

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **31 sierpnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **18 sierpnia 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **O. P. S.A. z siedzibą w W.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS* (nr postępowania CIS-WAG.271.5.2017)

prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Informacji Statystycznej w W.**

przy udziale wykonawcy: **N. S.A. z siedzibą w W.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2.** Kosztami postępowania obciąża **O. P. S.A. z siedzibą w W.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Centrum Informacji Statystycznej w W. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS* (nr postępowania CIS-WAG.271.5.2017).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 13 kwietnia 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S_073 pod nr 139474.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 sierpnia 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu O. P. S.A. z siedzibą w W. {dalej również: „O.”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez N. S.A. z siedzibą w W. {dalej również: „N.”}.

18 sierpnia 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty N.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty N., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, gdyż świadczenie usługi ma się odbywać przy pomocy urządzeń CPE niespełniających wymagań wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, tj. uniemożliwiających świadczenie usługi skalowalnej, czyli podniesienia przepustowości łączy w lokalizacjach typu C w wymaganym przez Zamawiającego zakresie

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odrzucenia oferty N. jako nieodpowiadającej treści SIWZ.
3. Ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem sprzętu przewidzianego przez wykonawców na etapie przygotowania i wyceny oferty.
4. Ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest w szczególności do świadczenia usług transmisji danych IP VPN / MPLS w oparciu o standard RFC 2547 BGP/MPLS na bazie własnych urządzeń CPE zainstalowanych w miejscach wskazanych przez Zamawiającego.

Według Odwołującego oznacza to, że przedmiot zamówienia obejmuje – obok świadczenia usług IP VPN / MPLS (wraz z routerami CE terminującymi te usługi) – również dostarczenie urządzeń CPE, które wykonawcy mieli skonkretyzować poprzez wskazanie w treści oferty nazwy i modelu danego urządzenia CPE oraz przyporządkowanie danego urządzenia CPE do poszczególnych typów lokalizacji (A, B lub C).

Odwołujący zrelacjonował dalej, że Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji” {dalej również: „OPZ”} zdefiniował szereg wymagań dla urządzeń CPE {dalej również: „routery CPE”) dostarczanych przez wykonawcę.

Zgodnie z pkt 9 OPZ Wykonawca jest zobowiązany w ramach umowy dostarczyć routery CPE o parametrach pozwalających na świadczenie usługi zgodnie z wymaganiami SIWZ. Usuwanie awarii sprzętowych leży po stronie Wykonawcy, natomiast bieżąca administracja będzie w gestii Zamawiającego. Wykonawca zapewni niezbędne wsparcie przy instalacji routerów CPE, w szczególności przy wgrywaniu nowych konfiguracji. Wszystkie koszty związane z udostępnieniem routerów Wykonawca powinien uwzględnić w miesięcznych opłatach abonamentowych.

W pkt 10 OPZ Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dostarczył jako routery CPE routery IP, dostarczone wraz z niezbędnym okablowaniem, osprzętem i oprogramowaniem umożliwiającym realizowanie założonych funkcjonalności. Zamawiający wymaga, aby na dostarczonych routerach była możliwa realizacja aktualnych funkcjonalności, w szczególności, aby były możliwe: routing EIGRP, szyfrowanie, implementacja QOS. Zamawiający wykorzystuje w sieci MPLS szyfrowane kanały GRE terminowane na routerach CPE. Routery dostarczone do lokalizacji A, B muszą obsługiwać protokół WCCP i współpracować z posiadanymi przez Zamawiającego akceleratorami.

Według pkt 11 OPZ routery CPE będą konfigurowane i zarządzane przez Zamawiającego.

W pkt 14 OPZ Zamawiający wskazuje, że: Usługa powinna być skalowalna, tzn. Zamawiający ma prawo żądania podwyższenia przepustowości w lokalizacji A o 200 Mbps, w lokalizacji B o 70 Mbps, w lokalizacji C o 25 Mbps, przy zachowaniu niezmiennych parametrów jakościowych. Wykonawca jest zobowiązany przeprowadzić zmianę w ciągu 30 dni od daty zgłoszenia potrzeby przez Zamawiającego.

Według Odwołującego oznacza to, że wykonawca jest zobowiązany przeprowadzić zmianę podwyższenia przepustowości, jak to określono w odwołaniu, „po swojej stronie”, nie

angażując w proces modyfikacji Zamawiającego.

Odnosnie treści oferty N. Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z oświadczeniem zawartym w formularzu ofertowym N. zobowiązała się do tego, że „świadczenie usług odbywać się będzie przy użyciu routerów CPE” wskazanych w tabeli, w której dla lokalizacji typu C zaoferowała dostarczenie urządzenia ISR 1900, którego producentem jest firma Cisco.

Dodatkowo Odwołujący podał, że wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1201/17) Zamawiający został zobowiązany do ponownej oceny ofert, co zdaniem Odwołującego oznacza, że oferty wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym formularz cenowy i ofertowy, powinny być przez Zamawiającego przeanalizowane pod względem ich zgodności z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący wywiódł, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia – w tym wypadku oferowane urządzenia CPE (routery), przy wykorzystaniu których Zamawiający korzystał będzie z usług – nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Przy czym Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy złożone oferty odpowiadają treści SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie eksponuje się formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikającą z niego konieczność bezwzględnego egzekwowania obowiązku odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji. Przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 28 października 2005 r. (sygn. akt V Ca 398/05; niepubl.) sąd przypomniał, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że przeprowadził badanie oferty N. pod kątem spełnienia wymagań opisanych w SIWZ z nienależytą starannością, w szczególności nie zbadał parametrów technicznych routerów CPE wskazanych przez N. w formularzu oferty w pkt 8 dla lokalizacji typu C, gdyż prawidłowe badanie powinno skutkować uznaniem, że routery CPE wskazane dla lokalizacji typu C nie spełniają wymagania skalowalności, a tym samym nie spełniają wymogów zawartych w SIWZ.

Odwołujący sprecyzował, że jak wynika ze specyfikacji technicznej routera ISR 1900, dostępnej na stronie internetowej producenta tych urządzeń (źródło: <http://www.cisco.com/c/en/us/products/routers/1900-series-integrated-services-routers/isr/index.html>), {wydruk strony oraz wyciąg informacji ze specyfikacji wraz z tłumaczeniem

na język polski załączono do odwołania}, routery ISR 1900 zapewniają bezpieczny dostęp do aplikacji przez połączenia WAN z przepływnością do 25 Mbps wraz z włączonymi usługami. Informacja ta potwierdzona została również w innym dokumencie opublikowanym przez C. zatytułowanym „(...) {dokument pobrany ze strony internetowej <https://supportforums.cisco.com/sites/default/files/legacy/9/2/1/139129-White%20Paper%2C%20ISR%20G2%20Performance.pdf> oraz wyciąg z treści dokumentu z tłumaczeniem na język polski załączono do odwołania}, gdzie na wykresie zamieszczonym na str. 7 dokumentu, określającym przepustowość routerów z włączonymi serwisami wyrażoną w Mbps, dla routerów typ 1921 i typ 1941 maksymalne przepustowości to odpowiednio do 15 Mbps i do 25 Mbps. Tymczasem dla lokalizacji typu C Zamawiający wymagał zaoferowania i dostarczenia urządzenia CPE (routera) zapewniającego możliwość podwyższenia przepływności do 50 Mbps (wymagane podstawowe 25 Mbps oraz możliwość podwyższenia o 25 Mbps).

Dodatkowo według Odwołującego również inne wymagania jednoznacznie wskazują na jednorazową instalację routerów CPE i nie przewidują zmian tych routerów w trakcie realizacji umowy:

- *W serwerowni w każdej lokalizacji Wykonawca zamontuje, skonfiguruje i uruchomi router CPE, który będzie stykiem infrastruktury fizycznej Wykonawcy, tj. głównego łącza IP VPN MPLS z infrastrukturą Zamawiającego, tj. routerem CE terminującym Sieć WAN. (pkt 10 lit. e OPZ)*
- *Routery CPE będą konfigurowane i zarządzane przez Zamawiającego (pkt 11 OPZ);*
- *Wykonawca zobowiązuje się tak skonfigurować urządzenia CE, aby Zamawiający mógł dowolnie zarządzać własnym sprzętem sieciowym oraz przyznanym mu pasmem. Konfiguracja urządzeń Wykonawcy we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego powinna być transparentna dla urządzeń Zamawiającego. (pkt 13 OPZ)*
- *Klasy Voice i Video są ustawiane indywidualnie dla każdej lokalizacji przy czym klasa voice nie przekracza 40% pasma (pkt 23 OPZ).*

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że z uwagi na wymagania zawarte w SIWZ oraz informacje producenta urządzeń zaoferowanych przez N., wskazujące na pozycjonowanie poszczególnych platform pod względem wydajności urządzeń z uruchomionymi usługami, które są wymagane w tym zamówieniu przez Zamawiającego, wskazane w ofercie N. urządzenia CPE dla lokalizacji C są w istotnym zakresie niezgodne z treścią SIWZ, gdyż nie pozwalają na realizację wymagania podniesienia przepustowości łącza.

Niezależnie od tego Odwołujący z ostrożności wskazał, że zaoferowanie urządzeń CPE o parametrach niższych i niezgodnych z SIWZ ma istotny wpływ na obniżenie ceny

oferty N. Jeśli inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia (w tym O. P. S.A. oraz E. S.A.) zaoferowali urządzenia CPE spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ, w szczególności wymaganie z pkt 14 OPZ dotyczące skalowalności przy użyciu routerów CPE wskazanych w ofercie wykonawcy (w pkt 8 formularza ofertowego), każdy z wykonawców musiał uwzględnić koszty nabycia takich urządzeń i dostarczenia ich do Zamawiającego w swoich ofertach. Natomiast N., wskazując w pkt 8 formularza ofertowego dla lokalizacji typu C router CPE nie spełniający wymagań opisanych w SIWZ, nie uwzględniła w swojej ofercie wszystkich kosztów związanych z udostępnieniem Zamawiającemu routerów CPE. Stąd biorąc pod uwagę, że cena oferty w 58% przesądza o rankingu ofert w ramach kryteriów oceny ofert, zaoferowanie niższej ceny przez N. miało istotny wpływ na wynik postępowania w postaci wyboru oferty tańszej, a jednocześnie nieodpowiadającej treści SIWZ.

W piśmie z 22 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 21 sierpnia 2017 r. przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

23 sierpnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez N. S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom tego postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, uszczegóławiając swoje stanowisko w piśmie z 30 sierpnia 2017 r.

Zamawiający nie uznał zasadności odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania sprawy:

Po pierwsze – nie ma potrzeby powtarzania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} czy treści oferty N., gdyż Izba zbadała, że powyżej zaprezentowane za odwołaniem okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy. Stąd poniżej przedstawiono, co według Izby wynika z tych postanowień (z niewielkimi uzupełnieniami co do postanowień s.i.w.z. nieprzedstawionych w odwołaniu).

Po drugie – przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi telekomunikacyjnej transmisji danych IP VPN o określonych parametrach w oparciu o infrastrukturę sprzętową zapewnianą przez wykonawcę zamówienia {pkt 5 OPZ}, w tym o routery CPE, które pozostają własnością wykonawcy {pkt 10 lit. a OPZ}, co oznacza, że nie są one przedmiotem dostawy na rzecz Zamawiającego, który w toku realizacji usługi zastrzegł dla siebie jedynie uprawnienie do ich konfigurowania i zarządzania nimi {pkt 11 OPZ}.

Po trzecie – Zamawiający nie określił bezpośrednio minimalnych parametrów technicznych routerów CPE, zamiast tego wskazując wymagania funkcjonalne dotyczące tych routerów, w szczególności, aby ich zastosowanie umożliwiała realizację funkcjonalności, z których aktualnie (czyli dotychczas) korzysta (takich jak: routing EIGRP, szyfrowanie, implementacja QOS) {pkt 10 lit. b OPZ}.

Po czwarte – wymagane jest rozpoczęcie świadczenia usługi transmisji danych 27 stycznia 2018 r. z przepustowością łącza 25 Mbps dla lokalizacji typu C {pkt 2 w zw. z pkt 32 OPZ}.

Po piąte – w toku 44-miesięcznego okresu świadczenia usługi Zamawiający zastrzegł dla siebie uprawnienie do żądania podwyższenia powyższej przepustowości w lokalizacjach typu C do 50 Mbps, przy zachowaniu niezmienionych parametrów jakościowych, zobowiązując wykonawcę do przeprowadzenia takiej zmiany w ciągu 30 dni od daty zgłoszenia takiej potrzeby {pkt 4 w zw. z pkt 14 OPZ}.

Po szóste – w wyjaśnieniach treści specyfikacji udzielonych w piśmie z 12 maja 2017 r. w odpowiedzi na zadane przez O. (w piśmie z 28 kwietnia 2017 r. pyt. nr 14) pytanie dotyczące kwestii realizacji podwyższenia przepustowości, będące w istocie wnioskiem o wydłużenie terminu na dokonanie tych zmian do 60 dni, w którego uzasadnieniu podkreślano, że może to wymagać wymiany urządzeń – Zamawiający odpowiedział, że podtrzymuje postanowienie zawarte w pkt 14 OPZ. Oznacza to, że Zamawiający wyjaśnił, że niezależnie od tego, czy skalowalność usługi będzie wymagała wymiany urządzeń, czy też nie, podtrzymuje wymaganie, aby wykonawca przeprowadził podwyższenie przepustowości w 30-dniowym terminie, tzn. zapewnił przepływowość na poziomie 50 Mbps bez obniżenia parametrów jakościowych usługi {odpowiedź na pytanie nr 15 w piśmie Zamawiającego}.

Po siódme – dokumentacja C., na którą powołał się Odwołujący {tzw. White Paper pn. (...)} zawiera rekomendacje co do dobrania danego typu routera w oparciu o najczęściej występujące scenariusze wdrożeń, które według producenta powinna być adekwatna dla 80% faktycznych wdrożeń. Jednocześnie producent zastrzegł, że rekomendacje te nie są wyczerpujące, w szczególności nie limitują wydajności platformy, gdyż oczywiste jest, że będą wdrożenia, w których wydajność będzie mogła łatwo je przekroczyć, a także wdrożenia, gdzie specyficzne konfiguracje usług, bardzo małe pakiety oraz inne czynniki mogą zredukować wydajność poniżej rekomendacji.

Po ósme – wprowadzone w toku postępowania wymaganie, aby wskazać producenta i typ routerów CPE, w oparciu o które będzie świadczona usługa, obiektywnie nie mogło służyć zweryfikowaniu, czy urządzenia te zapewniają oczekiwaną skalowalność usługi, skoro dla Zamawiającego nie miało znaczenia, czy będzie to wymagało wymiany użytkowanych przez niego dotychczas routerów, a stwierdzenie osiągniętej na routerach przepustowości w tym wdrożeniu wymagałoby przeprowadzenia testów, których Zamawiający nie przewidział na etapie wyłaniania najkorzystniejszej oferty. Przy tym niesporne było, że samo wskazanie oznaczenia typu routera w przypadku urządzeń C. nie identyfikuje ich szczegółowej konfiguracji, do czego jest konieczne podanie nr seryjnego (czego Zamawiający nie

wymagał).

Po dziewiąte – nie zostało udowodnione, że wskazane przez N. w formularzu oferty dla lokalizacji C routery nie zapewnią skalowalności usługi w wymaganym zakresie, bez ich wymiany na wydajniejsze, gdyż Odwołujący powołał się jedynie na rekomendacje producenta odnośnie zastosowania poszczególnych typów urządzeń w określonych, typowych uwarunkowaniach. Jednocześnie producent wielokrotnie zastrzega, że rzeczywiste osiągi w konkretnym zastosowaniu mogą być inne. Natomiast wykazanie powyższej okoliczności wymagałoby zasięgnięcia wiadomości specjalnych, czyli przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, o co Odwołujący, na którym z mocy art. 190 ust. 1 pzp spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, nie wniósł.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności (art. 18 pkt 4 z przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści

specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

W rozstrzyganej sprawie nie zachodzi podnoszona przez Odwołującego niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią specyfikacji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego ze specyfikacji nie wynika obowiązek świadczenia usługi przez okres 44-miesiący w oparciu o routery CPE, które należało

wskazać w formularzu oferty, gdyż w razie skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do podwyższenia przepustowości, wykonawca zamówienia ma 30 dni na osiągnięcie przepustowości docelowej, co może wiązać się z wymianą dotychczasowych urządzeń na inne, jeżeli okaże się to konieczne dla zapewnienia wymaganych parametrów jakościowych usługi.

Niezależnie od powyższego Odwołujący nie podolał spoczywającemu na nim ciężarowi udowodnienia, że w oparciu o routery CPE wskazane w ofercie N. niemożliwe jest osiągnięcie podwyższonej przepływności, a tym samym nie wykazał swojego twierdzenia, że routery te nie zapewniają wymaganej przez Zamawiającego skalowalności usługi.

Odwołujący nie może domagać się, aby jego konkurenta obciążały skutki wadliwego zinterpretowania przez Odwołującego udzielonych na jego wniosek przez Zamawiającego wyjaśnień treści s.i.w.z. W przekonaniu Izby zadając pytanie Odwołujący sam zakładał, że zapewnienie skalowalności usługi może wiązać się z koniecznością wymiany dotychczas wykorzystywanych urządzeń, a przedmiotem jego troski był jedynie zbyt krótki termin na dokonanie zmian. Nie można więc wykluczyć, że właśnie tym podyktowane było wskazanie przez Odwołującego w formularzu oferty routerów CPE, których nie będzie potrzeby wymieniać w razie zażądania przez Zamawiającego podwyższenia przepustowości.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: