalny i rysunek obrazujący umieszczenie urządzeń technicznych wykorzystywanych do świadczenia usługi w typowej szafie aparaturowej 19". Na rysunku (strona 52 oferty) przedstawiony został widok „przodu” (ang. front) i „tyłu” (ang. rear) typowej szafy aparaturowej z zamontowanymi urządzeniami oferowanymi w ramach zamówienia. Jako typowa szafa aparaturowa jest rozumiana szafa o wymiarach 800 x 1000 (szerokość x głębokość w mm). Zastosowanie szafy mniejszej - bardziej płytkiej i węższej, o wymiarach 600 x 800 (rzadziej stosowana w instalacjach telekomunikacyjnych), nie zmienia sposobu zamontowania urządzeń oferowanych przez Odwołującego. Szafa aparaturowa ma taką właściwość (i budowę), iż pozwala na równoczesny montaż urządzeń zarówno „z przodu”, jak i „z tyłu” szafy. W dokumentacji postępowania nie wyłączono możliwości takiego sposobu montowania urządzeń. Jak można wskazać m.in. na podstawie kart katalogowych urządzeń oferowanych w rozwiązaniu Odwołującego dołączonych do oferty, jak również deklaracji producentów, montaż określonych typów urządzeń „z przodu” i „z tyłu” szafy w celu dostosowania się do wymagań Zamawiającego, jest możliwy. Odwołujący załączył certyfikat (deklarację nośności) szafy telekomunikacyjnej dostarczony od największego producenta szaf w Polsce (i jednego z największych w Europie), firmy ZPAS potwierdzający sposób wykorzystania szaf teleinformatycznych (aparaturowych). W rozwiązaniu Odwołującego całkowity rozmiar urządzeń wykorzystywanych do realizacji zadania 1 (kodowania, multipleksacji i regionalizacji) zamontowanych w punkcie styku wynosi 17 U (jednostek zajętości miejsca w szafie) + 2 U dla dekodatorów sprzętowych nadmiarowych, których przeznaczenie nie jest w SIWZ jednoznacznie określone (mogą mieć charakter zapasowy). Odwołujący wskazał, że **Zamawiający nie podjął żadnej próby wyjaśnienia koncepcji rozwiązania zaproponowanego przez Odwołującego. Powołał Odwołujący orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: Wyrok KIO z dnia 27 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 1152/13 oraz wyrok o sygn. akt: KIO 103/13.** Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia jakiegokolwiek weryfikacji swoich ustaleń przez wyjaśnienie stwierdzonej niezgodności w ofercie Odwołującego. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego, polegające na domniemywaniu istnienia niezgodności rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji. **Odwołujący wskazał, że w tym zakresie może jedynie przypuszczać, że Zamawiający faktycznie mógł preferować, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, ofertę podmiotu dominującego na rynku usług rozsiewu sygnału radiowego - ofertę spółki Emitel.** Reasumując, podniesiony powyżej zarzut bezzasadności odrzucenia oferty BCAST z powodu jej niezgodności z SIWZ. zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący wymogu rejestracji przerw i nieprawidłowości w świadczeniu usług.

**Zamawiający podniósł, że oferta Odwołującego nie spełniała wymogu dotyczącego rejestracji przerw i nieprawidłowości w świadczeniu usług, wynikającego z § 8 ust. 8 wzoru umowy dla zadania nr 1 (Załącznik nr 6-M do SIWZ) o treści:** Wykonawca będzie rejestrował wszystkie przerwy i nieprawidłowości w świadczeniu usług, a Zamawiający będzie miał prawo wglądu w zapisy dotyczące tych zdarzeń. Wykonawca udostępni Zamawiającemu za dostęp on-line do systemu monitoringu umożliwiającą bieżącą kontrolę poprzez stronę internetową wraz z dostępem do danych archiwalnych oraz za pomocą protokołu SNMP, lub jeśli Strony tak postanowią - innego protokołu wymiany danych do odczytu wartości bitowej stopy błędów (BER) wszystkich strumieni ETI w punkcie styku.

**Odwołujący podał, że § 3 pkt 4 wzorca umowy przerwę w świadczeniu usług zdefiniowano jako (alternatywnie i analogicznie do treści § 8 ust. 8):** brak co najmniej jednego z programów lub jednego z serwisów w strumieniu ETI lub wzrost w strumieniu ETI w punkcie styku bitowej stopy błędów (BER) powyżej  $10^{-6}$ .

**Zgodnie z informacjami Zamawiającego przedstawiony przez schemat urządzeń wskazuje na to, iż nie został spełniony warunek bieżącej kontroli dla odczytu wartości bitowej stopy błędów („BER”) wszystkich strumieni ETI w punkcie styku.** Przedłożone (...) wykazy urządzeń, schematy funkcjonalnych połączeń oraz specyfikacje techniczne obarczone są w tym zakresie brakami. W wykazach nie zostały wymienione bowiem urządzenia, za pomocą których dokonywany będzie, wymagany § 8 ust. 8 wzoru umowy dla zadania nr 1 (Załącznik nr 6-M do SIWZ), pomiar i odczyt z wykorzystaniem protokołu SNMP wartości bitowej stopy błędów (BER) w strumieniu ETI w punkcie styku. Urządzenia te nie zostały również umieszczone w przedłożonych przez ww. Wykonawców schematach funkcjonalnych połączeń, jak również nie zostały przedłożone specyfikacje techniczne tych urządzeń. Natomiast z treści specyfikacji technicznych urządzeń wymienionych przez ww. Wykonawców w ich wykazach wynika, że żadne urządzenie wymienione przez Wykonawców nie posiada funkcjonalności zapewniającej ww. pomiar i odczyt.

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, iż zaoferowane przez rozwiązanie nie spełnia wymagania, o którym mowa w § 8 ust. 8 wzorca umowy. **Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Odwołujący zapewni system monitoringu on-line umożliwiającą bieżącą kontrolę i dostęp do parametrów** urządzeń przez stronę internetową wraz z dostępem do danych archiwalnych z wykorzystaniem protokołu SNMP. Odwołujący, zgodnie z warunkami postawionymi w §8 ust. 8 umowy, skorzystał z możliwości monitoringu urządzeń i ich parametrów z jednoczesną rejestracją wszystkich przerw i nieprawidłowości w świadczeniu usług. Wymaganie do którego odnosi się Zamawiający (pomiar i odczyt wartości bitowej stopy błędów „BER” w strumieniu ETI w punkcie styku wyraźnie zostało przewidziane jako rozwiązanie fakultatywne, dopuszczone „jeśli Strony tak postanowią”. Rozwiązanie

przyjęte przez Odwołującego pozwala na osiągnięcie wszystkich niezbędnych funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego (opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ pkt 1 L)): dekodowanie jednego z serwisów audio, monitorowanie wszystkich serwisów audio (zajętość CU i poziom protekcji dla każdego z serwisów), monitorowanie alarmów sygnału ETI, błędów sygnałów audio, wykrywanie ciszy w każdym sygnale audio. Odwołujący potwierdził również taki zamiar w oświadczeniu załączonym w ofercie na stronach 49-50. Do celu realizacji tego zadania - rejestracji przerw i nieprawidłowości z monitoringiem on-line, Odwołujący planuje wykorzystać profesjonalne rozwiązanie firmy Verax Systems (rozwiązanie NMS & APM), które zostało zakupione i częściowo już zintegrowane. Firma Verax Systems to jeden z kilku największych na świecie dostawców tego typu rozwiązań. Zastosowana przez Odwołującego technologia Verax NMS & APM zapewnia zorientowane na usługi zunifikowane zarządzanie sieciami, aplikacjami i infrastrukturą, umożliwiające szybkie wykrywanie problemów, analizę ich przyczyn i zautomatyzowane usuwanie awarii, zmniejszając tym samym koszty świadczenia usług IT-telco oraz redukując czas przestoju w przypadku wystąpienia błędów. Szybka identyfikacja problemów oraz możliwość natychmiastowej oceny wpływu awarii na świadczone usługi i ich konsekwencje pozwalają na efektywną priorytetyzację zadań i szybkie podjęcie działań naprawczych. Wykorzystana technologia obsługuje ponad 3000 typów różnego rodzaju elementów infrastruktury IT-telco, takich jak urządzenia sieciowe, aplikacje, serwery, stacje robocze oraz infrastruktura centrów danych: Urządzenia SNMP (v1, v2 oraz v3), takie jak hosty, routery, przełączniki i firewalle; Hosty Windows, Linux oraz UNIX: FreeBSD, IBM AIX, Oracle Solaris i HP- UX, aplikacje działające w środowisku Microsoft Windows wspierające WMI, takie jak: Exchange, IIS, SharePoint i inne; Bazy danych zgodne z JDBC, takie jak MySQL, Oracle, Microsoft SQL Server, DB2, PostgreSQL, Firebird i inne; Szeroka gama wbudowanych sensorów/protokołów komunikacji: PING, SNMP PING, SNMP OID, FTP, HTTP/HTTPS, POP3, IMAP, SMTP, WMI, TCP port, DNS, SSH, LDAP, RADIUS, DHCP, NTP, JMX, JDBC i innych; Dodatkowe, specyficzne sensory tworzone za pomocą skryptów shell. Takie funkcjonalności i charakterystyka rozwiązania zapewnia możliwość pełnego monitorowania nawet bardzo rozbudowanych systemów telekomunikacyjnych. Rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego dzięki Verax NMS & APM będzie w pełni kontrolowane i pozwoli na dostarczenie wszystkich danych i informacji za pomocą protokołu SNMP w trybie on-line, czyli wymaganych przez Zamawiającego. Opisane powyżej rozwiązanie zostało uwzględnione w koncepcji technicznej rozwiązania (na rysunku/schemacie połączeń) i zostało oznaczone jako „Network Mgmt System”. Tym samym zarzut niezgodności z treścią SIWZ jest bezzasadny. Reasumując, przyjęte przez Odwołującego rozwiązanie w całości spełnia wymaganie określone w §8 ust. 8 wzorca umowy (w rozumieniu: Wykonawca będzie rejestrował wszystkie przerwy i nieprawidłowości w świadczeniu usług, a Zamawiający będzie miał prawo wglądu w zapisy dotyczące tych zdarzeń. Wykonawca udostępni Zamawiającemu za dostęp on-line do systemu monitoringu umożliwiając bieżącą kontrolę poprzez stronę internetową wraz z dostępem do danych archiwalnych oraz za pomocą protokołu SNMP).

Wymaganie dotyczące pomiaru błędów bitowych („BER”) w strumieniach ETI, w związku z montażem przez Odwołującego wszystkich urządzeń w punkcie styku, jest w rozumieniu Odwołującego niezrozumiałe i bezzasadne. Zamawiający dokonuje obecnie rozszerzenia treści wymagania ponad treść SIWZ Informowanie o błędach bitowych strumienia („BER”) jest niezbędne i pomocne w sytuacji, w której wykreowany strumień ETI musi zostać przetransportowany z multipleksera łączami telekomunikacyjnymi (medium transmisyjnym) do innego, niż źródłowy punktu. W rozwiązaniu Odwołującego wszystkie multipleksery - odpowiadające za formowanie multipleksów regionalnych (strumieni ETI), będą zamontowane w punkcie styku (Polskie Radio), w związku z czym nie ma potrzeby wykorzystywania dodatkowych urządzeń do przeprowadzenia pomiaru bitowej stopy błędu („BER”) w strumieniach, gdyż strumienie te nie będą po prostu narażone na błędy bitowe („BER”). Zwracamy uwagę na to, iż zgodnie z SIWZ: *„miejsca instalacji multipleksów Zamawiający pozostawia do decyzji wykonawcy ”* (opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ., pkt 1 H). Tym samym Odwołujący miał swobodę w tym zakresie. Zamawiający popełnił błąd w ocenie rozwiązania BCASST wynikający z odniesienia wymagań SIWZ pod konkretne rozwiązanie - zaproponowane przez konkurencję (wykonawcę Emitel). W przypadku tego wykonawcy miejsce montażu multipleksów jest odległe od miejsca w którym wszystkie strumienie ETI powinny być dostępne - punkt styku (Polskie Radio). Strumienie ETI w takim scenariuszu w trakcie transmisji są narażone na wystąpienie błędów, alternatywny pomiar („BER”) mógłby się więc okazać zasadny. Warto w tym miejscu także podkreślić, iż obecnie definiowane przez Zamawiającego rozumienie bezpośredniego odniesienia się do pomiaru parametru („BER”) wykluczałoby również ofertę Wykonawcy wybranego przez Zamawiającego (Emitel). Żadne bowiem z urządzeń zaproponowanych przez Emitel nie wskazuje bezpośrednio na odczyt parametru bitowej stopy błędu („BER”) w rozumieniu przyjętym w informacji o odrzuceniu naszej oferty. Reasumując, złożona przez nas oferta jest zgodna z SIWZ a jej odrzucenie stanowi naruszenie przepisów ustawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 lipca 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.



Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego wykonawcę BCAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Świętokrzyskiej 20/511, 00-002 Warszawa:

- dowód nr 1 – oświadczenie producenta dotyczące szaf teleinformatycznych,
- dowód nr 2 – schemat (karta 1),
- dowód nr 3 – (6 kart) zdjęcia pozyskane przez Odwołującego z Internetu, na których widać montowane urządzenia w szafie z tyłu i z przodu,
- dowód nr 4 – dokument prywatny - Opinia niezależnego eksperta dr inż. G..... D..... (3 karty opinii + załączniki, to jest dyplom, CV, życiorys pana dr G.....D.....),
- dowód nr 5 – oświadczenie producenta rozwiązania technicznego (2 karty w języku angielskim wraz z tłumaczeniem) do monitoringu on- Line,
- dowód nr 12 – opracowanie własne wizualizacja rozmieszczenia urządzeń w szafie 800mm.

Izba dopuściła dowody złożone przez Zamawiającego Polskie Radio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w Alejach Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa

- dowód nr 6 - (2 karty) karta katalogowa / informacja techniczna Szafa SZB 19”.

Zamawiający przedstawił stronę 44 oferty Odwołującego w języku angielskim bez tłumaczenia.

Izba dopuściła dowody złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego EmiTel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołoskiej 22, 02-675 Warszawa, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

- dowód nr 7 - dokument prywatny - Opinia techniczna dotycząca montażu urządzeń w szafach przesyłowych 19" (2 karty),
- dowód nr 8 – rysunek (1 karta) obrazujący, że montaż urządzeń na tym samym poziomie (1U tył/przód) uniemożliwia ich chłodzenie (opisy w języku angielskim bez tłumaczenia),
- dowód nr 9 – dokument prywatny - Opinia techniczna dotycząca wymagania SIWZ w zakresie pomiaru błędów bitowych BER w strumieniu ETI,
- dowód nr 10 – zrzuty z ekranu (w języku angielskim) wraz z komunikacją e-mail w języku polskim,
- dowód nr 11 (2 karty w języku angielskim bez tłumaczenia) informacje techniczne.

Uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił stronę 47 i 48 oferty Odwołującego w języku angielskim bez tłumaczenia.

Zamawiający złożył pismo z 22 lipca 2014 roku zatytułowane *Odpowiedź na odwołanie* wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wraz z pismem przedstawił dowody na okoliczności wskazane w piśmie:

- rzut izometryczny szafy aparaturowej z zaznaczeniem slotu montażowego,
- karta katalogowa szafy producenta ZPAS,
- zdjęcie typowej szafy aparaturowej,
- wykaz urządzeń (1 karta) złożonych przez EmiTel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wraz ze specyfikacją urządzeń (4 karty w języku angielskim).

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę EmiTel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołoskiej 22, 02-675 Warszawa W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu*

*lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 11 lipca 2014 roku ; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 14 lipca 2014 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie dotyczy Zadania nr 1, w którym to zadaniu zakres przedmiotu zamówienia obejmuje: usługi kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych oraz danych dodatkowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego miejsca w szafie aparaturowej.

W ocenie Izby, w zakresie tego zarzutu, doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustaw – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustaw - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.* Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów

formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10).

**Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 1, lit. g) Zamawiający podał:** w lokalizacji punktu styku Zamawiający udostępni niezbędne miejsce do 25 U w typowej szafie aparaturowej w standardzie 19", przeznaczonej do instalacji sprzętu teleinformatycznego wykonawcy, gwarantowane zasilanie 230V/50Hz oraz system klimatyzacji, zgodnie z wymaganiami wykonawcy. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na to, że urządzenia, które zamierza zamontować Odwołujący (na podstawie wykazu urządzeń oraz schematu funkcjonalnego zamieszczonego w ofercie) wymagają miejsca o pojemności 29U.

Zamawiający w piśmie stanowiącym *Odpowiedź na odwołanie* wskazał, że w żadnym fragmencie opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 (Załącznik nr 1 do SIWZ, strona 12-15 SIWZ), ani też w żadnym postanowieniu, sformowanym we wzorze umowy (Załącznik nr 6-M do SIWZ, str. 34-38 SIWZ), jak również w żadnym zapisie tzw. „części ogólnej” SIWZ (str. 2-11 SIWZ), nie określił wymogu dotyczącego sposobu rozmieszczenia i instalacji urządzeń, które wykonawcy wykorzystywać będą do świadczenia usług. Nadto, Zamawiający nie określił żadnych wytycznych w powyższym zakresie, ani też, poza wyraźnym wymogiem sformułowanym w lit.1) opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1, nie określił rodzaju urządzeń używanych w świadczeniu usług i ich ilości. Zamawiający wskazał również, że „U” (ang. Unit) jest jednostką montażową używaną w teleinformatyce i telekomunikacji, służącą do określenia ilości miejsca zajmowanego przez urządzenia o budowie modułowej montowane w szafach teleinformatycznych. Poprzez tą jednostkę określana jest również wysokość przestrzeni montażowej szafy. Innymi słowy poprzez tą jednostkę określa się rozmiar szaf aparaturowych i wymiar (wysokość) urządzeń montowanych w tych szafach. Sam Zamawiający w złożonym piśmie podał, że opisując szafę, wskazał, że jest ona standardowa tzn. taka, której wysokość przestrzeni montażowej wynosi 42 U oraz nie określał jej wysokości i szerokości, a o tym, czy dana szafa jest typowa decyduje wysokość przestrzeni montażowej a nie wymiary w zakresie szerokości i głębokości. Zamawiający wskazał, że nie jest również określana osobno wysokość montażowa dla przodu szafy i tyłu szafy a producenci w kartach katalogowych podają zawsze jedną wysokość montażową, wskazującą pojemność montażową całego

wnętrza szafy.

Zamawiający potwierdził w piśmie i na rozprawie, że udostępnił wolne miejsce w szafie aparaturowej do U25 – maksymalna wysokość montażowa wszelkich zainstalowanych urządzeń. Izba wskazuje, że zgodnie z informacją przedstawioną przez Zamawiającego możliwy jest montaż w tylnej części szafy choćby elementów zasilania. W zawartym schemacie w ofercie oraz przedstawionym na rozprawie przez Odwołującego (dowód nr 2) wykazane zostało, że urządzenia będą montowane przód/tył szafy a ich maksymalna wysokość montażowa wyniesie 17 U. Izba podkreśla w tym miejscu, że nie była kwestionowane przez Zamawiającego wielkość urządzeń, które mają być montowane na poziomie jednej jednostki montażowej (1 U). Odwołujący nie kwestionował faktu, że montaż zaoferowanych urządzeń, jedynie z przodu szafy, wymagać będzie powierzchni montażowej 29 U. W ocenie Izby, z zawartych w SIWZ regulacji nie wnika w żaden sposób, że wykonawca zobowiązany jest do zaoferowania właśnie takiego rozwiązania, jakie intencjonalnie wskazał Zamawiający jako przyczynę odrzuceni oferty Odwołującego tzn.: montażu urządzeń z jednej strony szafy montażowej, z przodu tej szafy przez co ilość miejsca zajmowana przez urządzenia jakie zaoferował wykonawca przekraczała udostępnione przez Zamawiającego 25 U. Zarówno z Oświadczenia Producenta (dowód nr 1) i zdjęć (dowód nr 3) jak i z opinii technicznej dotyczącej montażu urządzeń w szafach przesyłowych 19" (dowód nr 7) wynika, że możliwy jest montaż urządzeń w szafach w konfiguracji tył / przód, a także, że takie rozwiązania są stosowane. Ze schematu przedstawionego (dowód nr 12) wynika również, że montaż zaoferowanych przez Odwołującego urządzeń w proponowanym rozkładzie możliwy jest również w szafie 800 mm – co nie było kwestionowane przez Zamawiającego. Natomiast z informacji technicznej podanej przez Zamawiającego (dowód nr 6) wynika, że szafa SZB 19" (szafami takimi dysponuje Zamawiający, co oświadczył na rozprawie) posiada tylnie drzwi, tym samym dostęp do wmontowanych od tyłu szafy urządzeń jest możliwy, co czyni niezasadnym argumenty podnoszone przez uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie oraz wskazane w dowodzie nr 7, a dotyczące niemożliwości dostania się do urządzeń wmontowanych z tyłu szafy montażowej bez przerywania sygnału.

Co do zasady, problem w rozstrzygnięciu tego zarzutu sprowadza się do oceny, czy możliwe, w świetle postanowień SWIZ było zaoferowanie rozwiązania technicznego polegającego na montażu na poziomie 1 U zaoferowanych urządzeń z przodu i tyłu

w szafie aparaturowej. Uwzględniając postanowienia SIWZ, stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie *Odpowiedź na odwołanie* oraz brak technicznej niemożliwości takie rozwiązanie należy uznać, że zaoferowanie rozwiązania, które opiera się na montażu urządzeń na poziomie 1 U z przodu i tyłu szafy aparaturowej było dopuszczone. Zamawiający nie wykluczył takiej możliwości montażu urządzeń. Tym samym Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego z tego powodu, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby, uwzględniając stan faktyczny tej sprawy oraz poczynione powyżej ustalenia i zwarzenia, nie zaistniała okoliczność, która w jakikolwiek sposób miałaby być wyjaśniana w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, ponieważ postanowienia SIWZ były oczywiste i czytelne oraz nie wyłączały możliwość montowania urządzeń na tym samym poziomie z tyłu i przodu szafy montażowej. Zaznaczyć należy, że Zamawiający jeżeli miał jakiegokolwiek wątpliwości mógł się zwrócić o wyjaśnienia w tym zakresie do wykonawcy, jednakże nie uczynił tego w tym przypadku, bowiem jak podał na rozprawie nie było w ocenie Zamawiającego żadnych wątpliwości. Zamawiający dokonując oceny oferty, nie odniósł się do postanowień SIWZ z których wynikałoby, że wymagał montażu urządzeń możliwy jest jedynie z przodu szafy czym dokonał oceny oferty raczej wedle własnych oczekiwań niż postanowień SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymogu rejestracji przerw i nieprawidłowości w świadczeniu usług.

***W ocenie Izby, w zakresie tego zarzutu, nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający prawidłowo dokonał czynności badania oferty oraz odrzucił ofertę z uwagi na to, że oferta Odwołującego nie spełniała wymogu dotyczącego rejestracji przerw i nieprawidłowości w świadczeniu usług,***

***Zgodnie z SIWZ Załącznik nr 6-M Wzór Umowy § 8 ust. 8 Zamawiający podał: Wykonawca będzie rejestrował wszystkie przerwy i nieprawidłowości w świadczeniu usług, a Zamawiający będzie miał prawo wglądu w zapisy dotyczące tych zdarzeń. Wykonawca udostępni Zamawiającemu za dostęp on-line do systemu monitoringu umożliwiającą bieżącą kontrolę poprzez stronę internetową wraz z dostępem do danych archiwalnych oraz za pomocą protokołu SNMP, lub jeśli Strony tak postanowią - innego protokołu wymiany danych do odczytu wartości bitowej stopy błędów (BER) wszystkich strumieni ETI***

w punkcie styku

W rozpoznaniu postawionego przez Odwołującego zarzutu kluczowym jest odniesienie się do regulacji zawartej w wyżej przytoczonym postanowieniu wzoru umowy. Sporne pomiędzy Stronami było: czy Zamawiający dopuścił dowolność w wyborze protokołu w zakresie pomiaru i odczytu bitowej stopy błędu (BER) – na co wskazywał Zamawiający; czy też fakultatywne było dokonywanie pomiaru i odczytu bitowej stopy błędu (BER).

Z literalnego brzmienia ww. fragmentu umowy wynika (...*oraz za pomocą protokołu SNMP, lub jeśli Strony tak postanowią - innego protokołu wymiany danych do odczytu wartości bitowej stopy błędów (BER) wszystkich strumieni ETI w punkcie styku*), że Zamawiający dopuścił dowolność w wyborze rodzaju protokołu do pomiaru i odczytu bitowej stopy błędu (BER). Tym samym, wykonawcy zobowiązani byli do zaoferowania rozwiązania, które umożliwiłoby dokonywanie pomiarów i odczytu, oraz zaoferowania urządzenia, które służyłoby do dokonywania pomiarów. Odwołujący nie zaoferował urządzenia, które służyłoby do dokonywania pomiarów. Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że rozwiązanie techniczne przyjęte przez Odwołującego nie wymaga pomiaru (BER), ponieważ jest on zbyteczny z uwagi na to, że rozwiązanie oferowane przez niego gwarantuje wartość 0. Odwołujący na rozprawie również wyjaśnił, że nie kwestionuje SIWZ, była ona dla niego zrozumiała, ale z powodów technicznych założył, że ma do czynienia z alternatywą rozłączną. Odwołujący wyjaśnił, że pomiar jakiego wymagał zamawiający, czyli pomiar Ber przy rozwiązaniu technicznym jakie ofertuje odwołujący jest możliwy, ale ponieważ wartość będzie zawsze wynosiła 0 jest on zbyteczny. Odwołujący oświadczył również, że zaoferowany system Verax nie wykonuje pomiaru błędu (BER0, a na str. 50 oferty wykazane zostały pomiary jakich dokonuje system z wykorzystaniem zaoferowanych urządzeń.

Uwzględniając, że Zamawiający dopuścił fakultatywność przy wyborze protokołu w zakresie pomiaru i odczytu bitowej stopy błędu (BER) oraz oświadczenia jakie złożył Odwołujący złożona Opinia niezależnego eksperta dr inż. G..... D..... (dowód nr 4), która została złożona na okoliczność wykazania, że wartość Ber zawsze będzie 0 w przypadku konfiguracji sprzętowej zaoferowane przez Odwołującego nie wnosi do sprawy argumentów potwierdzających stanowisko Odwołującego w zakresie rozumienia wymagania Zamawiającego potwierdzając jedynie, że zawsze jest możliwe dokonywanie pomiarów. Jednocześnie należy zaznaczyć, zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego, które nie było kwestionowane przez Odwołującego a mianowicie, że w opinii tej pomyłone zostało po raz kolejny rozumienie punktu styku, który zgodnie z SIWZ oznacza miejsce pobierania sygnału

*ETI dla innych podmiotów świadczących usługi dla zamawiającego. W opinii pomiar Ber dokonywany jest na wyjściu multiplexu, a w SIWZ w punkcie styku.*

Złożone przez Odwołującego (dowód nr 5) – oświadczenie producenta rozwiązania technicznego, które zamierzał zastosować do monitoringu on-line a które zostało złożone na okoliczność wykazania, że ten system monitorowania spełnia wymagania SIWZ nie odnosi się do kwestionowanych braku protokołu w zakresie pomiaru i odczytu bitowej stopy błędu (BER) lecz do pozostałych elementów, co również na rozprawie wykazywał Odwołujący, tym samym dla rozpoznania tego zarzutu dowód jest nieprzydatny. Złożona przez uczestnika postępowania odwoławczego (dowód nr 9) opinia techniczna dotycząca wymagania SIWZ w zakresie pomiaru błędów bitowych (BER) w strumieniu ETI, która została przedstawiona na okoliczność wykazania, że pomiar (BER) jest istotny do mierzenia warstwy transportowej wskazuje na zasadność żądania tego pomiaru oraz obrazuje na czym polega dokonywanie takich pomiarów.

Zamawiający nie naruszył art. 87 ust.1 ustawy, bowiem nie miała podstawy do wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty, ponieważ jej niezgodność z treścią SIWZ Zamawiający stwierdził prawidłowo.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tekst jednolity Dz. U. z 23 lipca 2014 roku poz.964) § 19 ust. 3 *Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.* Dowody: dowód nr 8 – rysunek (1 karta) obrazujący, że montaż urządzeń na tym samym poziomie (1U tył/przód) uniemożliwia ich chłodzenie (opisy w języku angielskim bez tłumaczenia), dowód nr 10 – w zakresie zrzutów z ekranu (w języku angielskim bez tłumaczenia), dowód nr 11 (2 karty w języku angielskim bez tłumaczenia) informacje techniczne oraz przedstawione na rozprawie strony oferty Odwołującego: 44, 47, 48 (w



języku angielskim bez tłumaczenia) nie zostały złożone w prawidłowy sposób to znaczy wraz z tłumaczeniem na język polski, tym samym Izba nie brała ich pod uwagę przy rozpoznaniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

---