

**WYROK**

**z dnia 10 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2013 r. przez **wykonawców – Konsorcjum: Alphatec Communication Sp. z o.o., MKJ Sp. z o.o., Sp. komandytowa, 58-500 Jelenia Góra, ul. Morcinka 33A**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Gmina Miejska Bolesławiec, 59-700 Bolesławiec, ul. Rynek 41**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: Specialised projects Polska Sp. z o.o., Miraccord s.c. M..... N....., Ł..... F....., 44-100 Gliwice, ul. Grotgera 35**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i ...**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Bolesławiec, 59-700 Bolesławiec, ul. Rynek 41 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Konsorcjum: Alphatec Communication Sp. z o.o., MKJ Sp. z o.o., Sp. komandytowa, 58-500 Jelenia Góra, ul. Morcinka 33A tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Gminy Miejskiej Bolesławiec, 59-700 Bolesławiec, ul. Rynek 41** na rzecz wykonawców **Konsorcjum: Alphatec Communication Sp. z o.o., MKJ Sp. z o.o., Sp. komandytowa, 58-500 Jelenia Góra, ul. Morcinka 33A** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Miejska Bolesławiec z siedzibą w Bolesławcu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Monitoring Rejonów Turystycznych Miasta Bolesławiec”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 08.03.2013 r. w Dz. Urz. UE pod nr 2013/S 048-077861.

W dniu 16.05.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Specialised Projects Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i Miraccord s.c. M..... N....., Ł..... F..... w Andrychowie.

W dniu 27.05.2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alphatec Communication Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze i MKJ Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Gdańsku wnieśli do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór oferty konsorcjum Specialised Projects Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i Miraccord s.c. M..... N....., Ł..... F..... z siedzibą w Andrychowie (zwanych dalej „konsorcjum”),
- art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp w zw. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawców z postępowania
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum.

W związku ze sformułowanymi zarzutami wniesiono o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie dokonania czynności powtórnej oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

Zamawiający w pkt. VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) określił warunki udziału w postępowaniu.

W rozdz. VI ust. 1.2. SIWZ Zamawiający wskazał, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy który spełniają następujący warunek:

*„wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zamówienia polegającego na budowie systemu monitoringu miejskiego składającego się z co najmniej 30 punktów kamerowych (PK) z transmisją światłowodową oraz radiową wraz z budową co najmniej 1 centra monitoringu (CM) - o wartości minimum 1 mln zł brutto”.*

Konsorcjum samodzielnie nie spełniało przedmiotowego warunku i z tego powodu w oparciu o art. 26 ust. 2 lit. b pzp skorzystało z potencjału podmiotu trzeciego - firmy MWM Spółka z o.o. z siedzibą w Gliwicach.

W wykazie wykonanych dostaw potwierdzającym warunek wiedzy i doświadczenia opisany w rozdz. VI ust. 1.2. SIWZ Konsorcjum wskazało zamówienie dotyczące wykonania systemu monitorowania wizyjnego CCTV miasta Wrocław.

Zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy zamówienie to było realizowane w okresie od 27 lutego 2009 r. do 30 maja 2012 r. Firma MWM stwierdziła, iż zamówienie było realizowane w dwóch etapach:

- (a) I etap - 35 kamer w okresie od 27-2009 do 10-11-2009
- (b) „kolejny” etap -15 kamer w okresie od 19-03-2012 do 30-05-2012

W tym miejscu należy wskazać, że jeden z członków odwołującego się konsorcjum - firma Alphatec Communication Spółka z o.o. była wraz z firmą MWM członkiem konsorcjum realizującego zamówienie określone jako „I etap”. Z tego powodu Odwołujący posiada szczegółową wiedzę w zakresie przebiegu i czasookresu prac związanych z tym zamówieniem. Prace wykonane w ramach zamówienia pn. „Budowa systemu monitoringu miasta Wrocław - etap I” firma MWM zakończyła w listopadzie 2009 roku.

Nie ulega wątpliwości, że od zakończenia robót w tym postępowaniu do daty składania ofert w postępowaniu np. „Monitoring Rejonów Turystycznych Miasta Bolesławiec” upłynęło 3 lata i 5 miesięcy.

Z kolei kolejne zamówienie dotyczące systemu CCTV nosiło nazwę „Modernizacja i włączenia systemu monitoringu Straży Miejskiej do systemu monitorowania wizyjnego CCTV miasta Wrocław”. Nazwa ta w żaden sposób nie sugeruje ciągłości z poprzednim zamówieniem.

Nie ulega zatem wątpliwości, że kolejne wskazane przez Konsorcjum zamówienie dotyczące Projektu dotyczące systemu monitorowania wizyjnego CCTV miasta Wrocław ewidentnie jest odrębnym zamówieniem. Przesądzą o tym następujące okoliczności:

- oba zamówienia zostały udzielone w oparciu o dwa odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
- w odniesieniu do obu zamówień zawarto dwie odrębne umowy
- były to dwa odrębne zadania w sensie technicznym, które były realizowane w oparciu o dwa odrębne projekty techniczne.

W ocenie Odwołującego przesądza to jednoznacznie o fakcie, iż Konsorcjum nie spełniło postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Konsorcjum, iż dwa ww. zamówienia powinno się traktować jako jedno, gdyż:

- nie ma ustawowej definicji pojęcia „zamówienia”,
- oba zamówienia finansowane były w ramach tego samego projektu finansowanego ze środków UE,
- oba zamówienia dotyczą systemu monitoringu, który zdaniem Konsorcjum należy traktować jako funkcjonalną całość.

Nie ulega wątpliwości, iż przez „zamówienie” należy rozumieć zakres prac zleczanych przez Zamawiającego wykonawcy w ramach jednej umowy.

Niezależnie od tego należy zauważyć, iż zgodnie z nomenklaturą użytą w SIWZ w załączniku nr 2 pt. „Posiadanie Wiedzy i Doświadczenia” zatytułowano przedmiotowy wykaz „Wykaz wykonanych, głównych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w rozdz. VI ust. 1.2 SIWZ”.

Podobnie w samej treści wykazu użył określenia „podmiot na rzecz, którego dostawy zostały wykonane”.

W tym kontekście biorąc pod uwagę dokonaną przez ustawodawcę wyczerpującą klasyfikację zamówień na „dostawy”, „usługi” oraz „roboty budowlane” nie ulega wątpliwości, iż wykonawca powinien na potrzeby ww. zamówienia legitymować się doświadczeniem w realizacji „dostaw”.

Z kolei pojęcie „dostawy” zostało zdefiniowane w pzp bardzo precyzyjnie - zgodnie z art. 2 ust 2 pzp przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Zatem z przedmiotowej definicji wynika, iż w odniesieniu do wskazanych przez Konsorcjum zamówień samodzielną dostawą jest zarówno wykonanie zamówienia dotyczącego systemu monitorowania wizyjnego CCTV miasta Wrocław - etap I, jak i zamówienia dotyczącego systemu monitorowania wizyjnego CCTV miasta Wrocław - etap III. W obu przypadkach mamy bowiem do czynienia z dwoma niezależnymi umowami.

Biorąc pod uwagę powyższe, Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Kontynuując przedmiotowe rozważania należy wskazać , że Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 4 pzp oraz w tym samym piśmie do złożenia prawidłowego wykazu w oparciu o art. 26 ust. 3 pzp.

DOWÓD: pismo Urzędu Miasta Bolesławiec z dnia 6 maja 2013 roku,

Sam Zamawiający wskazał w swoim piśmie, iż: „Przyjmuje się zasadę, że na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) można uzupełnić dokument tylko raz, ale ten jeden raz odnosi się do danego dokumentu i danego zakresu uzupełnienia”.

Konsorcjum złożyło co prawda wyjaśnienia, ale nie skorzystało z możliwości uzupełnienia wykazu.

DOWÓD: pismo Specjalised Projects Polska Sp. z o.o. z dnia 13 maja 2013 roku.

W tym kontekście Odwołujący wskazuje, iż okoliczność złożenia przez Konsorcjum nieprawidłowego wykazu w tym stanie faktycznym nie może już zostać

konwalidowana - w związku z czym Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Należy również podnieść, że poszczególne zamówienia wskazane przez Konsorcjum nie spełniają samoistnie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. W zakres prac dotyczących pierwszego zamówienia nie wchodziły bowiem prace w zakresie transmisji światłowodowej. Z kolei w zakres drugiego nie wchodziła transmisja radiowa. Zatem niezależnie od niespełnienia warunków w zakresie temporalnym również przedstawione przez Konsorcjum zakres przedmiotowy nie spełniał warunku Zamawiającego.

#### IV. Przesłanki odrzucenia

O zasadności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum przesądza fakt niespełnienia wymogu określonego w rozdziale III pkt. 1.1 SIWZ. Zamawiający wskazał bowiem, że „całość dostarczonego sprzętu i oprogramowania musi pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów. Oferowany przedmiot zamówienia (sprzęt) powinien pochodzić z oficjalnych kanałów dystrybucyjnych producentów i mieć zapewniony serwis i wsparcie techniczne producentów / przedstawicieli producentów na terenie RP i/lub pozostałych krajów Unii Europejskiej”.

Z kolei w ofercie złożonej przez Konsorcjum (str. 88) opis urządzenia UPS zawiera sformułowanie: MWM „oferuje wykonanie”. W ocenie Odwołującego zapis taki świadczy, że przedmiotowe urządzenie ma być dopiero wykonane, zatem nie będzie pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów, co jest sprzeczne z wyżej wskazanym wymogiem. W związku z tym wątpliwa wydaje się możliwość jego serwisowania. Dodatkowo w opisie urządzenia znalazły się niewiarygodne parametry, gdzie wskazano, że pojemność akumulatora 120Ah/12V spełniająca wymóg 30 minut podtrzymania pracy dla pełnego obciążenia. Wykazano również, że pojemność akumulatora wewnętrznego 17Ah i ciężar UPS wynosi 4,8 kg przy wymiarach 300x100x130 mm. Wskazane wyżej parametry są niewiarygodne. Akumulator 120 Ah waży minimum 35 kg, z kolei sam autonomiczny akumulator 17 Ah przykładowo z dostępnych na rynku ma wagę od 5,3 kg (181mm x 77mm x 161mm firmy LEADHDD) do 5,67 kg (181x76x165 waga 5,67kg typu EVX12170 firmy CSB). Każdy z wyżej wskazanych akumulatorów przewyższa więc wagą i wymiarami całe proponowane w ofercie złożonej przez Konsorcjum urządzenie UPS.

Dodatkowo, należy wskazać na błąd w ofercie Konsorcjum - w treści oferty wskazano, że przedmiotem oferty jest urządzenie, które nie istnieje tj. LMDS firmy Alvarion Walker 500. Zgodnie z oświadczeniem przedstawiciela producenta Alvarion ich produktem jest LMDS jest Walker @5000.

DOWÓD: notatka z rozmowy telefonicznej sporządzona przez Pana P.....  
P..... z dnia 13.05.2013 r.

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością zreferowano stan faktyczny sprawy, w tym przytoczono obowiązujące warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich wykazywania przez wybranego wykonawcę – co zostało zreferowane powyżej.

W szczególności w treści odwołania opisano przebieg procesu inwestycyjnego systemu monitoringu miejskiego we Wrocławiu. Stan faktyczny sprawy w tym zakresie pozostaje pomiędzy stronami bezsporny. Sporna pozostaje natomiast kwalifikacja prac, na które powoływał się w wykazie załączonym do oferty przystępujący, jako jednego zamówienia.

Przy ocenie powyższego Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów:

- pismo Alphatec Communication Sp. z o.o. z dnia 29.05.2013 r. skierowane do Urzędu Miasta Wrocław w sprawie kwalifikacji opisanego zakresu prac związanych z budową systemu monitoringu wizyjnego miasta Wrocław jako jednego czy też kilku zamówień – przedłożone przez odwołującego na rozprawie.
- Pismo Urzędu Miejskiego Wrocławia z dnia 06.06.2013 r., stanowiące odpowiedź na powyższe, wyjaśniające, iż wskazane prace stanowiły oddzielne zamówienia, zamówienie na budowę I etapu systemu monitorowania wizyjnego CCTV miasta Wrocławia stanowiła funkcjonalną całość i udzielenie kolejnego zamówienia na modernizację i włączenie systemu monitoringu



Straży Miejskiej do systemu monitorowania wizyjnego CCTV miasta Wrocławia nie było niezbędne do prawidłowego funkcjonowania systemu monitoringu we Wrocławiu - przedłożone przez odwołującego na rozprawie, a także wyjaśniające, iż określanie kolejnych zamówień związanych z monitoringiem miasta jako „etap” stanowiło przejaw planowania inwestycyjnego.

- Przedłożone przez przystępującego na rozprawie:
  - SIWZ postępowania pn. „Budowa I etapu systemu monitorowania wizyjnego CCTV miasta Wrocławia – str. 3,
  - OPZ – ZP/PN/174/2011/WBZ,
  - Pismo urzędu miasta Wrocławia z dn. 29.11.2011 r. – odp. na pytanie nr 3
  - Pismo urzędu miasta Wrocławia z dnia 09.03.2012 r. – odp. na pytania nr 19,20 i 21.
  - Projekt wykonawczy ZP/PN/11/2012/WBZ
  - Oświadczenie W..... W..... z dnia 4 czerwca 2013 r.

- dowodzące funkcjonalnych i technicznych powiązań pomiędzy poszczególnymi zamówieniami, w ramach których wykonywano kolejne części czy etapy systemu monitoringu wizyjnego miasta Wrocław (jego rozwoju, modernizacji, rozbudowy... etc.).

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 24

ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniono zarzut odwołania dotyczący niewykazania przez przystępującego spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu.

Przystępujący nie wykazał wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, jednego zamówienia, polegającego na budowie systemu monitoringu miejskiego składającego się z co najmniej 30 punktów kamerowych z transmisją światłowodową oraz radiową wraz z budową co najmniej 1 centra monitoringu – o wartości minimum 1 mln zł.

Opisany w ramach warunku zakres doświadczenia, przystępujący wykazywał nie w ramach jednego zamówienia, ale w rozbiciu na różne zamówienia – w tym jedno nie wykonywane w wymaganym przez zamawiającego okresie. Zamówienie pn. „Budowa systemu monitoringu miasta Wrocław - etap I”, zakończone i rozliczone w roku 2009 oraz zamówienie pn. „Modernizacja i włączenia systemu monitoringu Straży Miejskiej do systemu monitorowania wizyjnego CCTV miasta Wrocław” wykonane w okresie od marca do maja 2012 r., są zamówieniami odrębnymi.

Nie budzi wątpliwości Izby, iż przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu odnosił się do zamówienia rozumianego jako jedno zadanie, które zakontraktowano, wykonano, odebrano (potwierdzono jego należyte wykonanie) i rozliczono (do wartości min. 1 mln. zł) w ramach jednego stosunku umownego. Dany warunek udziału w postępowaniu nie sprowadza się jedynie do badania rzeczowego doświadczenia, ale posiada również aspekt finansowy i organizacyjny – służy do badania zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, o określonym przedmiocie, ale również wymaganym zakresie i wartości. Dzielenie powyższego i wykazywanie w ramach kilku zamówień nie odpowiada tego typu aspektowi weryfikacji podmiotowej wykonawcy.

Oceny powyższego nie zmienia fakt funkcjonalnego i technicznego powiązania zamówień wykazywanych przez przystępującego (konkretnie ich przedmiotów), czy okoliczność, iż wykonywane były w ramach większego projektu inwestycyjnego i określane (w ich nazwach) jako kolejne etapy tego projektu przez inwestora. Przesądającym w tym zakresie jest fakt, iż referencyjne zamówienia realizowane były w ramach różnych stosunków umownych i w znacznym odstępie czasowym przez innych wykonawców (konsorcja o różnym składzie).

Argumenty dotyczące funkcjonalnej i rzeczowej „jedności” zamówienia powoływanego przez przystępującego uznano za nietrafne. Postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu wyraźnie wymaga wykonania jednego zamówienia (a więc jego zakończenia, odebrania, rozliczenia, potwierdzenia należytego wykonania... etc.), w ramach którego zaistnieją wszystkie elementy przedmiotowe, do których treść warunku referuje. Równie niezasadnie przystępujący mógłby wywodzić, iż przy zastanym braku definicji zamówienia, np. wybudowanie po kilku latach kolejnego odcinka autostrady A2 i jego włączenie do odcinka już eksploatowanego, będzie tworzyło jedno zamówienie z odcinkiem poprzednim, określane jako cała autostrada, albo dobudowanie kolejnego piętra do poprzednio wybudowanego i odebranego, jednopiętrowego budynku będzie jednym zamówieniem, które można określić jako budowę dwupiętrowego budynku.

W związku z faktem, iż w piśmie z dnia 6 maja 2013 r. zamawiający wzywał już przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu – natomiast wykonawca wybrał wyjaśnienie, a więc niejako „obronę”, dokumentów przedłożonych zamiast ich uzupełnienia – nakazano wykluczenie przystępującego w związku z brakiem wykazania przezeń spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Oddalono zarzuty zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z

wymaganiemi siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Niezrozumiałe dla Izby pozostaje w jaki sposób fraza „oferuje wykonanie” prowadzi do wniosku o niezgodności oferty przystępującego z SIWZ w zakresie zapewnienia pochodzenia urządzeń z oficjalnego kanału dystrybucyjnego producentów oraz gwarantowania ich serwisu. Zarzut w tym zakresie uznano za bezpodstawny, a ofertę, co do treści wyrażonego w niej zobowiązania, za zgodną z SIWZ.

Odwołujący w trakcie rozprawy wycofał zarzut dotyczący parametrów UPS, w związku z czym zarzut pozostawiono bez rozpoznania.

Natomiast w treści odwołania nie sformułowano żadnych akuratnych zarzutów dotyczących urządzenia marki WALKER, które wskazywałyby i wykazywałyby jakąkolwiek z postaci opisanych wyżej niezgodności oferty z SIWZ. Z tego względu zarzut należało oddalić na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp, uznając, iż nie jest to zarzut w rozumieniu przepisów ustawy nadający się do rozpoznania przez Izbę.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tymczasem ww. zarzut, sformułowany w treści odwołania ogranicza się do wskazania, iż przedmiotem oferty jest urządzenie, które nie istnieje. Odwołujący zaniechał natomiast opisać w ramach zarzutu w jaki sposób i dlaczego oferowanie urządzenia, które nie istnieje, jest niezgodne z SIWZ. Zarzutem w rozumieniu ww. przepisu nie jest bowiem samo generalne wskazanie na fakt, iż oferta jest taka a nie inna, albo że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, a nawet podanie której części oferty czy specyfikacji ta niezgodność dotyczy, ale dokładne

opisanie, na czym ta niezgodność polega, czyli co konkretnie w ofercie i w jaki sposób jest niezgodne z wymaganiami specyfikacji.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).