

WYROK
z dnia 20 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2021 r. przez wykonawcę **Sportdata Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Poznań – Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji Samorządowy Zakład Budżetowy z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawcy **Roboticket Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje Miastu Poznań – Poznańskim Ośrodkom Sportu i Rekreacji Samorządowemu Zakładowi Budżetowemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Sportdata Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy **Sportdata Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**,
2. zarzut nr 2 – podniesiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – pozostawia bez rozpoznania,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża w częściach równych wykonawcę **Sportdata Serwis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** oraz **Miasto Poznań – Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji Samorządowy Zakład Budżetowy** i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Sportdata Serwis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
- 4.2. zasądza od Miasta Poznań – Poznańskich Ośrodków Sportu i Rekreacji Samorządowego Zakładu Budżetowego na rzecz Sportdata Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą proporcjonalne koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu,**
- 4.3. znosi wzajemnie koszty dojazdu i wynagrodzenia pełnomocników Sportdata Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i Poznańskich Ośrodków Sportu i Rekreacji Samorządowego Zakładu Budżetowego.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Poznań – Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji Samorządowy Zakład Budżetowy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „modernizację urządzeń elektronicznych stanowiących elementy infrastruktury Systemu Kontroli Biletów na Stadionie Miejskim przy ul. Bułgarskiej 17 w Poznaniu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 26 października 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 601722-N-2020. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego

Zamawiający, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucił ofertę Odwołującego – Sportdata Serwis sp. z o.o. jako ofertę, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazał, że integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia były załączniki, w tym w szczególności opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1) oraz opis techniczny sprzętu (załącznik nr 2), który wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą. Zamawiający w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że opis techniczny sprzętu stanowi merytoryczną część oferty. W tym dokumencie wykonawca zobowiązany był do podania opisu parametrów technicznych oferowanych urządzeń, a także informacji identyfikujących sprzęt, w szczególności producenta, model i wersję oferowanych rozwiązań. Odwołujący przedłożył ten załącznik i na jego podstawie Zamawiający dokonał badania oferty pod kątem zgodności z postanowieniami specyfikacji, ze szczególnym uwzględnieniem parametrów technicznych urządzeń oferowanych z wymogami określonymi przez Zamawiającego. Pismem z 22 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie opisu technicznego zaoferowanych komputerów typu mini PC producenta iEi Integration Corp, model HYPER-AL.-N1-R10. Zastrzeżenia Zamawiającego wzbudziły zapisy dotyczące sposobu zapewnienia dla urządzeń zasilania przez POE (IEEE 802.3af), POE+ (IEE 802.3at) lub POE++ (IEEE 802.3bt (Type 3)), spełnienia przez urządzenia wymogu chłodzenia pasywnego bezwentylatorowego oraz posiadania uchwytów umożliwiających montaż na płycie montażowej oraz szynie DIN. W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, że zasilanie przez POE dla urządzenia realizowane będzie przez zewnętrzny

adapter zasilający model: Planet IPOE-162S. Odwołujący zaznaczył, że wszystkie elementy stanowią standardowy komplet, dostarczany przez jednego dystrybutora, spełniający w całości wymaganą przez Zamawiającego specyfikację techniczną dla komputera typu miniPC.

Zamawiający uznał, że Odwołujący zaoferował komputer typu miniPC, który nie spełnia wymagań technicznych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia: podając parametry techniczne komputera Zamawiający wskazał, że jego wymiary nie mogą być większe niż 150 x 150 x 50 mm. Spełnienie wymogu w zakresie wymiaru komputera jest kwestią istotną dla zamówienia, gdyż wiąże się z zapewnieniem właściwej funkcjonalności infrastruktury istniejącej na stadionie. Zaoferowane rozwiązanie – komputer wraz z zaoferowanym adapterem zapewniającym zasilanie POE i radiatorem przekracza te wymiary, gdyż Odwołujący oferuje komputer o wymiarach 100 x 72 x 25,54 mm, który – zespolony z radiatorem – posiada wymiar 100 x 72 x 46,04 mm. Natomiast sam adapter zapewniający zasilanie POE dla komputera posiada wymiar 135 x 87,8 x 32 mm. Oznacza to, że komputer wraz z adapterem POE przekracza dopuszczalne wymiary komputera określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto oferowane rozwiązanie, czyli komputer z zewnętrznym adapterem zapewniającym zasilanie POE, nie może być traktowane jako rozwiązanie równoważne do rozwiązania, w którym komputer jest bezpośrednio zasilany przez POE. Zamawiający wskazał, że za równoważne uznane zostaną urządzenia, sprzęt o parametrach lepszych od podanych w opisie przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie komputera z zewnętrznym zasilaniem POE nie jest parametrem lepszym od zapewnienia tego zasilania bezpośrednio w komputerze. Zdaniem Zamawiającego układ zasilający z adapterem nie jest w stanie zapewnić pełnej funkcjonalności bezpośredniego zasilania urządzenia – komputera. Odwołujący zaoferował więc urządzenie niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozmiar urządzenia i sposób zasilania).

II Stanowisko Odwołującego

Odwołujący nie zgodził się z powyższym rozstrzygnięciem i wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 82 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dowolne, sprzeczne z zasadami logiki przyjęcie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie urządzenia typu miniPC nie spełniającego wymagań technicznych określonych w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. rozmiaru urządzenia (przekroczenie wymiaru 150 x 150 x 50 mm) oraz sposobu zasilania (bezpośrednio przez POE),
2. w razie nieuznania zasadności zarzutu nr 1 w zakresie sposobu zasilania urządzenia:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że komputer miniPC nie jest zasilany przez POE, podczas gdy wymóg ten eliminuje produkty podłączone oddzielnie do sieci i prądu – zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie jest nie tylko równoważne, ale i lepsze, więc nie może stanowić podstawy do przyjęcia, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

b) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców i nieodrzućenie oferty wykonawcy Roboticket Sp. z o.o. (Przystępującego) z tych samych przyczyn, tj. w zakresie sposobu zasilania, bowiem zaoferowane przez ten podmiot urządzenie również nie jest zasilane bezpośrednio z POE,

3. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niespełnienie przez nią wymogów ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. wymogu spełniania przez czytnik co najmniej normy IP 54,

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który – mimo ustawowego zakazu – brał czynny udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia przygotowując dokumentację techniczną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również celowo ograniczył zakres tej dokumentacji, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (utrudnianie dostępu innym wykonawcom do zamówienia publicznego).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponownego badania i oceny celem wyboru najkorzystniejszej oferty, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie od niego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego z tytułu uiszczzonego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę stwierdzając, że nie odpowiada ono wymogom technicznym ustalonym w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymogów stawianych urządzeniu w postaci komputera typu miniPC, tj. zaoferowane urządzenie przekracza ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia maksymalne wymiary, jak również nie jest zasilane bezpośrednio z POE. Jednocześnie Zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę Przystępującego. Zdaniem Odwołującego są to błędne czynności.

Zamawiający uznał, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie w postaci komputera miniPC nie spełnia wymogu w postaci maksymalnych rozmiarów 150 x 150 x 50 mm. Jest to błędne z punktu widzenia logiki, bowiem komputer typu miniPC wskazany w ofercie posiada

wymiary 100 x 72 x 25,54 mm. Nawet jeżeli uznać, że komputer zespolony z radiatorem to jedno urządzenie, nadal posiada ono wymiary 100 x 72 x 46,04 mm. Błąd po stronie Zamawiającego polega na tym, że w sposób dowolny uznał, że do wymiarów komputera należy doliczyć rozmiar zasilacza (adaptera), który nie jest bezpośrednio łączony z komputerem, nie styka się z nim oraz w żaden sposób nie zwiększa jego objętości. Zamawiający narzucił wyłącznie maksymalne wymiary poszczególnych urządzeń, w tym komputera typu miniPC. Nie określił jednak rozmiarów elementów łączących poszczególne urządzenia. Oczywiście jest, że wymiar samego urządzenia podaje się bez okablowania, zasilaczy i innych adapterów. Adapter jest wyłącznie „prześciówką” pomiędzy miniPC a innym urządzeniem, tj. przełącznikiem sieciowym. Równie dobrze można zatem uznać, że adapter stanowi część przełącznika sieciowego, co do którego Zamawiający nie narzucił żadnych ograniczeń wymiarów. Zamawiający określił wymiary poszczególnych urządzeń pozostawiając w gestii wykonawcy, w jaki sposób te urządzenia ze sobą połączy. Zamawiający określił maksymalne wymiary komputera typu miniPC, a zaoferowane przez Odwołującego urządzenie wymóg ten spełnia. Komputer jest w pełni samodzielnym urządzeniem i zawiera w sobie wszystkie wymagane funkcjonalności i parametry. Adapter oraz inne okablowanie nie składają się na komputer sam w sobie. Są one odpowiedzialne wyłącznie za przesył sygnału i zasilania, a nie za sam sposób działania komputera. Zamawiający nie wskazał, że nie można użyć adaptera, nie określił wymiarów okablowania ani nie wskazał innych okoliczności, które byłyby równoznacznie z użyciem innych urządzeń niż wymienione w załączniku nr 1.

Zamawiający myli też dwa pojęcia, tj. zasilanie przez POE („Power over Ethernet”) i zasilanie bezpośrednio z POE. Zamawiający nie rozróżnia obu pojęć i posługuje się różną nomenklaturą, przy czym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano, że komputer typu miniPC ma być zasilany „przez POE”, a nie „bezpośrednio z POE”, tak jak wskazał to Zamawiający w piśmie informującym o odrzuceniu oferty.

Zdaniem Odwołującego zaoferowany komputer typu miniPC jest zasilany przez POE, a nawet gdyby się z tym nie zgodzić, zaoferowano rozwiązanie równoważne, a nawet lepsze od wymogu stawianego komputerowi typu miniPC, określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. POE jest technologią przesyłania energii elektrycznej („Power”) tym samym kablem co sygnał sieci komputerowej („Data”). Zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie sprowadza się do tego, że sygnał sieci i prąd płyną początkowo jednym kablem (a więc przez POE), następnie trafiają do adaptera, który rozdziela dane sieci (Data) od zasilania (Power). Odwołujący zaoferował komputer iEi Integration Corp, model HYPER-AL-N1-R10, który podłączony zostanie do sieci i zasilania m.in. poprzez adapter Planet IPOE-162S. Schemat podłączenia komputera jasno obrazuje, że komputer będzie połączony „przez POE”. Z logicznego punktu widzenia trudno zaprzeczyć, że komputer typu miniPC

Odwołującego będzie zasilany przez POE – w pewnym momencie przesyłu sygnału sieci i prądu (POE = Data + Power) adapter spowoduje, że sygnał ten zostanie rozdzielony na dwa oddzielne (rozłącznie Data i Power).

Zgodnie z definicją słownikową przyimka „przez”, wyrażenie to oznacza 1) przedostawanie się środkiem czegoś, przez wnętrze czegoś, 2) przedostawanie się z zewnątrz, 3) narzędzie, sposób, przedmiot lub wykonawcę pośredniczących w działaniu, 4) to, co jest przyczyną, motywem, bodźcem, okolicznością ułatwiającą. Bliskoznacznym jest również wyrażenie „poprzez” rozumiane jako: 1) przestrzeń zawartą między punktem wyjścia ruchu, działania i jego celem, 2) to, co ułatwia, umożliwia działanie się czegoś, 3) etap, fazę, ogniwo pośrednie. Ponad wszelką wątpliwość urządzenie typu miniPC zasilane jest przez POE, które, jako początkowy jeden bodziec, trafi do adaptera i zostanie oddzielny na dwa sygnały.

Gdyby Zamawiający użył określeń „bezpośrednio z POE” lub „tylko i wyłącznie z POE” lub innych określeń bliskoznaczących, rzeczywiście można by przyjąć, że sygnał sieci i prąd mają od początku do końca płynąć jednym kablem. Zamawiający jednak nie posłużył się tego rodzaju komunikatem, więc Odwołujący nie miał wątpliwości, że jego rozwiązanie jest zgodne z załącznikiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający narzucił wyłącznie, by zasilanie spełniało standard POE, POE+ lub POE++, a urządzenie Odwołującego wymóg ten spełnia. Niewątpliwie sygnał sieci i prąd będą płynąć przez POE. Rozwiązanie to jest nie tylko równoważne do podłączenia bezpośredniego z POE, ale i lepsze, gdyż zastosowanie adaptera dodaje element zabezpieczający komputer przed uszkodzeniami, ponieważ skutki przepięć czy wyładowań atmosferycznych przejmie adapter pozostawiając komputer nieuszkodzony. Dodatkowo możliwość wymiany czy rozbudowy komputera w zaproponowanym przez Odwołującego schemacie jest prostsza z uwagi na to, że zestaw adapter + komputer jest podejściem dużo bardziej powszechnym i dostępnym na rynku. Oczywistym jest, że przy podłączeniu bezpośrednio z POE mamy jeden kabel, więc jego uszkodzenie powoduje utratę sygnału sieci i utratę zasilania – w tym kontekście dwa kable są lepsze niż jeden, ponieważ uszkodzenie jednego nie powoduje przerwy w przesyłach w drugim z nich. Rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującą jest możliwe do zastosowania u Zamawiającego, a miejsce instalacji umożliwia zastosowanie tego sposobu. Pojawienie się dodatkowego adaptera nie sprawi, że nie znajdzie się miejsce na pozostałe komponenty. Do zagospodarowania bowiem jest przestrzeń szafy o wymiarze wewnętrznym nie mniejszym niż 1800 x 500 x 350 mm. Nie da się zatem założyć, że Zamawiający wymagał zasilania wyłącznie przez jeden kabel (bezpośrednio z POE), ponieważ – jeżeli pojawi się tam adapter – to nie będzie miejsca na inne urządzenia. Argument ten należy odrzucić, ponieważ Zamawiający nie określił maksymalnych rozmiarów wszystkich innych zamawianych elementów, np. przełącznika sieciowego. Dla Odwołującego nie było na etapie

zadawania pytań wątpliwości w tym zakresie, a możliwość podłączenia komputera razem z adapterem została potwierdzona także podczas oględzin miejsca instalacji.

Oferta Przystępującego również nie oferuje rozwiązania „bezpośrednio z POE”, a Zamawiający nie wykazał się taką samą skrupulatnością, co przy ocenie oferty Odwołującego. Komputer Przystępującego jest zasilany ze zwykłego zasilacza o napięciu od 9 V do 36 V, a możliwość zasilania bezpośrednio z POE uzyskuje dopiero po zastosowaniu dodatkowej karty rozszerzeń PoE FACET Card. Zamawiający nie wzywał jednak Przystępującego do wskazania, czy zastosowana zostanie dodatkowa karta rozszerzeń. Zamawiający nie traktował więc równo wszystkich wykonawców i w stosunku do jednego sprawdzał sposób zasilenia komputera miniPC, a w stosunku do drugiego tej okoliczności nie weryfikował, mimo że jego komputer również standardowo nie umożliwia zasilania bezpośrednio z POE. Albo zatem sposób zasilania nie jest dla Zamawiającego istotny i brak jest podstaw do odrzuceniu oferty Odwołującego, albo winien on także odrzucić ofertę Przystępującego, czego całkowicie zaniechał. Dlatego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający również bezprawnie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, gdyż nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia urządzenie służące do odczytu biletów (czytnik) winno spełniać normę szczelności IP 54. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 6 z 30 listopada 2020 r. wskazał, że: „modyfikuje treść zał. nr 1 do SIWZ w ten sposób, że w pkt. 2 a), w części dotyczącej Specyfikacji technicznej urządzeń, ostatni punkt otrzymuje brzmienie: <<wszystkie komponenty składające się na urządzenie czytające muszą być zamontowane w sposób zapewniający szczelność określoną oznaczeniem IP 54 zgodnie z PN-EN 60529:2003>>”. Oferta Przystępującego odwołuje się wyłącznie do normy IP 5. Zważywszy, że tego rodzaju norma nie istnieje, uznać należy, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Norma szczelności składa się bowiem z symbolu IP oraz dwóch cyfr. Jeżeli opis normy nie zawiera dwóch cyfr, to nie da się ocenić klasy szczelności urządzenia. Istnieją zarówno normy surowsze niż IP 54, jak też mniej rygorystyczne od wymaganej przez Zamawiającego. Jeżeli wykonawca wskazał tylko IP 5, może być to tak samo IP 50 (brak ochrony), jak i IP 56 (większa ochrona od wymogów Zamawiającego). Z tych powodów Zamawiający nie może poprawić oferty w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem, na podstawie oferty Przystępującego nie da się ustalić, jakiego rodzaju normę miało spełniać oferowane urządzenie. Sprostowanie zatem tej omyłki spowoduje istotną zmianę w treści oferty Przystępującego, z góry więc uznać należy tego rodzaju działanie za niedopuszczalne.

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego toczyło się już postępowanie odwoławcze przed KIO, o sygn. akt KIO 3091/20, w którym to odwołaniu Odwołujący skarżyła treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a do sprawy przystąpił wykonawca Roboticket Sp. Z o.o., który oświadczył, że brał udział w przygotowaniu dokumentacji technicznej i wskazał, że celowo pewne wymagania techniczne pominął. W toku rozprawy potwierdził to także przedstawiciel Zamawiającego, wskazując, że przygotowując dokumentację techniczną posiłkował się wiedzą i doświadczeniem Przystępującego. Nie jest to jedyny podmiot działający na rynku systemów sprzedaży biletów, więc Zamawiający nie musiał korzystać z usług tego podmiotu, a jeżeli już musiał, to winien go wykluczyć z postępowania przetargowego. Powyższe potwierdza protokół z posiedzenia i rozprawy KIO o sygn. akt 3091/20 z 7 grudnia 2020 r. Z powyższego wynika, że inny podmiot miał wpływ na dokumentację przetargową, a więc powinien podlegać wykluczeniu wobec złożenia oferty. Zamawiający powinien zatem ofertę tę odrzucić jako sprzeczną z ustawą Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego celowe ograniczanie dokumentacji technicznej (w celu ochrony interesu faktycznego jednego wykonawcy) jest czynem nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a art. 3 ust. 2 tej ustawy wskazuje jako przykładowy czyn nieuczciwej konkurencji utrudnianie konkurentom dostępu do rynku. Katalog czynów nieuczciwej konkurencji jest otwarty, stanowić go zatem może także celowe utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego przez jednego wykonawcę. Jest to bowiem również rynek, na którym występuje konkurencja i także w sektorze zamówień publicznych konkurenci winni powstrzymać się od działań lub zaniechań mających znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

III Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Przystępującego, odwołując się do opinii eksperta, którego powołał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, sporządzonej przed odrzuceniem oferty Odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 3091/20 została rozstrzygnięta kwestia udziału Przystępującego, gdyż Odwołujący formułował zarzuty dotyczące naruszenia konkurencji. Zamawiający oświadczył, iż Przystępujący nie brał udziału w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego sprzętu, natomiast Zamawiający od początku informował, że sprzęt ma współdziałać z oprogramowaniem dostarczonym przez Przystępującego, które zostało wcześniej zakupione przez operatora

stadionu. Zamawiający wyjaśnił, że w kwestii sprzętu i oprogramowania na stadionie współdziałają dwa podmioty, tj. Miasto Poznań, które jest właścicielem stadionu i które zakupuje sprzęt oraz operator stadionu – dzierżawca – KKS Lech Poznań S.A., który zakupił oprogramowanie. Dlatego Zamawiający uzupełnił specyfikację o materiał przygotowany przez Przystępującego, dotyczący jego oprogramowania. Zamawiający wyjaśnił, iż Przystępujący zadeklarował jedynie chęć współpracy, a nie udostępnienia całości dokumentacji oprogramowania, a spór dotyczył głównie kosztów integracji systemu.

Zamawiający podkreślił, że to na skutek odwołania Odwołującego o sygn. KIO 2875/20, który wskazywał na konieczność opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w jaki sposób ma sprzęt współdziałać z oprogramowaniem, pojawiła się informacja dotycząca Przystępującego i jego oprogramowania, a wymóg dotyczący zasilania przez POE wynikał z zapewnienia możliwości zdalnego włączenia sprzętu. Kwestia ewentualnego naruszenia konkurencji była rozpatrywana w odwołaniu o sygn. KIO 3091/20. Odwołujący złożył skargę na orzeczenie KIO i Zamawiający z decyzją wyboru oferty najkorzystniejszej czekał do otrzymania postanowienia o umorzeniu postępowania sądowego.

Opinia eksperta to rozszerzone stanowisko Zamawiającego. Wiedza techniczna nie odwołuje się do pojęć leksykalnych, tylko ustalonych standardów. Biegły wyraźnie wskazał na stronie 5-6 opinii, że wymagając zasilania przez POE Zamawiający określił, że ma być to *de facto* zasilanie bezpośrednie. Ekspert wyjaśnił, dlaczego tak uważa, odwołując się do wymogu zdalnego włączenia komputera – jest to odniesienie sfery programowej do sfery sprzętowej. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym i rozwiązaniem lepszym – ekspert wyjaśnił to na stronie 6. opinii. Odwołujący składając wyjaśnienia nie udowodnił, że jego rozwiązanie jest równoważne. Zastosowanie adaptera to nie jest to, czego wymagał Zamawiający. Po to Zamawiający jednoznacznie określił wymiary, by nie było dowolności rozwiązań i nie po to, by uzyskać komputer z przejściówką. Gdyby Zamawiający chciał takie rozwiązanie, to by to opisał.

Dla Zamawiającego „zasilanie przez POE” jest równoznaczne „standardowi POE”. Odwołujący powołał się na ochronę przed przepięciami, ale Zamawiający nie instaluje sprzętu w miejscach narażonych na przepięcia. Sieć jest odseparowana i zabezpieczona przed tymi przepięciami. Zamawiający był zainteresowany zasilaniem przez POE, bo taką instalację już posiada, o czym wykonawcy zostali poinformowani, a Zamawiający dołączył dokumentację powykonawczą stadionu i schematy zasilania.

Przystępujący w swojej ofercie złożył wyraźne oświadczenie, że sprzęt jest zgodny z opisem i potwierdził, że będzie zasilany wprost przez POE.

Zamawiający wyjaśnił, że, jeśli chodzi o oznaczenie „IP 5”, na skutek pytania Odwołującego dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale nie skorygował formularza, który mieli złożyć wykonawcy i takim formularzem (niepoprawionym) posłużył się Przystępujący. Niezależnie od formularza na ofertę składają się też inne dokumenty. Na stronie 10-11 oferty, w załączniku nr 2, Przystępujący złożył oświadczenie w zakresie zasilania i normy IP. Złożył oświadczenie, że spełnia wymagania wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, a Zamawiający stwierdził, że nie ma podstaw do kwestionowania tego oświadczenia. Skoro bowiem Przystępujący posłużył się formularzem z błędem Zamawiającego i złożył oświadczenie o spełnianiu wymogów opisu przedmiotu zamówienia, to jest tym oświadczeniem związany i musi spełnić normę IP 54.

IV Stanowisko Przystępującego

Przystępujący oświadczył, iż zaoferował urządzenie zasilane bezpośrednio przez standard POE. Jego zdaniem zapis standardu jest najistotniejszy. Co do określeń „przez” i „bezpośrednio”, według niego, jeśli jest ustalona norma, to jest to norma. Jeśli istnieje zapis standardu, to urządzenie musi być tak zasilane. Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia było dla niego jednoznaczne, że urządzenie musi być zasilane w taki sposób, zasilanie przez adaptory było stosowane 10 lat temu, gdy POE nie było tak rozpowszechnione. Wszystkie przejściówki to dodatkowe urządzenia, które stwarzają ryzyko awarii.

Komputer składa się z wielu komponentów, które producent komponuje zgodnie z życzeniem. Przystępujący zaoferował komputer Fitlet2 z gniazdem POE. Podczas rozprawy Przystępujący okazał oferowany komputer wskazując, że znajduje się na nim nalepka z oznaczeniem „Compulab Fitlet2”. Wyjaśnił, iż zastosowano w nim radiator w formie obudowy. Przystępujący stwierdził, że oferowane przez niego urządzenie w całości jest produkowane przez jednego producenta, który sprzedaje je jako całość.

Jeśli chodzi o normę szczelności wskazał, iż formularz nie został poprawiony, lecz Przystępujący jednoznacznie wykazał spełnienie wymogu opisu przedmiotu zamówienia w oświadczeniu, w 2. kolumnie tabeli na stronie 11. Czytniki Przystępującego spełniają normę IP 54.

Przystępujący oświadczył też, iż nie brał udziału w przygotowaniu postępowania.

V Stanowisko Izby

Rozpatrując złożone odwołanie Izba na wstępie stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej 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 (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Odwołującego i Przystępującego i złożonych przez nich dokumentów oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 82 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dowolne, sprzeczne z zasadami logiki przyjęcie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie urządzenia typu miniPC nie spełniającego wymagań technicznych określonych w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. rozmiaru urządzenia (przekroczenie wymiaru 150 x 150 x 50 mm) oraz sposobu zasilania (bezpośrednio przez POE),
2. w razie nieuznania zasadności zarzutu nr 1 w zakresie sposobu zasilania urządzenia:
 - a) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że komputer miniPC nie jest zasilany przez POE, podczas gdy wymóg ten eliminuje produkty podłączane oddzielnie do sieci i prądu – zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie jest nie tylko równoważne, ale i lepsze, więc nie może stanowić podstawy do przyjęcia, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

b) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców i nieodrzućenie oferty Przystępującego z tych samych przyczyn, tj. w zakresie sposobu zasilania, bowiem zaoferowane przez ten podmiot urządzenie również nie jest zasilane bezpośrednio z POE,

3. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzućenia oferty Przystępującego z uwagi na niespełnienie przez nią wymogów ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. wymogu spełniania przez czytnik co najmniej normy IP 54,

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzućenia oferty Przystępującego, który – mimo ustawowego zakazu – brał czynny udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia przygotowując dokumentację techniczną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również celowo ograniczył zakres tej dokumentacji, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (utrudnianie dostępu innym wykonawcom do zamówienia publicznego).

Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 82 ust. 3: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Art. 89 ust. 1 pkt 1-3: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 1) jest niezgodna z ustawą; 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Art. 7 ust. 1: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Art. 29 ust. 1 i 3: „1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy <<lub równoważny>>”.

Art. 24 ust. 1 pkt 19: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.”

Dodatkowo, art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią: „1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.”

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 82 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie urządzenia typu miniPC nie spełniającego wymagań technicznych określonych w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. rozmiaru urządzenia (przekroczenie wymiaru 150 x 150 x 50 mm) oraz sposobu zasilania (bezpośrednio przez POE) Izba stwierdziła, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest m.in. dostawa urządzeń służących do odczytu biletów (czytników), sygnalizatorów świetlnych informacyjnych, komputerów miniPC, przełączników sieciowych i serwerów.

W punkcie nr 2 „Wymagania sprzętowe” lit. c „Komputer typu mini PC” Zamawiający wskazał: „• zasilanie przez POE (IEEE 802.3af), POE+ (IEEE 802.3at) lub POE ++ (IEEE 802.3bt (Type 3))”.

Podobnie w punkcie 2. lit. a „Urządzenie służące do odczytu biletów („Czytnik”) Zamawiający wskazał: „• zasilanie przez standard POE (IEEE 802.3af), POE+ (IEEE 802.3at) lub POE ++ (IEEE 802.3bt (Type 3))”, w punkcie 2. lit. b „Sygnalizator świetlny informacyjny”: „• Zasilanie poprzez POE (IEEE 802.3af), POE+ (IEEE 802.3at) lub POE ++ (IEEE 802.3bt (Type 3))”, punkcie 2. lit. d „Przełącznik sieciowy”: „• zasilanie POE+ IEEE 802.3at/af and Passive PoE na wszystkich portach”.

PoE (Power over Ethernet) to technologia oparta na kilku standardach przesyłu energii elektrycznej do urządzeń peryferyjnych będących elementami sieci Ethernet. Sposób działania tej technologii został opisany w kilku standardach, które definiują tryby zasilania, jak wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia IEEE 802.3af z 2003 r., IEEE 802.3at z 2009 r. (inaczej PoE+/PoE plus), czy IEEE 802.3bt (inaczej 4PPoE).

Tym samym, w ocenie Izby, powyższe wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym sporny wymóg zawarty w punkcie 2. lit. c, należy interpretować w ten sposób, że komputer typu miniPC (jak i inne urządzenia) miały być zasilane za pomocą sieci Ethernet, a nie *a contrario* – np. z sieci elektrycznej („z gniazdka”). W wymaganiach tych Zamawiający nie opisał natomiast szczegółów przebiegu tego zasilania, tj. czy powinno się to odbywać np. za pomocą karty zamontowanej w tym komputerze, czy też za pomocą adaptera/przejściówki.

Należy przy tym podkreślić, że kwestia spełniania wymogów zamawiających przy pomocy różnego rodzaju przejściówek jest standardowym przedmiotem sporu przy tego typu zamówieniach informatycznych, dlatego dla jasności wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia co najmniej wysoce wskazane jest, by zamawiający w swoich wymaganiach wskazywali, czy dopuszczają, czy też zabraniają spełniania wymogów przy wykorzystaniu przejściówek, adapterów itp. elementów. W przeciwnym wypadku nie zostają spełnione wymogi art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jest oczywiste, że wielokrotnie możliwość (lub nie) zaoferowania tego typu rozwiązań ma wpływ na wybór konkretnego producenta i modelu sprzętu, a tym samym i na cenę oferty. Również Zamawiający w niniejszym postępowaniu mógł ten problem przewidzieć i umieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowne wskazanie, a jego brak działa na zasadzie *in dubio contra proferentem* („wątpliwości tłumaczy się przeciwko autorowi wzorca”).

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powołał się na standardy zasilania, ale nie zaznaczył, że nie dopuszcza przejściówek/adapterów itp., tym samym należy uznać, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała takiego zakazu, zatem oferta Odwołującego takiego zakazu nie naruszyła i nie jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Również, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z „Prywatnej opinii eksperta informatyka” z 9 marca 2021 r. nie można wywieść twierdzeń przeciwnych – zwłaszcza wskazania, że już samo powołanie standardów PoE oznacza zakaz stosowania adapterów. Ekspert stwierdził jedynie, że „w zapytaniach kierowanych do zamawiającego przed złożeniem ofert nie było pytania o możliwość zastosowania adaptera do zasilania PoE” oraz „z załącznika nr 1 do

SIWZ wynika jednoznacznie, że zamówiono pięć rodzajów urządzeń tj. urządzenia służące do odczytu biletów (czytnik), sygnalizatory świetlne informacyjne, komputery typu miniPC, przełączniki sieciowe i serwery. Wynika stąd, że nie zamawiano urządzeń w rodzaju adapterów zasilania PoE. Aczkolwiek należy wskazać, że na pytanie odnośnie wkładek SFP zamawiający dopuścił ich zastosowanie według uznania wykonawcy, mimo że takich wkładek SFP nie zamawiał”. Z owego stwierdzenia wynika więc jedynie, że Zamawiający nie wymagał adapterów jako przedmiotu zamówienia, lecz nie zakaz ich zastosowania jako elementu osprzętu komputerów typu miniPC.

Podobnie w opinii wskazano, że „jeżeli uznać, że zastosowanie adaptera POE jest swoistym równoważnym zamiennikiem, to z całą pewnością nie jest to rozwiązanie o parametrach lepszych aniżeli bezpośrednie przyłącze zasilania POE dostępne w danym zamawianym urządzeniu”. Jednak, aby mówić o rozwiązaniach równoważnych, Zamawiający musiałby najpierw wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na wymóg bezpośredniego przyłącza zasilania PoE w danym zamawianym urządzeniu – wskazał jednak jedynie ogólnie na „zasilanie przez POE”.

Należy też zauważyć już na marginesie, że na wstępie wymagań zawartych w punkcie 2. lit. c opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał: „Urządzenie musi posiadać cechy charakterystyczne dla komputerów przemysłowych przystosowanych do pracy w wymagających warunkach.” Co prawda podczas rozprawy Odwołujący nie powołał się bezpośrednio na to wskazanie, jednak podkreślał, że w warunkach przemysłowych stosuje się adaptory – z powodów techniczno-ekonomicznych, jako urządzenia zabezpieczające komputer przed przepięciami, tańsze do wymiany w razie uszkodzenia.

Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, że rozwiązanie zastosowane przez Odwołującego nie pozwala na zdalne włączenie urządzeń (co również było wymogiem opisu przedmiotu zamówienia), czemu Odwołujący zaprzeczył wskazując, że wymóg ten jest spełniony również przez zaoferowane przez niego rozwiązanie. Zamawiający nie wykazał, że nie jest to prawdą – jak również okoliczność ta – jak zauważył Odwołujący – nie była wskazana jako podstawa odrzucenia oferty.

Należy zwrócić uwagę, że w zamówionej przez Zamawiającego „Prywatnej opinii eksperta informatyka” z 9 marca 2021 r., na którą powoływał się Zamawiający jako podstawę swoich ustaleń, ekspert nie zanegował możliwości zdalnego włączania komputera, a jedynie wskazał na taką wątpliwość, ale wskazując jedynie na to, że wątpliwość ta powstała „albowiem w przedstawionych ekspertowi materiałach nie ma wyjaśnienia wykonawcy w tym aspekcie” (lecz o takie wyjaśnienia Zamawiający Odwołującego nie prosił).

Jeśli zaś chodzi o wymiary komputera miniPC (maksymalnie 150 x 150 x 50 mm), to wymóg ten należy interpretować zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, tj. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł w tym zakresie żadnych jasnych i bezpośrednich wskazań, natomiast standardowo do podawanych wymiarów urządzeń (laptopów, jednostek centralnych, monitorów itd.) nie wlicza się takich elementów jak zasilacze, adaptory itd. Akurat w przypadku niniejszego zamówienia sytuacja jest wyjątkowa, gdyż sam zaoferowany komputer jest kilkukrotnie mniejszy niż adapter, jednak samo oświadczenie Zamawiającego (wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie różni się przez to od innych tego typu oświadczeń, dlatego, w ocenie Izby, nie można go traktować odmiennie.

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem tej oferty. Jednocześnie, w związku z uznaniem zasadności powyższego zarzutu (zarzutu nr 1) Izba nie rozpatrywała zarzutu nr 2, zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niespełnienie przez nią wymogów ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. wymogu spełniania przez czytnik co najmniej normy IP 54 Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opisie przedmiotu zamówienia, w punkcie 2. „Wymagania sprzętowe”, lit. a „Urządzenie służące do odczytu biletów („Czytnik”)” Zamawiający wskazał: „wszystkie komponenty składające się na urządzenie czytające muszą być zamontowane w sposób zapewniający szczelność na poziomie co najmniej IP5, zgodnie z PN-EN 60529:2003”.

Następnie, w „Wyjaśnieniach i Modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” z 30 listopada 2020 r., zawierających odpowiedzi na dodatkowe pytania dotyczące wyjaśnień i modyfikacji specyfikacji z 17 listopada 2020 r., w punkcie 6. wskazał zapytanie: „Norma PN-EN 60529:2003 do określenia szczelności obudowy urządzenia wykorzystuje co najmniej 4 znaki (...) Zamawiający w zał. Nr 1 do SIWZ, pkt 2 a) umieścił jedynie jedną cyfrę charakterystyczną, co uniemożliwia prawidłowego określenia stopnia szczelności. Proszę o podanie prawidłowej wartości. Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje treści zał. nr 1 do SIWZ w ten sposób, że w pkt. 2a), w części dotyczącej Specyfikacji

technicznej urządzeń, ostatni punkt otrzymuje brzmienie: <<wszystkie komponenty składające się na urządzenie czytające muszą być zamontowane w sposób zapewniający szczelność na poziomie co najmniej IP54 zgodnie z PN-EN 60529:2003>>”.

Zawarta w sporządzonym przez Zamawiającego załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia kolumna „Opis parametrów oferowanych (producent, model, wersja, parametry techniczne)” pozostała pusta – do wypełnienia przez wykonawców.

Nie było sporne, że w ofercie – w formularzu „Opis techniczny sprzętu”, sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Przystępujący, w wersji „Urządzenie służące do odczytu biletów (czytnik): 78 sztuk”, w kolumnie „Opis parametrów oferowanych (producent, model, wersja, parametry techniczne)”, wskazał: „ • szczelność na poziomie IP 5 zgodnie z normą PN-EN 60529:2003”. Nie było również kwestionowane, że Przystępujący, wypełniając załącznik nr 2 w spornym zakresie, posłużył się tekstem będącym kopią wymagań zawartych w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opisie przedmiotu zamówienia, przed modyfikacją odpowiedzią z 30 listopada 2020 r. Nie wykazano także, że celem Odwołującego przy sporządzaniu oferty było zaoferowanie czytników o parametrach szczelności innych niż wskazane w modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 30 listopada 2020 r., jak również, że zaoferowane czytniki posiadają szczelność na poziomie niższym niż wymagane IP54. Podczas rozprawy Przystępujący oświadczył, że zaoferowane czytniki posiadają poziom szczelności IP54.

Tym samym Izba nie miała podstaw do kwestionowania oświadczenia Przystępującego i stanowiska Zamawiającego i stwierdzenia, że błąd zaistniały w ofercie Przystępującego wynikał z innych przyczyn niż wskazane powielenie błędnego tekstu z pierwotnej wersji opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności z zamiaru złożenia oferty niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Izby nie jest to więc błąd dyskwalifikujący ofertę – chociaż niewątpliwie Przystępujący powinien był przy sporządzaniu oferty poświęcić więcej uwagi kopiowanemu tekstowi.

Badając ofertę Zamawiający mógł – czy nawet: powinien był – wyjaśnić treść oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – i dla jasności i jednoznaczności oferty oraz uniknięcia potencjalnych przyszłych sporów – uzyskać stosowne oświadczenie Przystępującego w tym zakresie lub nawet dokonać poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (w zależności od tego, czy uznałby zaistniały stan za omyłkę pisarską, czy też nie). Biorąc jednak pod uwagę fakt, że w chwili obecnej Przystępujący złożył w tym zakresie oficjalne oświadczenie w trakcie rozprawy i treść oferty (oświadczenia) została ustalona, takie działanie Zamawiającego nie jest konieczne.

Izba nie uznała również za zasadny zarzutu nierównego potraktowania Odwołującego i Przystępującego. Podczas rozprawy Przystępujący oświadczył, że zaoferował komputer Fitlet2 producenta Compulab z zainstalowanym gniazdem PoE oraz okazał oferowany komputer wskazując, że znajduje się na nim nalepka z oznaczeniem „Compulab Fitlet2”. Wskazał też, że producent komponuje komputer z komponentów zgodnie z życzeniem klienta.

W związku z faktem, że okazany komputer potwierdził wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz posiadał oznaczenia (producenta i model) zgodne ze wskazanymi w ofercie, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw, by uznać, że zaoferowany model komputera nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który brał czynny udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia przygotowując dokumentację techniczną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również celowo ograniczył zakres tej dokumentacji, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (utrudnianie dostępu innym wykonawcom do zamówienia publicznego), Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z systematyką ustawy Prawo zamówień publicznych do przygotowania postępowania odnoszą się przepisy działu II „Postępowanie o udzielenie zamówienia”, rozdziału 2. „Przygotowanie postępowania”, tj. art. 29 – 38. Do czynności związanych z przygotowaniem postępowania należy m.in. przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia będącego jej częścią.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnieniach do niej Zamawiający kilkakrotnie odniósł się do oprogramowania – Systemu Kontroli Biletów „RAC” (systemu RAC Roboticket) zakupionego przez dzierżawcę (operatora) stadionu – KKS Lech Poznań od Przystępującego, z którym oferowany sprzęt musi współdziałać – co było założeniem na etapie zamówienia (np. pkt 1 i 2 lit. a załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia). W punkcie 1. Zamawiający wskazał, że w ramach realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany jest do instalacji zaoferowanych urządzeń w oparciu o istniejącą infrastrukturę Systemu Kontroli Biletów wraz z rewitalizacją pozostawionych (niepodlegających demontażowi) elementów systemu – opis dotychczasowej infrastruktury stanowi dokumentacja powykonawcza systemu kontroli biletów (kwiecień 2010 rok) stanowiąca załącznik nr 1a do specyfikacji. W punkcie 2. lit. a zawarł postanowienie, że czytnik musi współpracować z oprogramowaniem, którym dysponuje dzierżawca stadionu, tj. SYSTEM RAC ROBOTICKET.

Jednocześnie podczas rozprawy Zamawiający i Przystępujący oświadczyli, iż Przystępujący nie brał udziału w przygotowaniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że nie brał udziału w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia ani innych części specyfikacji istotnych warunków zamówienia (nawet jeśli finalnie zamawiający na etapie przetargu lub realizacji umowy posłużył się lub posłuży dokumentacją ww. oprogramowania przygotowaną przez Przystępującego – jako dokumentacją techniczną swojego produktu, zresztą ze wskazaną datą 2010 rok).

Konieczność dostosowania oferowanego oprogramowania lub urządzeń do oprogramowania i urządzeń już posiadanych przez danego zamawiającego – co jest standardowym i koniecznym wymogiem w tego typu postępowaniach przetargowych – nie jest udziałem w przygotowaniu postępowania w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to udział odnosi się do dokonywania czynności w tym postępowaniu, jak np. przygotowywanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub jej elementów. Jednak nie każdy dokument załączony przez danego zamawiającego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznacza udział autora tego dokumentu w przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też posłużenie się dokumentem podmiotu trzeciego dotyczącego produkowanego przez niego produktu w takim kontekście jak w niniejszej sprawie nie jest takim udziałem w przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7.500 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

- a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,
- b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,
- c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
- b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,
- c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,
- d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części koszty ponosi odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części; w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 7.500 złotych i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot połowy wpisu, tj. kwotę 3.750 zł stanowiącą proporcjonalne koszty postępowania odwoławczego oraz zniósła wzajemnie koszty dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: