

Sygn. akt: KIO 1519/21
KIO 1522/21

WYROK
z dnia 5 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 29 czerwca 2021 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A) w dniu 20 maja 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MWM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach (pełnomocnik) oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIRRACORD M. N. z siedzibą w Roczynach – sygn. akt KIO 1519/21

B) w dniu 20 maja 2021 roku przez wykonawcę Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie – sygn. akt KIO 1522/21

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Pabianice

przy udziale:

- a) wykonawcy Eco5tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1519/21 po stronie Zamawiającego,
- b) wykonawcy Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1519/21 po stronie Zamawiającego,

- c) wykonawcy Eco5tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1522/21 po stronie Zamawiającego,
- d) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MWM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach (pełnomocnik) oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIRRACORD M. N. z siedzibą w Roczynach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1522/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.

A) Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1519/21.

B) Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1522/21 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 10 maja 2021 roku tj. odrzucenia oferty Sprint spółka akcyjna z siedziba w Olsztynie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Sprint

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MWM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach (pełnomocnik) oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIRRACORD M. N. z siedzibą w Roczynach – sygn. akt KIO 1519/21 oraz Zamawiającego Miasto Pabianice i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MWM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach (pełnomocnik) oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIRRACORD M. N. z

siedzibą w Roczynach – sygn. akt KIO 1519/21, oraz wykonawcę Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie – sygn. akt KIO 1522/21, tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MWM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach (pełnomocnik) oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIRRACORD M. N. z siedzibą w Roczynach – sygn. akt KIO 1519/21 na rzecz Zamawiającego Miasto Pabianice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3 zasądza od Zamawiającego Miasto Pabianice na rzecz wykonawcy Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie – sygn. akt KIO 1522/21 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1519/21

KIO 1522/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – miasto Pabianice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Inteligentny system transportowy — zaprojektuj i wybuduj*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 251-628274 z dnia 24 grudnia 2020 roku.

Sygn. akt KIO 1519/21

20 maja 2021 roku działając na podstawie na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku — prawo zamówień publicznych w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 10 maja 2021 roku zawartych w piśmie datowanym na ten dzień polegających na: odrzuceniu oferty odwołującego i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej „pzp”) przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w tym z załącznikiem nr 1 do SIWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy w zakresie:

- załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do SIWZ, pkt VIII.11 - przełącznik sieciowy CCTV - serwerowy (pkt 1 pisma zamawiającego z dnia 10 maja 2021 roku),
- załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do SIWZ, pkt VIII.4 — kamera stałopozycyjna — tablica (pkt 2 pisma zamawiającego z dnia 10 maja 2021 roku).

podczas, gdy oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ i nie powinna zostać odrzucona,

- 2) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp przez odrzucenie oferty konsorcjum z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas, gdy złożenie oferty przez konsorcjum nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie oferta konsorcjum nie powinna zostać odrzucona na tej podstawie.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodów wskazanych w treści niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane;
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że interes Odwołującego we wniesieniu odwołania (art. 505 pzp) jest w niniejszej sprawie oczywisty. W sytuacji, w której Zamawiający zachowałby się prawidłowo i nie odrzucił oferty Odwołującego, wówczas oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego w postępowaniu kryteriami oceny ofert. W konsekwencji Zamawiający dokonałby wyboru oferty odwołującego, a odwołujący uzyskałby zamówienie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Opis zaskarżonych czynności.

Treść załącznika nr 1 do załącznika 3b do siwz - Zamawiający wymienił sprzęt będący przedmiotem postępowania. Zamawiający oczekiwał następnie podania: „zestawienia producentów, modeli i wersji oferowanego sprzętu” (kolumna 3), ilości oferowanego sprzętu dla każdej pozycji, a także ceny netto oraz ceny brutto.

W dniu 9 marca 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego (dalej też: konsorcjum) na podstawie art. 87 ust. 1 pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wezwanie dotyczyło

parametrów technicznych następującego sprzętu:

- tablicy LED (pkt VII. 1 załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do siwz),
- karnety stałopozycyjnej tablicy (pkt VIII.4 załącznika),
- kamery stałopozycyjnej z modulem GSM (pkt VIII. 7 załącznika).

W dniu 15 marca br., konsorcjum przedstawiło wyjaśnienia w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego. W wyjaśnieniach podane zostały podane wszystkie parametry technicznego, o które pytał Zamawiający. Parametry były zgodne z wymogami Zamawiającego określonymi w załączniku nr 1 do siwz (Projekt Funkcjonalno — Użytkowy - PFU).

W dniu 8 kwietnia 2021 roku Zamawiający ponownie wezwał konsorcjum do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pzp. W tym wypadku wezwanie dotyczyło dwóch pozycji z załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do siwz, tj.:

- pozycji VIII.11 - przełącznik sieciowy CCTV - serwerowy oraz
- pozycji VIII.4 — kamera stałopozycyjna tablica.

Konsorcjum przedstawiło wyjaśnienia pismem z dnia 13 kwietnia br. potwierdzając jednocześnie spełnienie przez oferowany sprzęt wszystkich warunków wyspecyfikowanych przez zamawiającego.

W dniu 10 maja 2021 roku zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum jako niezgodną z siwz. Jak wynika z ww. pisma, Zamawiający uznał ofertę konsorcjum za niezgodną z PFU w zakresie dwóch sprzętów określonych w załączniku nr 1 do załącznika nr 3b do siwz, tj.:

- przełącznik sieciowy CCIV — serwerowy (pkt VIII.II ww. załącznika),
- kamera stałopozycyjna — tablica (pkt VIII.4 ww. załącznika).

Stanowisko Odwołującego - analiza prawna

PRZEŁĄCZNIK SIECIOWY

W pkt 1 pisma Zamawiającego z dnia 10 maja 2021 roku stwierdzone zostało, że oferta konsorcjum jest niezgodna z siwz (tj. z załącznikiem nr 1 do siwz - PFU) w zakresie załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do siwz, pkt VIII.11 - przełącznik sieciowy CCTV - serwerowy. Wymagania Zamawiającego w odniesieniu do przełącznika sieciowego CCTV - serwerowego, określone zostały w pierwszej kolejności na str. 68 -70 PFU. Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z ww. postanowieniami PFU w postępowaniu należy dostarczyć przełącznik sieciowy o wielkości 24 portów RJ45 + 4 sloty SFP+.

Jednocześnie stosownie do treści PFU: *Dopuszcza się zaoferowanie w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps*

(dopisek str. 70 PFU u góry).

Tym samym, wykonawca mógł zaoferować alternatywnie:

- przełącznik sieciowy zgodnie z wymaganiami określonymi na str. 68 -70 PFU
- przełącznik sieciowy o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps.

Wymagania dla przełącznika sieciowego w Serwerowni MKZ — CZR zostały określone na str. 25 PFU. Zgodnie z zamieszczoną tam tabelą, Zamawiający wymaga, aby przełącznik w serwerowni MKZ — CZR był przełącznikiem 48 portowym. Co jednak najistotniejsze, przełącznik sieciowy, który zgodnie z PFU może zostać zaoferowany alternatywnie w Straży Miejskiej, to nie przełącznik identyczny jak ten w serwerowni MKZ — CZR, a przełącznik o parametrach analogicznych z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps, W konsekwencji należy stwierdzić, że przełącznik, który może zostać alternatywnie zaoferowany przez wykonawcę jest przełącznikiem nie 48, a 24 portowym z prędkością przekazywania pakietów na poziomie 95 Mpps.

W pierwszej odnosi się Odwołujący do znaczenia słowa „analogiczny”. Analogiczny oznacza: *podobny, zbliżony, bliski*, (w ślad za definicją dostępna na stronie internetowej: <https://pl.wiktionary.org/wiki/analogiczny>). Analogiczny nie oznacza natomiast — taki sam, identyczny. W tym miejscu można posłużyć się także przykładem dotyczącym redakcji aktów prawnych, które niejednokrotnie odsyłają do przepisów zwartych w innych miejscach tego samego aktu prawnego lub w innych aktach prawnych. W takim wypadku przepisy posługują się często określeniem „*stosuje się odpowiednio*”, „*stosuje się analogicznie*”. Oznacza to, że przepisy, do których odsyła akt prawny należy w danym przypadku stosować nie wprost, a właśnie analogicznie, tj. z odpowiednimi modyfikacjami dotyczącymi specyfiki określonej kategorii stanów faktycznych. Z podobną sytuacją mamy do czynienia na gruncie analizowanej PFU, która na str. 70 stanowi o wymaganiach „*analogicznych jak*” odsyłając jednocześnie do innego fragmentu PFU. Tym samym, już z samej wykładni literalnej postanowień PFU wynika, że spełnienie przez przełącznik wymagań określonych przez Zamawiającego jako alternatywne, nie polegało na zaoferowaniu przełącznika identycznego jak ten w Serwerowni MZK-CZR, a podobnego, zbliżonego do przełącznika według specyfikacji przełącznika do Serwerowni MZK-CZR.

Skonfigurowanie przełącznika 48 portowego z prędkością przekazywania na poziomie 95 Mpps spowodowałoby, że znaczna część portów nie byłaby w ogóle funkcjonalna. Prędkość przekazywania w wysokości 95 Mpps może efektywnie zapewnić funkcjonalność 24 portów

przełącznika. Niewątpliwie jest to prędkość zbyt niska dla przełącznika 48 portowego. Racjonalne podejście do interpretacji PFU wyklucza niewątpliwie sytuację, w której Zamawiający wymaga przełącznika 48 portowego, w przypadku, gdy znaczna część nie będzie funkcjonalna i nie będzie mogła być wykorzystywana przez użytkownika. Zamawiający sformułował warunki PFU w ten sposób, że spełnia je tylko jeden model przełącznika jednego producenta. Urządzenia innych producentów nie spełniają wymagań, a co za tym idzie nie mogły być skutecznie zaoferowane w postępowaniu. W konsekwencji wszyscy oferenci w przetargu zaproponowali przełączniki tego samego producenta i tego samego typu — Extreme Networks typ X440-G2. Przy czym 2 z 3 oferentów - w tym Odwołujący - zaproponowało przełącznik 24 portowy.

Analiza karty katalogowej ww. przełącznika (dołączona do odpowiedzi Odwołującego na wezwanie Zamawiającego) prowadzi do wniosku, że prędkość przekazywania pakietów jaką dopuszczał alternatywnie Zamawiający (tj. 95 Mpps) odpowiada ilości portów 24. Dla danego typu przełącznika parametr prędkości pakietowej (w jednostce Mpps) jest bezpośrednio skorelowany z parametrem ilością portów. Skoro Zamawiający dopuszczał obniżenie prędkości do 95 Mpps nie może jednocześnie wymagać 48 portów.

W praktyce nie istnieje przełącznik, który: (i) spełnia wymagania PFU, (ii) odznacza się prędkością przekazywania 95 Mpps oraz (iii) posiada 48 portów. Istnieje jedynie przełącznik, który przy spełnieniu pozostałych wymagań PFU z prędkością przekazywania na poziomie 95 Mpps posiada 24 porty.

W uwagi na powyższe posłużyć się przez Zamawiającego sformułowaniem „analogiczne (a nie „identyczne”, „takie same”) przy formułowaniu alternatywnych warunków przełącznika sieciowego CCTV - serwerowego, na etapie formułowania postanowień PFU nie było niewątpliwie przypadkowe.

Z daleko idącej ostrożności nawet, gdyby przyjąć, że w oparciu o treść PFU możliwe są różne interpretacje dotyczące warunków, które musi spełniać przedmiotowy przełącznik sieciowy, brak byłoby podstaw do przyjmowania spośród możliwych interpretacji wyłącznie tej, która jest najbardziej na niekorzyść wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Zgodnie z ogólnymi regułami wykładni, tekst prawny (a taki charakter ma m. in. siwz w przetargu) należy interpretować na niekorzyść strony, która go przygotowała. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 2010 r., sygn. akt IV CSK 382/09: wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę.

W kontekście powyższego należy stwierdzić, że to Zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie siwz zgodnie z ustawą pzp. W związku z powyższym

wszelkie wątpliwości w siwz powinny być wykładane na niekorzyść Zamawiającego, co potwierdza utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tytułem przykładu wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 roku (sygn. KIO 660/15); wyrok z dnia 16 marca 2015 roku (sygn. KIO 430/15); wyrok z dnia z 11 sierpnia 2014 roku (sygn. KIO 1557/14).

TABLICA I KAMERA

W uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy Zamawiający wskazał także na pkt VIII.4 załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do siwz dotyczący kamery stałopozycyjnej - tablicy. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający szeroko przytoczył wymagania techniczne zawarte w PFU oraz przebieg dotychczasowej korespondencji prowadzonej z wykonawcą. Argumentacja Zamawiającego dotyczą odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność oferty w pkt VIII.4 ww. załącznika zawarta została na str. 5 pisma zamawiającego z dnia 10 maja br. i sprowadza się do twierdzeń omówionych poniżej, tj.:

- konsorcjum nie podało producenta i modelu kamery,
- kamera i tablica stanowią odrębne urządzenia techniczne,
- należy podać producenta i model odrębnie dla kamery i odrębnie dla tablicy,
- postępowanie wyjaśniające nie wykazało, że: oferowana przez wykonawcę kamera jest stałą funkcjonalnością oferowanej tablicy i nie jest produktem występującym na rynku pod określoną nazwą (modelem).

Argumentacja Zamawiającego zawarta w uzasadnieniu odrzucenie oferty jest wewnętrznie niespójna, poza tym nie dowodzi, że oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z siwz. Zamawiający podniósł, że w stosunku do kamery oraz do tablicy sformułowane zostały odrębne wymagania techniczne. W konsekwencji w ocenie Zamawiającego kamera i tablica są odrębnymi urządzeniami, a do za tym idzie należy podać producenta i model sprzętu odrębnie dla tablicy i odrębnie dla kamery. W tym kontekście należy jednak zwrócić uwagę na postanowienia zawarte w PFU przygotowanym przez Zamawiającego, będącym częścią dokumentacji przetargowej.

Zgodnie z 2.1.1. PFU - Tablice informacji pasażerskiej, zamawiający określił następujące wymagania w stosunku do tablicy oraz kamery:

Wbudowane kamery stałopozycyjne - szczegółowe dane zostały opisane w zadaniu 15, tablica powinna mieć zabudowane urządzenia dodatkowe: accespoint, ups 700VA (do awaryjnego zasilenia kamer i accespointa), switch, przełącznica światłowodowa na minimum 8 włókien, do których umożliwiony będzie łatwy dostęp sensowy. Zamawiający dopuszcza aby kamera, accespoint, ups, przełącznica światłowodowa nie były integralną częścią tablicy. Mają być zastosowane nowoczesne i wysokiej jakości materiały nie wymagające regularnego serwisowania i konserwacji w zakresie wymiany filtrów wentylacyjnych.

Skoro Zamawiający dopuszcza, aby kamery nie były integralną częścią tablicy, a contrario kamery mogą być integralną częścią tablicy. Z powyższego wynika jednoznacznie, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie kamery niezależnie w dwóch konfiguracjach, tj. kamery jako oddzielnego urządzenia od tablicy oraz kamery zintegrowanej z tablicą (kamera będąca integralną częścią tablicy). Co więcej jak stanowi przytoczony powyżej pkt 2.1.1 PFU: „*zamawiający dopuszcza, aby kamery nie były integralną częścią tablicy*”.

Biorąc pod uwagę sposób sformułowania przez zamawiającego ww. pkt PFU za bazowe (podstawowe) należy więc uznać rozwiązanie, zgodnie z którym tablica i kamera są ze sobą zintegrowane. Dopiero w następnej kolejności, dopuszczalne jest, aby kamera nie była integralną częścią tablicy.

Pkt 2.1.1. PFU zatytułowany został - „*tablice informacji pasażerskiej*”. Analizowane postanowienie PFU określa szczegółowe parametry dla ww. tablic. Warunki techniczne, które musi spełnić kamera nie zostały określone samodzielnie w pkt 2.1.1. PFU. Parametry techniczne kamery PFU specyfikuje w ramach wymogów dla tablicy, jako kolejny tiret odnoszący się do parametrów tablicy, na równi m. in. z dynamicznym współczynnikiem kontrastu tablicy, czy zakresem wilgoci pracy. Sposób redakcji wymogów dla tablicy i kamery dokonany przez Zamawiającego w PFU wskazują więc jednoznacznie, że Zamawiający traktuje kamerę jako element wyposażenia tablicy, a co za tym idzie, że bazowo stanowią one jeden sprzęt (ew. jedno urządzenie).

Przytacza fragment wyjaśnień odwołującego z dnia z dnia 13 kwietnia br.: *Słownikowa wykładnia terminu „zintegrowany” oznacza „połączenie części w jedną całość” tak więc przez proces zintegrowania kamer z tablicami, uzyskujemy jedno urządzenie techniczne, opisane swoim typem (tablica), w miejsce dwóch osobnych urządzeń o osobnych typach (tablica i kamera), które istniałyby gdyby nie przeprowadzić procesu integracji.*

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z literalną treścią siwz, a także zgodnie ze sposobem redakcji wymogów technicznych w PFU, wykonawca mógł zaoferować kamerę będącą integralną częścią tablicy, a co za tym idzie mógł zaoferować jeden zintegrowany sprzęt - tablicę ze zintegrowaną kamerą. Twierdzenie odwrotne stoi w sprzeczności z treścią PFU który został przecież przygotowany przez samego zamawiającego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazano także, że PFU określa odrębne wymagania techniczne dla kamery oraz dla tablicy, w szczególności Zamawiający zwrócił uwagę na wymagania dotyczące obudowy. Z powyższego Zamawiający wywodzi, że tablica oraz kamera powinny stanowić dwa odrębne urządzenia. Z taką argumentacją zamawiającego nie sposób się zgodzić. Po pierwsze jak już wspomniano wymagania dla kamery zostały wyspecyfikowane w ramach wymagań dla tablicy. Ponadto, oczywistym jest, że tablica i kamera pełnią inne funkcje, toteż inne parametry techniczne są istotne w odniesieniu

do kamery, inne natomiast w odniesieniu do tablicy. Powyższe w jakikolwiek sposób nie wpływa na fakt, że: (i) od strony technicznej kamera i tablica mogą zostać zintegrowane w jedno urządzenie, (ii) Zamawiający dopuścił w PFU zaoferowanie zintegrowanej tablicy i kamery.

Dla lepszego zobrazowania powyższego można podłuzyc się następującym przykładem dotyczącym sprzętu komputerowego. Obecnie karta graficzna komputera jest niejednokrotnie zintegrowana z procesorem. Co oczywiste, są to komponenty o zupełnie innych funkcjach, więc odznaczają się innymi właściwościami technicznymi. Mimo to, procesor i karta graficzna mają jednego producenta (np. Intel) oraz oznaczane są jednym modelem (procesora integrowanego z kartą).

Zamawiający argumentując, że kamera i tablica są odrębnymi urządzeniami akcentuje kwestie obudowy kamery oraz tablicy. Zamawiający określił w PFU inne wymagania techniczne w odniesieniu do obudowy tablicy, inne zaś w odniesieniu do obudowy kamery. W ślad za tym, Odwołujący wskazał różniące się od siebie parametry obudowy tablicy i obudowy kamery. Powyższe nie stanowi jednak jakiegokolwiek argumentu w kierunku twierdzenia, że tablica i kamera muszą stanowić oddzielne urządzenia. Mimo, że są one ze sobą zintegrowane, kamera może mieć własną, dodatkową obudowę, która odznacza się innymi parametrami technicznymi niż obudowa tablicy. Z uwagi na funkcję pełnioną przez kamerę, jej obudowa jest co do zasady bardziej wytrzymała niż obudowa samej tablicy.

W celu zobrazowania, że zintegrowane komponenty mogą posiadać jedną wspólną obudowę, można posłużyć się przykładem z przemysłu samochodowego. Samochód mimo, że zamknięty jest w jednej zbiorczej, spójnej obudowie (karoserii), to poszczególne jego elementy (np. wiązka elektryczna) mają własne obudowy, które charakteryzują się inną (w przypadku wiązki elektrycznej — wyższą) odpornością. Tym samym, jak wynika z powyższego, nie istnieją żadne przeciwwskazania techniczne, aby tablica i kamera zostały zintegrowane ze sobą w jeden sprzęt. Co więcej, na gruncie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wprost dopuścił zaoferowanie zintegrowanej tablicy i kamery.

W konsekwencji, wykonawca uprawniony był, aby zaoferować tablicę i kamerę (w formie zintegrowanej) tego samego producenta oraz oznaczoną jednym modelem. W tym stanie rzeczy należy zauważyć, że konsorcjum w ww. załączniku w pkt VI.1 określiło zarówno producenta jak i model tablicy led, tj. producent LEDTECHNOLOGY, model PT 303 V3P w konfiguracji zgodnej z siwz. Analogicznie konsorcjum podało w pkt VIII.4 ww. załącznika podało producenta i model kamery stałopozycyjnej — LEDTECHNOLOGY kamera zintegrowana z tablicą model PT 303 V3P.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, które stało się podstawą odrzucenia oferty (pismo

zamawiającego z dnia 20 maja br., str. 5), konsorcjum określiło producenta i model kamery. Okoliczność zgodnie z którą konsorcjum nie podało odrębnie producenta i modelu tablicy oraz kamery jest irrelevantna z punktu widzenia spełnienia wymogów siwz.

Żadne postanowienie zawarte w dokumentacji przetargowej nie obligowało wykonawców, aby oferować model / producenta kamery inny niż model / producenta tablicy.

Należy także zwrócić uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty konsorcjum, w odniesieniu do tablicy i kamery posługuje się terminem „urządzenie”. Następnie jak już zostało opisane, Zamawiający twierdzi, że wykonawcy zobligowani byli, aby w załączniku nr 1 określić odrębnie model i producenta urządzenia - kamery oraz model i producenta urządzenia - tablicy. W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę na dwie kwestie:

- po pierwsze, Zamawiający nie określa w pkt 2.1.1. PFU kamery mianem urządzenia. Jak już wyżej wspomniano, zgodnie z pkt 2.1.1. PFU posiadanie przez tablicę kamery stanowi jedynie jedną z wielu cech tablicy opisanych przez Zamawiającego. Powyższe stoi w sprzeczności z treścią uzasadnienia odrzucenia oferty konsorcjum, w którym stwierdzono, że: *„Zamawiający wskazał, że tablica powinna mieć zintegrowane (wbudowane) urządzenie dodatkowe w postaci kamery oraz dopuścił jednocześnie rozwiązanie, w którym urządzenie dodatkowe w postaci kamery nie będą stanowiły integralnej części tablicy”*. Jak wynika z powyższego w uzasadnieniu odrzucenia oferty konsorcjum, Zamawiający wbrew treści PFU, sugeruje, że zgodnie z PFU kamera ma co do zasady status odrębnego urządzenia, które powinno mieć swoje własne odrębne od tablicy oznaczenie. Tymczasem na gruncie PFU kamera to po prostu element wyposażania tablicy.

Po drugie, w załączniku nr 1 do załącznika nr 3b do siwz, Zamawiający wymagał określenia modelu i producenta „sprzętu” a nie urządzenia z osobna. Pojęcie „sprzętu” jest niewątpliwie pojęciem znaczeniowo szerszym niż pojęcie „urządzenia”. Powyższe stanowi kolejny argument za tym, że wykonawca uprawniony był, aby określić zbiorczo producenta i model sprzętu - tablicy zintegrowanej z kamerą.

Zamawiający stwierdził także, że zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/30/UE z dnia 26 lutego 2014 roku producenci są zobowiązani zapewnić opatrzenie aparatury, którą wprowadzili do obrotu nawią do typu, numerem partii lub serii lub inną informacją umożliwiającą ich identyfikację. Zamawiający przytoczył tym samym paragraf 7 ust. 4 Dyrektywny w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do kompatybilności elektromagnetycznej (wersja przekształcona). Należy jednak zauważyć, co umknęło Zamawiającemu, że zgodnie z definicją aparatury zawartą w ww. dyrektywnie, przez aparaturę należy rozumieć: *każde gotowe urządzenie lub ich kombinacje udostępnione na rynku jako pojedyncze jednostki funkcjonalne przeznaczone dla użytkownika końcowego i które mogą wytwarzać zaburzenia elektromagnetyczne, lub na których działanie takie zaburzenia mogą mieć wpływ*. Tym samym, pod podjęciem aparatury

mieszczą się zarówno pojedyncze urządzenia jak i ich kombinacje, o ile zostały udostępnione na rynku jako pojedyncze jednostki funkcjonalne przeznaczone dla użytkownika końcowego. Tablica ze zintegrowaną kamerą, która została zaoferowana przez konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu jest sprzedawana przez jej producenta podmiotom trzecim (użytkownikom) jako jedna funkcjonalna całość. W konsekwencji pojęcie aparatury, którym posługuje się ww. dyrektywa należy odnieść nie jak chce zamawiający odrębnie do tablicy i odrębnie do kamery, a do całego zintegrowanego urządzenia.

W kontekście rozumienia przez zamawiającego wymogów PFU znamienym jest stwierdzenie zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty, zgodnie z którym: „postępowanie wyjaśniające nie wykazało, że oferowana przez wykonawcę kamera jest stałą funkcjonalnością oferowanej tablicy i nie jest produktem występującym na rynku pod określoną nazwą (modelem). Z powyższego stwierdzenia wynika, że argumentacja Zamawiającego odnośnie do odrzucenia oferty konsorcjum jest wewnętrznie sprzeczna. Z jednej strony Zamawiający przedstawia jednoznaczne twierdzenie, że zgodnie z PFU tablica i kamera nie mogą stanowić jednego urządzenia oraz, że wykonawcy byli zobligowani do określenia w stosunku do nich odrębnie modelu i producenta. Z drugiej natomiast strony, Zamawiający podnosi, że postępowanie wyjaśniające nie wykazało, że oferowana przez wykonawcę kamera jest stałą funkcjonalnością oferowanej tablicy i nie jest produktem występującym na rynku pod określoną nazwą. Tym samym, należy uznać, że Zamawiający przynajmniej pośrednio dopuszcza w uzasadnieniu odrzucenia oferty konsorcjum, aby tablica i kamera stanowiły jedno urządzenie oznaczone jako jeden model produkowany przez tego samego producenta. Co istotne, tablica i kamera zaoferowane przez konsorcjum są produktem występującym w wersji zintegrowanej pod określoną nazwą. W tym wariantcie kamera jest stałą funkcjonalnością tablicy. Powyższe zostało podniesione w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 13 kwietnia br. Dalszą argumentację techniczną w tym zakresie konsorcjum przedstawi podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

W początkowej części pisma Zamawiającego z dnia 10 maja 2021 roku, Zamawiający wskazał, że podstawą prawną odrzucenia oferty konsorcjum jest także art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Zgodnie z ww. przepisem Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W dalszej części pisma Zamawiający nie wskazał na żadną okoliczność, które przemawiałyby za tym, że złożenie oferty przez konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zakłada więc, że podanie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp jako podstawy prawnej odrzucenia oferty może stanowić jedynie omyłkę Zamawiającego. Niemniej ww.

podstawa prawna znalazła się w uzasadnieniu odrzucenia oferty konsorcjum, toteż Odwołujący obejmuje ją zarzutem wskazanym w petitum odwołania. Konsorcjum podnosi przy tym, że złożenie ofert w postępowaniu nie wypełnia jakiejkolwiek przesłanki żadnego z czynów nieuczciwej konkurencji wskazanych w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Brak było więc podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy.

Sygn. akt KIO 1522/21

20 maja 2021 roku Odwołujący wniósł odwołanie od czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść w zakresie zaoferowanego przełącznika sieciowego dla lokalizacji „Straż Miejska” jest zgodna z treścią SIWZ

ewentualnie (na wypadek uznania, że treść oferty w powyższym zakresie jest niezgodna z treścią SIWZ):

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy przez:
 - a) bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji w której niezgodność treści oferty Odwołującego w zakresie opisu zaoferowanego przełącznika sieciowego dla lokalizacji „Straż Miejska” podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
 - b) zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie opisu zaoferowanego przełącznika dla lokalizacji „Straż Miejska”;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez brak przedstawienia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie uzasadniającym brak podstaw do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 4) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści oferty w części dotyczącej zaoferowanego dla lokalizacji „Straż Miejska” przełącznika sieciowego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.
- 3) poprawienia oferty Odwołującego poprzez zmianę treści kolumny trzeciej pkt VIII ppkt 11 formularza cenowego (zał. 3b) z:

„producent: Extreme Networks, model/wersja: x440-G2-24t-10GE4”
na

„producent: Extreme Networks, model/wersja: x440-G2-48t-10GE4”.

ewentualnie

- 4) wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanego przełącznika sieciowego dla lokalizacji „Straż Miejska”;
- 5) przedstawienia w treści decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego uzasadnienia braku możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Będąca przedmiotem odwołania czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, jako podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, skutkuje pozbawieniem go szans na uzyskanie zamówienia, a w konsekwencji prowadzi do powstania szkody po jego stronie. W tych okolicznościach skorzystanie przez Odwołującego z prawa złożenia niniejszego odwołania jest w pełni uzasadnione.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zarzut nr 1 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Pismem z dnia 10.05.2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej decyzji Zamawiający wskazał:

„Wykonawca zaoferował przełącznik sieciowy Extreme Networks model/wersja x440-G2-24t-10GE4”;

„Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 08.04.2021 r. udzielił wyjaśnień [.....] - i określił, że zaoferowany przez niego moduł przełącznika sieciowego posiada 24 porty RJ-45 10/100/1000 Base T”;

„Zamawiający natomiast wymagał, aby przełącznik w wybranym przez Wykonawcę wariantcie minimalnie posiadał 48 portów RJ-45”.

Uzasadniając naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w pierwszej kolejności wskazał on, że na stronie 68 zał. nr 1 do SIWZ Zamawiający określił parametry wymagane dla przełącznika sieciowego będącego elementem składowym systemu nadzoru wizyjnego

w Straży Miejskiej. Równocześnie jednak na końcu tabeli określającej wymagane dla przełącznika sieciowego parametry Zamawiający wskazał:

„Dopuszcza się zaoferowanie w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mops”.

Z powyższego wynika, że dla lokalizacji „Straż Miejska” Odwołujący mógł zaoferować przełącznik sieciowy o parametrach opisanych na stronach 68-69 zał. nr 1 do SIWZ lub alternatywnie przełącznik sieciowy o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR, dla którego parametry określone zostały na str. 25 zał. nr 1 do SIWZ z jednoczesnym zastrzeżeniem obniżenia dla tego przełącznika parametru „prędkość przekazywania pakietów” na 95 Mpps.

Słusznie Zamawiający ustalił, m.in. w oparciu o treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, że dla lokalizacji „Straż Miejska” skorzystał on z możliwości zaoferowania alternatywnego/analogicznego przełącznika jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR. W opinii Odwołującego parametry zaoferowanego przez niego dla lokalizacji „Straż Miejska” przełącznika sieciowego są analogiczne dla przełącznika opisanego dla lokalizacji „Serwerownia MZK-CZR”.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie określił, nie sprecyzował użytego w treści SIWZ określenia „parametry analogiczne”. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego słowo „analogiczny” oznacza „bardzo podobny do czegoś, mający zbieżne cechy z czymś (np. analogiczne poglądy, analogiczne zachowania); zbieżny, tożsamy, podobny, odpowiedni”. Jak zatem widać „analogiczny” to m.in. podobny, zbieżny, odpowiedni, a nie wyłącznie tożsamy. Uwzględniając powyższe, wykładnia sformułowania „parametry analogiczne” winna być zatem dokonywana z uwzględnieniem wymagań funkcjonalnych określonych dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może obecnie dokonywać wykładni zawężającej sformułowania „parametry analogiczne”. Z punktu widzenia naczelnych zasad zamówień publicznych tj. zasady przejrzystości, jawności oraz zasady uczciwej konkurencji Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, szczególnie, że określone dla lokalizacji „Straż Miejska” parametry przełącznika sieciowego charakteryzowały jeden konkretny produkt. W tej sytuacji użyty przez Zamawiającego zwrot „o parametrach analogicznych” w praktyce winien być rozumiany jako dopuszczenie zaoferowania równoważnego rozwiązania.

Odwołujący podkreśla, że stosownie do treści SIWZ, dla lokalizacji „Straż Miejska”, wystarczające z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego było zaoferowanie przełącznika posiadającego 24 porty RJ-45 (wymóg dot. portów RJ-45 ze str. 68 PFU). Skoro zatem dla

lokalizacji „Straż Miejska” wystarczające było posiadanie przez przełącznik 24 portów RJ-45, to jak można twierdzić, że zaoferowanie dla tej lokalizacji przełącznika posiadającego dokładnie taką ilość portów nie spełnia wymagań SIWZ? Zaoferowany przez Odwołującego model przełącznika jest zatem równoważny/analogiczny przełącznikowi opisanemu przez Zamawiającego, dla którego zgodnie z treścią SIWZ wystarczające było posiadanie 24 portów RJ-45.

O spełnieniu wymogu „analogiczności parametrów w zakresie wymaganej ilości portów” świadczy również okoliczność w której Zamawiający obniżył w stosunku do alternatywnego przełącznika wymóg w zakresie prędkości pakietów z min. 100 Mpps do min. 95 Mpps. Obniżenie tego parametru, w powiązaniu z użytym w treści SIWZ sformułowaniem „o parametrach analogicznych”, zostało odczytane przez Odwołującego jako potwierdzenie możliwości zaoferowania dla lokalizacji „Straż Miejska” alternatywnego przełącznika posiadającego 24 porty RJ-45. Przełącznik 24 portowy firmy Extreme Networks posiada obniżoną do 95 Mpps (95,2 Mpps) prędkość pakietów, co jednoznacznie wskazywało na dopuszczenie tego przełącznika. Innego celu w obniżeniu parametru prędkość Odwołujący nie dostrzegał, stąd też w taki sposób odczytana została przez niego treść SIWZ.

Zarzut nr 2 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Na wypadek uznania przez Izbę, że zaoferowanie przez Odwołującego w zakresie lokalizacji „Straż Miejska” przełącznika sieciowego z 24 portami RJ-45 oznacza niezgodność z treścią SIWZ, Odwołujący formułuje zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia tej niezgodności.

Uzasadniając zaistnienie opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przesłanek poprawienia oferty Odwołujący wskazuje co następuje:

- „Omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”

Przedmiotowa niezgodność ma charakter omyłki będącej wynikiem błędnego zrozumienia przez Odwołującego treści SIWZ w zakresie wymagań dotyczących parametrów przełącznika sieciowego wymaganego dla lokalizacji „Straż Miejska”. Stosownie do orzecznictwa Izby (m.in. wyrok KIO z 5 sierpnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 959/09; wyrok KIO z 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 674/15; wyrok KIO sygn. akt: KIO 674/15; wyrok KIO z 22 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1472/15) o omyłce w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp można mówić również wtedy, gdy wykonawca świadomie sporządził ofertę o określonej treści, która jednak okazała się niezgodna z treścią SIWZ w wyniku błędnej interpretacji wymagań zamawiającego przez wykonawcę. Istotne jest ponadto powołanie się na stanowisko doktryny znajdujące swój wyraz w orzeczeniu Izby z dnia 13.06.2017 r. sygn.

akt KIO 1088/17, gdzie wskazano: „Izba podziela również stanowisko (wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 959/09), że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy.”

W treści oferty (pkt D formularza ofertowego) Odwołujący złożył oświadczenia o następującej treści: „Oświadczam, że powyższa cena zawierają wszystkie koszty, jakie ponosi Zamawiający w przypadku wyboru niniejszej oferty na zasadach wynikających z umowy.”

„Oświadczam, że zapoznałem się z wymaganiami Zamawiającego, dotyczącymi przedmiotu zamówienia zamieszczonymi w SIWZ wraz z załącznikami i nie wnoszę do nich żadnych zastrzeżeń.” „Oświadczam, że zrealizuję zamówienie zgodnie z SIWZ i Projektem umowy.”

Uwzględniając ryczałtowy charakter wynagrodzenia, o czym mowa poniżej, Zamawiający dysponuje zatem skutecznym instrumentem domagania się od Odwołującego wykonania zamówienia zgodnego z treścią SIWZ. Równocześnie, skoro Odwołujący złożył ofertę, zaakceptował warunki przetargu, w tym ryzyka wynikające z zaoferowania wynagrodzenia ryczałtowego, to trudno kwalifikować przedmiotową niezgodność jako niemającą charakteru omyłki. Odwołujący dodaje, że o kwalifikacji przedmiotowej niezgodności jako omyłki świadczy również okoliczność w której niewątpliwie przyczyna jej zaistnienia ma swój związek z brakiem jednoznaczności SIWZ w zakresie użytego określenia „o parametrach analogicznych” (szerzej o tym w argumentacji dotyczącej braku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ). Ta okoliczność dodatkowo uzasadnia konieczność poprawienia tej niezgodności jako omyłki. Powstała omyłka była właśnie skutkiem tej niejednoznaczności.

- „Poprawienie omyłki nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty”.

Odwołujący zwraca uwagę, że przedmiotowa niezgodność dotyczy składnika oferty, którego wartość (przedmiotem zamówienia jest dostawa 1 sztuki przełącznika) określona została w ofercie Odwołującego na kwotę 10.000,00 zł netto. W stosunku do całej wartości oferty Odwołującego tj. 5.604.000,00 zł netto stanowi ona jedynie 0,17%. Brak istotności oferty w zakresie elementu którego dotyczy przedmiotowa niezgodność znajduje ponadto potwierdzenie w treści oferty wykonawcy Eco5tech S.A. który wycenił przedmiotowy przełącznik (producent Extreme Networks, model: x440-G2-48t-10GE4”) na kwotę 9.500,00 zł netto, a zatem kwotę niższą od zaoferowanej przez Odwołującego za ten element przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosi ponadto, że zgodnie z treścią SIWZ (pkt 16.1) wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Stosownie do treści pkt 16.1 SIWZ oraz §4 projektu umowy podstawą do rozliczeń są kwoty ryczałtowe podane w formularzu cenowym za etapy wyszczególnione w pozycjach od I do X tego formularza. Oznacza

to zatem, że podana w formularzu cenowym w poz. VIII cena za „Monitoring - Straż Miejska” nie podlega zmianie i należy się wykonawcy bez względu na sposób jej obliczenia. Równocześnie ewentualne błędny popełnione przy obliczeniu tej ceny stanowią ryzyko wykonawcy. W konsekwencji należy stwierdzić, że poprawienie przedmiotowej niezgodności nie skutkuje zmianą wynagrodzenia, co dodatkowo potwierdza brak spełnienia przesłanki „istotności”.

Brak istotności tej niezgodności wynika również z okoliczności w której nie sposób zakładać, aby w przypadku prawidłowego odczytania treści SIWZ w zakresie przełącznika dla lokalizacji „Straż Miejska” Odwołujący złożył ofertę o istotnie różnej treści. Wymaga powtórzenia, że rynkowa wartość modelu x440-G2-48t-10GE4 marginalnie różni się od modelu x440-G2-24t-10GE4 tego samego producenta.

Kierując się poprzez analogię, wskazanymi w art. 144 ust.1e ustawy Pzp okolicznościami uzasadniającymi kwalifikację danej zmiany jako istotnej, Odwołujący stwierdził, że żadna z nich nie zachodzi w stosunku do wskazywanej zmiany.

Dodać należy, że cena oferty kolejnego wykonawcy tj. Eco5tech S.A. jest wyższa od oferty Odwołującego aż o 419 924,46 zł brutto, co dodatkowo wskazuje, że odrzucenie oferty Odwołującego, przy ewentualnym wyborze oferty ww. wykonawcy jest działaniem nie tylko sprzecznym z przepisami ustawy Pzp, ale również z przepisami ustawy o finansach publicznych, szczególnie, że zamówienie jest współfinansowane ze środków funduszy europejskich.

Zarzut nr 3 - naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

Stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego winna była zawierać uzasadnienie faktyczne tej decyzji. Skoro stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z treścią SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to obowiązkiem Zamawiającego było przedstawienie w treści decyzji przekazanej Odwołującemu uzasadnienia dla braku możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 10.05.2021 r. w ogóle nie odniósł się on do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w tym nie rozważył możliwości poprawienia stwierdzonej w ofercie Odwołującego niezgodności.

Uwzględniając powyższe, w razie uznania przez Izbę, że zarzut nr 2 jest przedwczesny, z uwagi na brak rozważenia przez Zamawiającego poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający w ogóle nie rozważał poprawienia niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), Odwołujący podnosi niniejszy zarzut, który w jego opinii jest w pełni uzasadniony.

Zarzut nr 4 - naruszenie art. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

W doktrynie przyjmuje się, że wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest obligatoryjne w sytuacji, w której Zamawiający nie ma pewności co do zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak zostało to wskazane powyżej, w okolicznościach takich jak: ryczałtowy charakter wynagrodzenia; charakter zamówienia realizowanego w formule „zaprojektuj i zbuduj”; treść oferty Odwołującego w zakresie lit. D formularza ofertowego; marginalna wartość elementu, którego dotyczy stwierdzona niezgodność; brak jednoznaczności SIWZ w zakresie sformułowania „o parametrach analogicznych”. Zamawiający nie mógł bez wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty odrzucić jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skoro jej odrzucenie warunkowane jest uprzednim ustaleniem braku możliwości jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do udzielania wskazanych wyżej wyjaśnień. Wymaga podkreślenia, że treść skierowanego do Odwołującego wezwania z dnia 8 kwietnia 2021 r. nie była związana z ustaleniem, że zaoferowany przez Odwołującego model przełącznika sieciowego nie posiada wymaganej ilości 48 portów RJ-45.

Gdyby Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do udzielenia wyjaśnień, gdzie Zamawiający poinformowałby Odwołującego o ustaleniu, że wskazany przez niego w ofercie model przełącznika sieciowego nie spełnia wymagań, to z pewnością Zamawiający uzyskałby wyraźne potwierdzenie, że w razie podtrzymania decyzji o niezgodności, Odwołujący dostarczy model posiadający 48 portów RJ-45 tego samego producenta w cenie ryczałtowej. Po uzyskaniu takich wyjaśnień Zamawiający uzyskałby jednoznaczne potwierdzenie, że poprawienie oferty jest nie tylko możliwe, ale również konieczne, a sama oferta m.in. w kontekście wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega odrzuceniu.

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

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o

udzielnie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa z 2019 r.”).

Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielnie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem żadne z odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 maja 2021 roku, a kopie zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do każdego z odwołań zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Sygn. akt KIO 1519/21

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 28 czerwca 2021 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie (dalej: Sprint) złożone za pismem z dnia 29 czerwca 2021 roku „Pisemne stanowisko Przystępującego Sprint”. Izba dopuściła zawnioskowany i załączony do ww. pisma dowód – Oświadczenie R&G Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu z dnia 25 czerwca 2021 roku

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego Eco5tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Eco5tech) złożone za pismem z dnia 28 czerwca 2021 roku „Pismo procesowe KIO 1519/21”. Izba dopuściła zawnioskowany i załączony do ww. pisma dowód – Oświadczenie Versim spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu z dnia 16 czerwca 2021 roku

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego:

- dowód nr 1 – Specyfikacja techniczna tablicy LED PT303 P5 V3P (1 karta),
- dowód nr 2 – oświadczenie LEDTECHNOLOGY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Białogardzie z dnia 28 czerwca 2021 roku (4 karty).

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 10 maja 2021 roku odrzucił ofertę Odwołującego w uzasadnieniu stanowiska wskazując:

(...) działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, późn. zm.) informuje o odrzuceniu Państwa oferty na odstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, ze względu na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadnienie:

Zgodnie z wymogami SIWZ Wykonawca wraz z ofertą złożył Formularz cenowy wraz z załącznikiem, w którym wskazał parametry zaoferowanego przedmiotu zamówienia w

rozbiciu na poszczególne urządzenia/sprzęty. Zamawiający wymagał, aby urządzenia te były opisane wraz ze wskazaniem ich producenta, modelu i wersji sprzętu.

W trakcie prowadzonej analizy, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie wskazanym poniżej :

1. Załącznik 3b Formularz cenowy: pozycja VIII.II (przełącznik sieciowy CCTV producent: Extreme Networks, model/wersja: x440-G2-24t-10GE4).

Zamawiający poprosił o udzielenie odpowiedzi w stosunku do każdego z poniżej określonych parametrów, czy oferowany w ofercie przełącznik sieciowy Extreme Networks, model/wersja: x440-G2-24t-10GE4 spełnia wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry określone na stronach 68-69 SIWZ - przełącznik zarządzalny, L3, 24x 10/1000 RJ-45 + 4 sloty SFP+ 1G/10G, O/Open-Ring <30ms o parametrach minimalnych ujętych w poniższej tabeli. W szczególności Zamawiający prosił o odniesienie się do pozycji oznaczonych w piśmie kolorem czerwonym ze względu na to, że na podstawie udostępnionych przez producenta urządzenia informacji (dostępnych w sieci Internet pod adresem: <https://www.extremenetworks.com/>) zachodzi wątpliwość, czy zaproponowany produkt spełnia wymagania SIWZ).

(tabela w tym miejscu)

lub alternatywnie - czy oferowany przełącznik sieciowy Extreme Networks, model/wersja: x440-G2-24t-10GE4 spełnia wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry określone na stronie 25 SIWZ zgodnie z dopuszczeniem do zaoferowania w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps, tj. przełącznik agregujący ruch LAN w MZKCZR — strona 25 SIWZ o parametrach minimalnych:

(tabela w tym miejscu)

2. Załącznik 3b Formularz cenowy: pozycja VIII.4. Kamera stałopozycyjna — tablica.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 13 SIWZ, pkt 13.3 ppkt 1) w załączniku nr 3b należało podać producentów oraz modele i wersje oferowanego sprzętu w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Brak podania producenta lub modelu lub wersji będzie podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - z zastrzeżeniem, że możliwe będzie wyjaśnienie oferty o ile nie doprowadzi do zmiany jej treści lub negocjacji z wykonawcą (art. 87 ust. 1 ustawy PZP).

W ofercie Wykonawcy nie wskazano producenta i modelu kamery jaka zostanie zintegrowana z oferowaną tablicą LED. Analiza danych ze strony internetowej producenta oferowanych przez wykonawcę tablic <https://www.ledtechnology.pl/>, nie wskazuje, aby kamera była częścią tablicy LED (oznaczonej co do producenta i modelu). Powyższe oznacza, że kamera ta może być odrębnym od tablicy urządzeniem, które powinno zgodnie

z treścią SIWZ być oznaczone w ofercie co do jej producenta i modelu. W związku z powyższym zamawiający poprosił wykonawcę o wyjaśnienie braku wskazania w formularzu ofertowym producenta i modelu kamery, jaka jest lub zostanie zintegrowana z tablicą LED model PT303 P5 V3P.

W odpowiedzi Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których:

Ad. 1 Oświadczył, że oferowany przełącznik sieciowy spełnia wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry określone w PFU.

Ad. 2 Oświadczył, że oferowany przez niego przełącznik sieciowy Extreme Networks model/wersja: x440-G2-24t-10GE4 spełnia wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry określone na stronie 25 PFU, zgodnie z dopuszczeniem do zaoferowania w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZKCZR. Zważywszy na zapisy PFU str. 68 oraz fakt, że Zamawiający zażądał przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych, a nie identycznych, Wykonawca stoi na stanowisku, że Zamawiający wymagał przełącznika wielkości 24 portów, o parametrach analogicznych jak dla przełącznika o budowie 48 portów. Interpretacja odmienna prowadziłaby do sprzeczności stanowiska Zamawiającego, gdyż w istocie Zamawiający nie wymagałby parametrów analogicznych tj. podobnych pod pewnymi względami, lecz identycznych tożsamyh. W tym miejscu Wykonawca wskazuje także, że obniżenie prędkości przekazywania pakietów do poziomu 95 Mpps wynika bezpośrednio z parametrów technicznych przełączników 24portowych, co wskazuje na zgodność stanowiska Wykonawcy z intencją Zamawiającego .

Zamawiający uznaje treść oferty Wykonawcy za niezgodną z treścią SIWZ z następujących względów:

- 1. W ocenie Zamawiającego - oferowany przełącznik sieciowy nie posiada wymaganych przez Zamawiającego minimalnych parametrów, które zostały określone w PFU, w szczególności dlatego, że:*
 - a) Zamawiający określił możliwość realizacji dostawy przełącznika sieciowego w wariantcie spełniającym minimalne wymagania opisane na stronie 68-69 PFU lub w wariantcie ultymatywnym, spełniającym minimalne wymagania przedstawione na stronie 25 PFU.*
 - b) Zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 13.04 2021 roku - Wykonawca potwierdził, że na potrzeby udzielanych wyjaśnień, jak również w ofercie przyjął wersję alternatywną wymagań przełącznika sieciowego zgodnie z zapisem ze str. 70 PFU: „Dopuszcza się zaoferowanie w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym*

obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps.”
Co jednoznacznie wskazuje, że Wykonawca sporządzając ofertę oraz wybierając przełącznik sieciowy, kierował się wymaganymi przez Zamawiającego minimalnymi parametrami określonymi dla przełącznika sieciowego stosowanego w serwerowni MZK-CZR (str. 25 PFU).

- c) Wykonawca zaoferował przełącznik sieciowy Extreme Networks model/wersja: x440-G2-24t-10GE4. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 08.04.2021 roku udzielił wyjaśnień w których odniósł się z osobna - na zasadzie udzielenia przy opisie każdego z parametrów odpowiedzi TAK/NIE lub wskazania jego wartości — i określił, że zaoferowany przez niego model przełącznika sieciowego posiada 24 porty RJ-45 10/100/1000 Base T.
- d) Zamawiający natomiast wymagał, aby przełącznik w wybranym przez Wykonawcę wariantcie minimalnie posiadał 48 portów RJ-45.

- 2. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wskazał w ofercie modelu i producenta oferowanej kamery.

Zamawiający określając minimalnie wymagane parametry w części dotyczącej tablic dopuszczał wbudowanie kamery w obudowę tablicy, co w sposób szczegółowy doprecyzowały zapisy PFU:

- a) Wbudowane kamery stałopozycyjne szczegółowe dane zostały opisane w zadaniu 15, tablica powinna mieć zabudowane urządzenia dodatkowe: accespoint, ups 700VA (do awaryjnego zasilenia kamer i accespointa), switch, przełącznica światłowodowa na minimum 8 włókien, do których umożliwiony będzie łatwy dostęp serwisowy. Zamawiający dopuszcza aby kamery, accespoint, ups, przełącznica światłowodowa nie były integralną częścią tablicy.
- b) Wymaga się montażu 2 sztuk kamer stałopozycyjnych w konstrukcji każdej z tablic przystankowych tablic Systemu Informacji Pasażerskiej (23 lokalizacje, w których będzie budowana infrastruktura ITS). Kamery powinny być umieszczone w ten sposób, aby objąć stosunkowo szeroki teren.

Przy czym Zamawiający wskazał, że tablica powinna mieć zintegrowane (wbudowane) urządzenia dodatkowe w postaci kamery oraz dopuścić jednocześnie rozwiązanie, w którym urządzenia dodatkowe w postaci kamery nie będą stanowiły integralnej części tablicy. Zamawiający opisując szczegółowe wymagania w stosunku do kamer jako urządzeń dodatkowych zaznaczył, że mają one zostać zamontowane w konstrukcji każdej z tablic. Zamawiający określił odrębnie dla tablic informacji pasażerskiej jak i dla kamer zestaw minimalnych wymaganych parametrów. Fakt montażu w konstrukcji tablicy urządzenia dodatkowego w postaci kamery nie zwalniało Wykonawcy z podania danych dotyczących producenta oraz modelu i wersji oferowanej kamery. Podkreślić należy, że Wykonawca

potwierdził minimalne wymagania Zamawiającego w stosunku do tablic oraz kamer. Zatem potwierdził także wymagania dla obudowy tablicy i obudowy kamery. Wymaganie te są odmienne w stosunku do siebie co bezsprzecznie definiuje tablicę oraz kamerę jako osobne urządzenia. Postępowanie wyjaśniające treść oferty nie wykazało, że oferowana przez wykonawcę kamera jest stałą funkcjonalnością oferowanej tablicy i nie jest produktem występującym na rynku pod określoną nazwą (modelem). Zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego I Rady 2014/30/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do kompatybilności elektromagnetycznej producenci są zobowiązani zapewnić opatrzenie aparatury, którą wprowadzili do obrotu, nazwą typu, numerem partii lub serii lub inną informacją umożliwiającą ich identyfikację.

Zamawiający wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień pismami z dnia 9 marca 2021 (odpowieź Odwołującego 15 marca 2021) oraz pismem z dnia 8 kwietnia 2021 roku (odpowieź Odwołującego 13 kwietnia 2021 roku).

W piśmie z dnia 13 kwietnia 2021 roku Odwołujący wyjaśniał:

(...)

Załącznik 3b. Formularz cenowy: pozycja VIII.11 (przełącznik sieciowy CCTV producent: Extreme Networks, model/wersja: x440-G2-24t-10GE4).

Zgodnie z zapisami w PFU na str. 68 dla systemu nadzoru wizyjnego w lokalizacji Straży Miejskiej należało dostarczyć przełącznik sieciowy o wielkości 24 portów RJ45 + 4 sloty SFP+. Bezsprzeczne jest to, że przełącznik miał posiadać budowę 24 porty RJ45 + 4 sloty SFP+, co wyraźnie opisane jest w PFU w sekcji dotyczącej systemu monitoringu Straży Miejskiej.

Wykonawca na potrzeby udzielanych wyjaśnień, jak również w ofercie przyjął wersję alternatywną wymagań dla tego przełącznika sieciowego zgodnie z zapisem ze str. 70 PFU: „Dopuszcza się zaoferowanie w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps.”

Wykonawca oświadcza, że oferowany przez niego przełącznik sieciowy Extreme Networks model/wersja: x440-G2-24t-10GE4 spełnia wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry określone na stronie 25 PFU, zgodnie z dopuszczeniem do zaoferowania w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR. Zważywszy na zapisy PFU str. 68 oraz fakt, że Zamawiający zażądał przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych, a nie identycznych, Wykonawca stoi na stanowisku, że Zamawiający wymagał przełącznika wielkości 24 portów, o parametrach analogicznych jak dla przełącznika o budowie 48 portów. Interpretacja odmienna

prowadziłaby do sprzeczności stanowiska Zamawiającego, gdyż w istocie Zamawiający nie wymagałby parametrów analogicznych tj. podobnych pod pewnymi względami, lecz identycznych – tożsamy. W tym miejscu Wykonawca wskazuje także, że obniżenie prędkości przekazywania pakietów do poziomu 95 Mpps wynika bezpośrednio z parametrów technicznych przełączników 24 portowych, co wskazuje na zgodność stanowiska Wykonawcy z intencją Zamawiającego.

Poniżej Wykonawca przedstawia tabelę z karty katalogowej producenta przełączników sieciowych. Z tabeli wynika ewidentnie, że przełącznik sieciowy o prędkości przekazywania pakietów na poziomie 95 Mpps (wymaganej przez Zamawiającego) jest przełącznikiem 24 portowym a nie 48 portowym.

(w tym miejscu tabela)

(...) W tym miejscu Wykonawca podaje za Słownikiem Języka Polskiego, że sformułowanie „analogia” oznacza podobieństwo pod pewnymi względami, sytuację, zjawisko, rzeczy podobne do innych.

Zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego Wykonawca poniżej odnosi się do każdego z parametrów z osobna na zasadzie udzielenia przy opisie każdego z parametrów odpowiedzi TAK/NIE lub wskazanie jego wartości:

(w tym miejscu tabela)

Konieczne jest w tym miejscu podkreślenie, że brak precyzji treści ogłoszenia o zamówieniu, a także generalnie dokumentacji postępowania (PFU) w zakresie znaczenia analogiczności parametrów uniemożliwia wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec Wykonawcy. W tym zakresie, przywołać można na zasadzie analogii, stanowisko wynikające z orzecznictwa Izby (m.in. KIO 1882/17), ale także sądów powszechnych (wyrok SO w Gdańsku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt: I C 2/15, wyrok SO w Toruniu z 10 marca 2015 r., sygn. akt: VIII CA 76/16, wyrok SO w Nowym Sączu z 18 marca 2015 r., sygn. akt: III 4 Ca 70/15, wyrok SO w Warszawie z 6 października 2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1341/15, czy też wyrok SO w Bydgoszczy z 10 maja 2017 r., sygn. akt: VIII Ga 43/17a), że nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Jako dodatkowy argument w sprawie wskazujemy, że 2 z 3 oferentów w niniejszym postępowaniu przyjęło dla przełącznika Straży Miejskiej wielkość 24 portów RJ45.

2. Załącznik 3b. Formularz cenowy: pozycja VIII.4. Kamera stałopozycyjna – tablica.

Zgodnie z postanowieniami PFU pkt 2.1.1 Tablice informacji pasażerskiej - Zamawiający dopuścił rozwiązanie, w którym kamery mogą stanowić integralną część tablic informacji

pasażerskiej. Wykonawca przyjął takie właśnie dopuszczalne rozwiązanie i zaproponował tablice posiadające zintegrowane kamery.

Słownikowa wykładnia terminu „zintegrowany” oznacza „połączenie części w jedną całość”, tak więc przez proces zintegrowanie kamer z tablicami, uzyskujemy jedno urządzenie techniczne, opisane swoim typem (tablica), w miejsce dwóch osobnych urządzenia o osobnych typach (tablica i kamera), które istniałyby gdyby nie przeprowadzić procesu integracji.

W konsekwencji, wykonawca w tabeli załącznika nr 3 b do oferty podał typ i producenta tablicy z zintegrowanymi kamerami, a nie tablicy i kamer osobno. Działanie wykonawcy jest zgodne z wymaganiami i możliwymi rozwiązaniami dopuszczonymi w PFU. Wskazujemy także, że na wezwanie Zamawiającego przedstawiliśmy informacje o szczegółowych parametrach kamer zintegrowanych w tablicach, potwierdzając, że są zgodne z wymaganiami technicznymi PFU.

Odnosząc się do tezy Zamawiającego, że wątpliwości powziął po analizie danych ze strony internetowej producenta, Wykonawca prosi o ewentualne wyjaśnienie na podstawie jakich konkretnie danych ze strony internetowej Zamawiającego wyciąga wnioski o nieprawdziwości oświadczenia wykonawcy, że oferowana tablica jest zintegrowana w jedną całość z kamerami. Brak sprecyzowania zarzutów, uniemożliwia wykonawcy przedstawienie na tym etapie szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie.

Licząc, że przedstawione wyjaśnienia okażą się wystarczające, Wykonawca pozostaje do dyspozycji Zamawiającego na wypadek dalszych pytań lub wątpliwości.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej „pzp”) przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w tym z załącznikiem nr 1 do SIWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy w zakresie:

- a) załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do SIWZ, pkt VIII.11 - przełącznik sieciowy CCTV - serwerowy podczas, gdy oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ i nie powinna zostać odrzucona – Izba uznała zarzut za zasadny.
- b) załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do SIWZ, pkt VIII.4 — kamera stałopozycyjna — tablica podczas, gdy oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ i nie powinna zostać odrzucona –Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez Odwołującego Zamawiający stwierdził niezgodności z SIWZ, odnośnie których Zamawiający w SIWZ określił wymagania, co w ocenie Izby stanowi działanie nieprawidłowe.

Zdaniem Izby wymaga w tym miejscu przypomnienia, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji jak również złożenia oferty Zamawiający określa w SIWZ. Niezmiennie obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SIWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania. Zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ukształtowanych przez siebie wymagań i dokonywania jakichkolwiek zmian na etapie badania i oceny ofert. Takie odstępianie od określonych w SIWZ zasad nie może być uznane za działanie prawidłowe, a sam fakt jego dokonania powoduje naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w ustawie, w tym równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1 ustawy).

W odniesieniu do wskazanego przez Odwołującego naruszenia w zarzucie wskazanych przepisów prawa w zakresie oceny dokonanej co do załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do SIWZ, pkt VIII.11 - przełącznik sieciowy CCTV – serwerowy – Izba stwierdziła, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny złożonej oferty.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dziale VIII pkt.11 załącznika nr 1 do załącznika 3b do SIWZ stanowiącego formularz cenowy, w zakresie oznaczenia producenta oraz modelu i wersji

oferowanego przełącznika sieciowego CCTV serwerowy wskazał: *Extreme Networks, model/wersja x440-G2-24y-10GE4*.

Zgodnie z SIWZ Zamawiający ustalił, że oferowany przełącznik może spełniać wymagania określone na stronach 68-69 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (dalej: PFU) – tzn.:

Przełącznik sieciowy

Przełącznik zarządzalny, L3, 24x 10/1000 RJ-45 + 4 sloty SFP+ 1G/10G, O/Open-Ring <30ms

Zgodnie z postanowieniami PFU na stronie 70 wykonawca mógł zaoferować przełącznik sieciowy o parametrach analogicznych jak określone na stronie 25 PFU przewidziane w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem przez Zamawiającego prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps (*Dopuszcza się zaoferowanie w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps.*).

Na podstawie tak ukształtowanych wymagań Zamawiającego Izba stwierdziła, że wykonawca miał możliwość zaoferowania przełącznika sieciowego z 24 portami, którego parametry techniczne byłyby zgodne z wymaganiami określonymi na stronach 68-69 PFU. Jednakże gdyby nie chciał, czy nie mógł zaoferować powyżej wskazanego przełącznika sieciowego z 24 portami Zamawiający ukształtował inną możliwość, która została wskazana na stronie 70 PFU, ale odnosiła się do zaoferowania przełącznika sieciowego *o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps*.

Po pierwsze Izba zaznacza, że każda z powyżej wskazanych dwóch możliwości oferowania przełącznika sieciowego jest od siebie niezależna i niepowiązana ze sobą w żaden sposób. Każdy z dwóch opisów w PFU jest odrębny i nie ma żadnej wynikającej z PFU możliwości regulowania tego opisu przez ich przenikanie się wzajemne. Wykonawca miał zaoferować przełącznik zgodny z opisem na stronach 68-69, albo jeżeli wybrał rozwiązanie dopuszczone na stronie 70 PFU, powinien był zaoferować przełącznik sieciowy o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps.

Po drugie, zgodnie z twierdzeniem zawartym na stronie 70 PFU - *Dopuszcza się zaoferowanie w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps.*) – Zamawiający użył określenia „o parametrach analogicznych”. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagania, które określa

Zamawiający, wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny ofert i stanowi gwarancję jednakowego i równego traktowania wykonawców. Nie jest więc na tym etapie dopuszczalna intencjonalna interpretacja postanowień PFU w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena zaoferowanych rozwiązań. Należy odrzucić w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego interpretacje postanowień SIWZ – PFU, które wynikają z potrzeb czy intencji jakie przyświecały gdy dokumentacja była tworzona, znaczenie postanowień PFU ocenione musi być w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tego co zostało zapisane.

Tym samym użyte przez Zamawiającego sformułowanie „analogicznych” należy pojmować zgodnie z jego literalnym brzemieniem, stosując wykładnię językową. W słowniku Języka Polskiego wskazano definicję słowa „analogiczny” - *bardzo podobny do czegoś, mający zbieżne cechy z czymś (np. analogiczne poglądy, analogiczne zachowania); zbieżny, tożsamy, podobny, odpowiedni*. Słownik Języka Polskiego PWN definiuje - *analogia 1. «podobieństwo pod pewnym względem», 2. «sytuacja, zjawisko, rzecz podobne do innych»*. Powyższe pozwala stwierdzić, że „analogiczny” nie oznacza identycznego lecz raczej „analogiczny” to podobny, niż ten sam. Co oczywiście nie wyklucza, że również może to być ten sam. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że takie określenie na stronie 70 PFU dopuszcza jedynie zmiany w zakresie parametrów jedynie w zakresie prędkości przekazywania pakietów, która określił na min. 95 Mpps. W ocenie Izby określenie innej wartości parametru prędkości przekazywanych pakietów stanowiło jedyne doszczegółowienie w zakresie oferowania przełącznika o analogicznych parametrach. Określenie prędkości przekazywanych pakietów na poziomie 95 Mpps nie definiuje pozostałych parametrów przełącznika sieciowego tak jak chciał Zamawiający, tzn. że są one identyczne z tymi na stronie 25 PFU. W zasadzie przy takim opisie w PFU (parametry analogiczne) i zawarciu jedynie w PFU na stronie 70 jednego wskazania precyzyjnego parametru prędkości przekazywanych pakietów, każdy z oferowanych parametrów mógł być podobny do tych ze strony 25 PFU, przy czym zawsze w oferowanej konfiguracji musiały spełniać jeden wymóg prędkości przekazywanych pakietów na poziomie 95 Mpps.

W ocenie Izby Odwołujący nie zaoferował kompilacji z wymagań ze strony 68-69 PFU oraz ze strony 70 PFU (z odesłaniem do parametrów wskazanych na stronie 25 PFU), a jedynie uwzględnił językową wykładnię postanowień PFU. Inny wykonawca zastosował wprost postanowienia ze strony 70 PFU i zaoferował przełącznik zgodny z parametrami ze strony 25 PFU, co również jest zgodne z wymaganiem Zamawiającego, bowiem dopuszczając

przełącznik o analogicznych parametrach jak na stronie 25 PFU, Zamawiający nie tylko dopuścił przełącznik sieciowy podobny, zbieżny, odpowiedni ale również tożsamy – co wynika z definicji pojęcia „analogiczny”. Izba wskazuje, że założenia Zamawiającego o oferowaniu przełącznika z 48 portami nie znajdują odzwierciedlenia w dokonanym opisie.

Odwołujący zaofertował przełącznik z 24 portami o prędkości przekazywanych pakietów zgodnie z wymaganą przez Zamawiającego, co w ocenie Izby spełnia wymagania Zamawiającego uwzględniając sposób dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym w powyższym zakresie Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucając ofertę Odwołującego.

W odniesieniu do wskazanego przez Odwołującego naruszenia w zarzucie wskazanych przepisów prawa w zakresie oceny dokonanej co do załącznika nr 1 do załącznika nr 3b do SIWZ, pkt VIII.4 — kamera stałopozycyjna — tablica podczas – Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny złożonej oferty.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dziale VIII pkt. 4 załącznika nr 1 do załącznika 3b do SIWZ stanowiącego formularz cenowy, w zakresie oznaczenia producenta oraz modelu i wersji oferowanej kamery stałopozycyjnej wskazał: *producent LEDTECHNIOLGY kamera zintegrowana tablicy model PT303 P5 V3P w konfiguracji zgodnej z SIWZ*

Zamawiający na stronie 11 PFU określił:

- wbudowane kamery stałopozycyjne – szczegółowe dane zostały opisane w zadaniu 15, tablica powinna mieć zabudowane urządzenia dodatkowe: accespoint, ups 700VA (do awaryjnego zasilenia kamer i accespointa), switch, przełącznica światłowodowa na minimum 8 włókien, do których umożliwiony będzie łatwy dostęp serwisowy. Zamawiający dopuszcza aby kamery, accespoint, ups, przełącznica światłowodowa nie były integralną częścią tablicy.

Zamawiający od strony 71 PFU dokonuje opisu kamer stałopozycyjnych.

W SIWZ w punkcie 13.3 Zamawiający podał, że w załączniku 3b należy podać producentów oraz modele i wersje oferowanego sprzętu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Brak podania producenta lub modelu lub wersji będzie podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – z zastrzeżeniem, że możliwe będzie

wyjaśnienie oferty o ile nie doprowadzi do zmiany jej treści lub negocjacji z wykonawcą (art. 87 ust.1 ustawy Pzp).

Zamawiający zgodnie z Załącznikiem 3b do SIWZ w punkcie VIII wiersz 4 kamera stałopozycyjna – tablica, w kolumnie *Zestawienie producentów oraz modele i wersje oferowanego sprzętu* wymagał podania: *producent....., model/wersja.....*
Takich samych informacji wymagał w punkcie VII wiersz 1 – *tablica led*

Izba stwierdziła, że z postanowień PFU wynika, po pierwsze, że kamery mają być wbudowane w tablice i jednocześnie mogą stanowić jej integralną część bądź nie być integralną częścią tablicy. Jednocześnie w SIWZ Zamawiający wymaga podania producenta modelu oraz wersji oferowanego sprzętu, zgodnie z załącznikiem 3b, również w zakresie kamery stałopozycyjnej. W ocenie Izby oznacza to tyle, że niezależnie od tego czy kamera stanowi integralną część tablicy czy też nie jest integralną częścią tablicy informacje zgodnie z załącznikiem 3b muszą zostać podane.

Wymaga wyjaśnienia, że „zintegrowany” zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN oznacza «połączony w całość lub będący częścią całości». Natomiast „integralność” oznacza «nierozdzielnie związany z całością». Zamawiający wymagał właśnie takiego nierozdzielnego związania z całością ale dopuszczał również, aby tego związania nie było. Tym samym za niezasadną Izba uznała argumentację Odwołującego odnoszącą się do pojęcia „zintegrowany”, a nie „integralny”, którego w opisie używa Zamawiający. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego z rozprawy, że *Zamawiający podał w swoim stanowisku, że zintegrowany to znaczy taki, którego się nie da fizycznie odłączyć, ale jest to stanowisko, które nie było wyrażone wcześniej*. Po pierwsze nie „zintegrowany”, a „integralny”, po drugie – informacja ta była jednoznacznie zawarta na stronie 11 PFU.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego zawarta w pismach kierowanych do Zamawiającego, w tym w piśmie z dnia 13 kwietnia 2021 jak i podnoszona w trakcie rozprawy w żaden sposób nie dowodzi tego, nawet nie uprawdopodobnia, że kamera stałopozycyjna stanowi integralną część tablicy, co dawałoby podstawę do podania w załączniku nr 3 w punkcie VII pozycja 1 i punkcie VIII pozycja 4 tych samych informacji. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że kamera stałopozycyjna nie ma żadnego innego oznaczenia. Przy czym, powołując się w swoich wypowiedziach na posiadanie dokumentów deklaracje CE potwierdzających ten fakt, żadnej takiej deklaracji nie przedstawił w trakcie rozprawy.

Niezgodność treści oferty z SIWZ w tym wypadku stanowi brak podania informacji dotyczących oferowanego przedmiotu – jedynie bowiem podanie producenta, modelu, wersji pozwala na zidentyfikowanie oferowanego sprzętu, jego kontrolę. W przypadku braku

podania takich danych, tj. podania informacji co do oznaczenia takiego produktu dane techniczne stanowi jedynie informacje o jakich danych do niezidentyfikowanego urządzenia. Dodać należy również, że Zamawiający jednoznacznie w SIWZ określił, że brak podania tych danych identyfikujących przedmiot zamówienia stanowić będzie podstawę odrzucenia oferty.

Izba dostrzegła również, że oświadczenia Odwołującego składane w trakcie rozprawy są niespójne i w zasadzie wzajemnie się wykluczające. Raz oświadcza, że *producentem kamery jest LedTechnology sp. z o.o. s. k.* po czym podaje, że *z punktu widzenia postanowień SIWZ producent tablic produkuje kamery*, nie podając jakie to postanowienia uprawniają go do takiego twierdzenia. Dodaje, że *kamerę produkuje podwykonawca dla LedTechnology. Ta kamera nie występuje samodzielnie w tej konfiguracji pod jakąkolwiek inną nazwą lub producentem – pełnomocnik dodaje w tym miejscu, że produkowana kamera jest na rzecz LedTechnology przez podmiot, który należałoby określić jako podwykonawcę w rozumieniu prawa cywilnego.*

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że kamery tej nie produkuje samodzielnie LedTechnology lecz inny podmiot, jaki robi to dla LedTechnology. Przedstawione przez Odwołującego dowody 1 i 2 wydają się również potwierdzać tą okoliczność. Z oświadczenia LedTechnology nie wynika bowiem, że podmiot ten jest producentem kamery CCTV, nie wynika również, że kamera ta jest integralną częścią tablicy. Sam Odwołujący złożył w trakcie rozprawy oświadczenie, że *kamera jest wbudowana w obudowę i wbudowana jest we własnej obudowie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego str. 12 PFU.* Wbudowanie kamery nie oznacza natomiast jej integralności czy braku takiej integralności. Wbudowanie kamery w tablicę było obowiązkiem, natomiast zastosowanie rozwiązania co do integralności czy nie pozostawało po stronie wykonawcy.

W zupełności niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego, że *w przypadku accespoint wymagane jest wbudowanie, w przypadku kamery jest zintegrowanie – wyjaśnia, że ta są dwa różne pojęcia.* Potwierdza to w ocenie Izby, że Odwołujący za wszelką cenę stara się zmienić sposób rozumienia wymagań Zamawiającego, ponieważ kamery też miały być wbudowane, a mogły stanowić integralną część tablicy lub nie – przy czym należy zaznaczyć, że Zamawiający nie posługuje się sformułowaniem zintegrowany. W przypadku braku definicji technicznych użytych w dokumentacji pojęć należy posługiwać się wykładnią językową. Izba za usilną lecz nieudolną próbę wyjaśnienia co do oferowanych kamer stałopozycyjnych traktuje również oświadczenie że *w wyjaśnieniach potwierdził Zamawiającemu spełnienie minimalnych wymagań określonych dla każdego komponentu –* bowiem w wyjaśnieniach do oferty podaje się to co się oferowało, a nie przepisuje minimalnych wymagań Zamawiającego.

W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty Odwołującego w zakresie tego zarzutu i prawidłowo uznał, że doszło do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, bowiem w ofercie nie podał Odwołujący producenta i modelu, wersji dla oferowanej kamery stałopozycyjnej, podając: *producent LEDTECHNIOLGY kamera zintegrowana tablicy model PT303 P5 V3P w konfiguracji zgodnej z SIWZ*. Jednocześnie w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że kamera jest integralną częścią tablicy informacji pasażerskiej jak została zaoferowana w tym postępowaniu. Nie potwierdziły tego, że kamera jest integralną częścią tablicy informacji pasażerskiej również złożone dowody – więcej, dowód nr 2 w ocenie Izby potwierdził jednoznacznie, że kamera stałopozycyjna nie stanowi integralnej części tablicy, a jedynie tablica informacyjna posiada zintegrowane kamery.

W zakresie zarzutu (4) naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp przez odrzucenie oferty konsorcjum z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas, gdy złożenie oferty przez konsorcjum nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie oferta konsorcjum nie powinna zostać odrzucona na tej podstawie – Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Izby Odwołujący w zupełności pominął, że Zamawiający podał i wskazał, że (...) *działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, późn. zm.) informuje o odrzuceniu Państwa oferty na odstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, ze względu na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia*.

Z wyżej przytoczonego zdania wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający zwyczajnie podaje błędną podstawę prawną odwołując się do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, bowiem nie wskazuje na odrzucenie oferty na tej podstawie ale na to, że działa na podstawie tego przepisu i informuje o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający tym samym jednoznacznie wskazał, że wykonuje obowiązek informacyjny. Obowiązek informacyjny nałożony na Zamawiającego wynika z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy. Dodać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 3 nie nakłada na Zamawiającego żadnego obowiązku informacyjnego. Samo podanie podstawy prawnej nie stanowi jeszcze podstawy do budowania zarzutu odwołania, bowiem zgodnie z orzecznictwem niezbędna jest argumentacja faktyczna. W przypadku błędnie powołanej podstawy prawnej – z czym właśnie mamy do czynienia w tym miejscu – przy jednoczesnym prawidłowym podaniu

faktycznego uzasadnienia jednoznacznie można zdekodować w tym wypadku, że Zamawiający wykonywał ciężący na nim obowiązek informacyjny.

Izba wskazuje w odsianiu do rozpoznanej spraw odwoławczej o sygn. akt KIO 1519/21, mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2019r - *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* – że mimo uwzględnienia zarzutu 1 lit. a, stwierdzone naruszenia przepisu ustawy w tym zakresie nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem ofert Odwołującego w ocenie Izby została prawidłowo odrzucona w zakresie niezgodności, jaka była podnoszona w zarzucie 1 lit. b – Izba ten zarzut uznała za niezasadny.

Dlatego też odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1519/21 zostało oddalone.

Sygn. akt KIO 1522/21

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 28 czerwca 2021 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego Eco5tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Eco5tech) złożone za pismem z dnia 28 czerwca 2021 roku „Pismo procesowe KIO 1522/21”. Izba dopuściła zawnioskowany i załączony

do ww. pisma dowód – Oświadczenie Versim spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu z dnia 16 czerwca 2021 roku

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego:

- dowód nr 3 – porównania cen z Internetu przełącznika 48 portowego i 24 portowego (2 karta).

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 10 maja 2021 roku odrzucił ofertę Odwołującego w uzasadnieniu stanowiska wskazując:

działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, późn. zm.) informuje o odrzuceniu Państwa oferty na odstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, ze względu na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadnienie:

Zgodnie z wymogami SIWZ Wykonawca wraz z ofertą złożył Formularz cenowy wraz z załącznikiem, w którym wskazał parametry zaoferowanego przedmiotu zamówienia w rozbiciu na poszczególne urządzenia/sprzęty. Zamawiający wymagał, aby urządzenia te były opisane wraz ze wskazaniem ich producenta, modelu i wersji sprzętu.

W trakcie prowadzonej analizy, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie wskazanym poniżej :

- 1. Załącznik 3b. Formularz cenowy: pozycja VIII.II (przełącznik sieciowy CCTV producent: Extreme Networks, model/wersja: x440-G2-24t-10GE4).*

Zamawiający poprosił o udzielenie odpowiedzi w stosunku do każdego z poniżej określonych parametrów, czy oferowany w ofercie przełącznik sieciowy Extreme Networks, model/wersja: x440-G224t-10GE4 spełnia wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry określone na stronach 68-69 PFU - przełącznik zarządzalny, L3, 24x 10/1000 RJ-45 + 4 sloty SFP+ IG/I OG, 0/Open-Ring K30ms o parametrach minimalnych ujętych w poniższej tabeli. W szczególności Zamawiający prosił o odniesienie się do pozycji oznaczonych w piśmie kolorem czerwonym ze względu na to, że na podstawie udostępnionych przez producenta urządzenia informacji (dostępnych w sieci Internet pod adresem: <https://www.extremenetworks.com/>) zachodzi wątpliwość, czy zaproponowany produkt spełnia wymagania SIWO.

(w tym miejscu tabela)

lub alternatywnie - czy oferowany przełącznik sieciowy Extreme Networks, model/wersja: x440-G2-24t-10GE4 spełnia wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry określone na stronie 25 PFU zgodnie z dopuszczeniem do zaoferowania w Straży Miejskiej

przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps, tj. przełącznik agregujący ruch LAN w MZKCZR — strona 25 PFU o parametrach minimalnych:

(w tym miejscu tabela)

W odpowiedzi Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że przełącznik sieciowy CCTV producent: Extreme Networks, model/wersja:x440-G2-24t-10GE4 spełnia minimalne parametry wymagane przez Zamawiającego, określone na stronie 25 PFU zgodnie z dopuszczeniem alternatywnie do zaoferowania w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR”.

W ocenie Zamawiającego - oferowany przełącznik sieciowy nie posiada wymaganych przez Zamawiającego minimalnych parametrów, które zostały określone w PFU, w szczególności dlatego, że:

- a) Zamawiający określił możliwość realizacji dostawy przełącznika sieciowego w wariantcie spełniającym minimalne wymagania opisane na stronie 68-69 PFU lub w wariantcie alternatywnym, spełniającym minimalne wymagania przedstawione na stronie 25 PFU.
- b) Zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 12.04 2021 roku - Wykonawca potwierdził, że na potrzeby udzielanych wyjaśnień, jak również w ofercie przyjął że przełącznik sieciowy CCTV producent: Extreme Networks, model/wersja:x440-G2-24t-10GE4 spełnia minimalne parametry wymagane przez Zamawiającego, określone na stronie 25 PFU zgodnie z dopuszczeniem alternatywnie do zaoferowania w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR” Co jednoznacznie wskazuje, że Wykonawca sporządzając ofertę oraz wybierając przełącznik sieciowy, kierował się wymaganymi przez Zamawiającego minimalnymi parametrami określonymi dla przełącznika sieciowego stosowanego w serwerowni MZK-CZR (str. 25 PFU).
- c) Wykonawca zaoferował przełącznik sieciowy Extreme Networks model/wersja: x440-G2-24t-10GE4. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 08.04.2021 roku udzielił wyjaśnień w których odniósł się z osobna - na zasadzie udzielenia przy opisie każdego z parametrów odpowiedzi TAK/NIE lub wskazania jego wartości i określił, że zaoferowany przez niego model przełącznika sieciowego posiada 24 porty RJ-45 10/100/1000 Base T.
- d) Zamawiający natomiast wymagał, aby przełącznik w wybranym przez Wykonawcę wariantcie minimalnie posiadał 48 portów RJ-45.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść w zakresie zaoferowanego przełącznika sieciowego dla lokalizacji „Straż Miejska” jest zgodna z treścią SIWZ – Izba uznała za zasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez Odwołującego Zamawiający stwierdził niezgodności z SIWZ, odnośnie których Zamawiający w SIWZ określił wymagania, co w ocenie Izby stanowi działanie nieprawidłowe.

Zdaniem Izby wymaga w tym miejscu przypomnienia, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji jak również złożenia oferty Zamawiający określa w SIWZ. Niezmiennie obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SIWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania. Zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ukształtowanych przez siebie wymagań i dokonywania jakichkolwiek zmian na etapie badania i oceny ofert. Takie odstępianie od określonych w SIWZ zasad nie może być uznane za działanie prawidłowe, a sam fakt jego dokonania powoduje naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w ustawie, w tym równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1 ustawy).

Izba ustaliła, że Odwołujący w dziale VIII pkt.11 załącznika nr 1 do załącznika 3b do SIWZ stanowiącego formularz cenowy, w zakresie oznaczenia producenta oraz modelu i

wersji oferowanego przełącznika sieciowego CCTV serwerowy wskazał: *Extreme Networks, model/wersja x440-G2-24y-10GE4*.

Zgodnie z SIWZ Zamawiający ustalił, że oferowany przełącznik może spełniać wymagania określone na stronach 68-69 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (dalej: PFU) – tzn.:

Przełącznik sieciowy

Przełącznik zarządzalny, L3, 24x 10/1000 RJ-45 + 4 sloty SFP+ 1G/10G, O/Open-Ring <30ms

Zgodnie z postanowieniami PFU na stronie 70 wykonawca mógł zaoferować przełącznik sieciowy o parametrach analogicznych jak określone na stronie 25 PFU przewidziane w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem przez Zamawiającego prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps (*Dopuszcza się zaoferowanie w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps.*).

Na podstawie tak ukształtowanych wymagań Zamawiającego Izba stwierdziła, że wykonawca miał możliwość zaoferowania przełącznika sieciowego z 24 portami, którego parametry techniczne byłyby zgodne z wymaganiami określonymi na stronach 68-69 PFU. Jednakże gdyby nie chciał, czy nie mógł zaoferować powyżej wskazanego przełącznika sieciowego z 24 portami Zamawiający ukształtował inną możliwość, która została wskazana na stronie 70 PFU, ale odnosiła się do zaoferowania przełącznika sieciowego *o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps.*

Po pierwsze Izba zaznacza, że każda z powyżej wskazanych dwóch możliwości oferowania przełącznika sieciowego jest od siebie niezależna i niepowiązana ze sobą w żaden sposób. Każdy z dwóch opisów w PFU jest odrębny i nie ma żadnej wynikającej z PFU możliwości regulowania tego opisu przez ich przenikanie się wzajemne. Wykonawca miał zaoferować przełącznik zgodny z opisem na stronach 68-69, albo jeżeli wybrał rozwiązanie dopuszczone na stronie 70 PFU, powinien był zaoferować przełącznik sieciowy o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów na poziomie min. 95 Mpps.

Po drugie, zgodnie z twierdzeniem zawartym na stronie 70 PFU - *Dopuszcza się zaoferowanie w Straży Miejskiej przełącznika sieciowego o parametrach analogicznych jak dla tego w Serwerowni MZK-CZR z jednoczesnym obniżeniem prędkości przekazywania pakietów*

na poziomie min. 95 Mpps.) – Zamawiający użył określenia „o parametrach analogicznych”. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagania, które określa Zamawiający, wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny ofert i stanowi gwarancję jednakowego i równego traktowania wykonawców. Nie jest więc na tym etapie dopuszczalna intencjonalna interpretacja postanowień PFU w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena zaoferowanych rozwiązań. Należy odrzucić w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego interpretację postanowień SIWZ – PFU, które wynikają z potrzeb czy intencji jakie przyświecały gdy dokumentacja była tworzona, znaczenie postanowień PFU ocenione musi być w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tego co zostało zapisane.

Tym samym użyte przez Zamawiającego sformułowanie „analogicznych” należy pojmować zgodnie z jego literalnym brzmieniem, stosując wykładnię językową. W słowniku Języka Polskiego wskazano definicję słowa „analogiczny” - *bardzo podobny do czegoś, mający zbieżne cechy z czymś (np. analogiczne poglądy, analogiczne zachowania); zbieżny, tożsamy, podobny, odpowiedni*. Słownik Języka Polskiego PWN definiuje - *analogia* 1. «*podobieństwo pod pewnym względem*», 2. «*sytuacja, zjawisko, rzecz podobne do innych*». Powyższe pozwala stwierdzić, że „analogiczny” nie oznacza identycznego lecz raczej „analogiczny” to podobny, niż ten sam. Co oczywiście nie wyklucza, że również może to być ten sam. Izba tym samym podzieliła stanowisko wyrażone przez Odwołującego w odwołaniu.

Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że takie określenie na stronie 70 PFU dopuszcza jedynie zmiany w zakresie parametrów jedynie w zakresie prędkości przekazywania pakietów, która określił na min. 95 Mpps. W ocenie Izby określenie innej wartości parametru prędkości przekazywanych pakietów stanowiło jedyne doszczegółowienie w zakresie oferowania przełącznika o analogicznych parametrach. Określenie prędkości przekazywanych pakietów na poziomie 95 Mpps nie definiuje pozostałych parametrów przełącznika sieciowego tak jak chciał Zamawiający, tzn. że są one identyczne z tymi na stronie 25 PFU. W zasadzie przy takim opisie w PFU (parametry analogiczne) i zawarciu jedynie w PFU na stronie 70 jednego wskazania precyzyjnego parametru prędkości przekazywanych pakietów, każdy z oferowanych parametrów mógł być podobny do tych ze strony 25 PFU, przy czym zawsze w oferowanej konfiguracji musiały spełniać jeden wymóg prędkości przekazywanych pakietów na poziomie 95 Mpps.

W ocenie Izby Odwołujący nie zaferował kompilacji z wymagań ze strony 68-69 PFU oraz ze strony 70 PFU (z odesłaniem do parametrów wskazanych na stronie 25 PFU), a jedynie uwzględnił językową wykładnię postanowień PFU. Inny wykonawca zastosował wprost postanowienia ze strony 70 PFU i zaferował przełącznik zgodny z parametrami ze strony 25 PFU, co również jest zgodne z wymaganiem Zamawiającego, bowiem dopuszczając przełącznik o analogicznych parametrach jak na stronie 25 PFU, Zamawiający nie tylko dopuścił przełącznik sieciowy podobny, zbieżny, odpowiedni ale również tożsamy – co wynika z definicji pojęcia „analogiczny”. Izba wskazuje, że założenia Zamawiającego o oferowaniu jedynie przełącznika sieciowego z 48 portami nie znajdują odzwierciedlenia w dokonanym opisie.

Odwołujący zaferował przełącznik z 24 portami o prędkości przekazywanych pakietów zgodnie z wymaganą przez Zamawiającego, co w ocenie Izby spełnia wymagania Zamawiającego uwzględniając sposób dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym w powyższym zakresie Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucając ofertę Odwołującego.

W zakresie zarzutów (2, 3, 4) podniesionych ewentualnie na okoliczności w nich opisane (na wypadek uznania, że treść oferty w powyższym zakresie jest niezgodna z treścią SIWZ):

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy przez:

c) bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji w której niezgodność treści oferty Odwołującego w zakresie opisu zaferowanego przełącznika sieciowego dla lokalizacji „Straż Miejska” podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,

d) zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie opisu zaferowanego przełącznika dla lokalizacji „Straż Miejska”;

- art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez brak przedstawienia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie uzasadniającym brak podstaw do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści oferty w części dotyczącej zaferowanego dla lokalizacji „Straż Miejska” przełącznika sieciowego.

Izba wskazuje, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu głównego – o czym wyżej – zarzuty te ściśle ze sobą powiązane i zależne stały się bezprzedmiotowe.

Koszty:

Izba wskazuje w odsianiu do rozpoznawanych spraw odwoławczych o sygn. akt KIO 1519/21 i sygn. akt KIO 1522/21, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2019r.

Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019 r., uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt KIO 1519/21 oraz uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO 1522/21. Wobec powyższego, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019 r., orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W sprawie sygn. akt KIO 1519/21 mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2019r - *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* – mimo uwzględnienia zarzutu 1 lit. a i stwierdzonego naruszenia przepisu ustawy w tym zakresie nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem oferta Odwołującego w ocenie Izby została prawidłowo odrzucona w zakresie niezgodności, jaka była podnoszona w zarzucie 1 lit. b – Izba ten zarzut uznała za niezasadny. Dlatego też odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1519/21 zostało oddalone. Izba zaliczyła wpis oraz zasądziła koszty postępowania na rzecz Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

W sprawie sygn. akt KIO 1522/21 odwołanie okazało się zasadne w całości. Wskazane ewentualne naruszenia przepisów (zarzut ewentualny) nie są traktowane przez Izbę jak odrębne samodzielne zarzuty. W odwołaniu zawarto dwa zarzuty podstawowe. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie złożonej do akt sprawy faktury.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1, § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: