

Sygn. akt KIO 2476/19

WYROK
z dnia 19 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TELBUD S.A. w Poznaniu, MIKRONIKA Sp. z o.o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie - Jeziornej

przy udziale wykonawcy MAXTO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Modlniczce zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty T4B Sp. z o.o. w Warszawie z powodu braku wskazania w ofercie informacji identyfikujących oferowane kamery;
- 1.2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Polskim Sieciom Elektroenergetycznym S.A. w Konstancinie – Jeziornej unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym odrzucenie oferty MAXTO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Modlniczce na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu zaoferowania kamery, która nie spełnia wymagania zamawiającego dotyczącego temperatury pracy;
- 1.3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
2. kosztami postępowania obciąża Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie – Jeziornej i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia TELBUD S.A. w Poznaniu, MIKRONIKA Sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A. w Konstancinie – Jeziornej na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TELBUD S.A. w Poznaniu, MIKRONIKA Sp. z o.o. w Poznaniu kwotę 19.385 zł 36 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt pięć złotych trzydzieści sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie – Jeziornej – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest modernizacja systemu telewizji dozorowej (CCTV) i systemu kontroli dostępu (SKD) oraz wykonanie integracji systemów ochrony technicznej (SOT) w siedzibie PSE S.A. w Konstancinie – Jeziornie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 196-444188 dnia 11 października 2018 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

6 grudnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TELBUD S.A. w Poznaniu, MIKRONIKA Sp. z o.o. w Poznaniu wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp polegające na odrzuceniu oferty odwołującego jako nie odpowiadającej treści SIWZ oraz uznaniu, że odwołujący dokonał zmiany oferty, podczas gdy oferta odwołującego odpowiada treści SIWZ i jako taka nie powinna zostać odrzucona przez zamawiającego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp polegające na nieodrzuconiu oferty MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. i wyborze jej jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. nie odpowiada treści SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona przez zamawiającego;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp polegające na nieodrzuconiu oferty T4B Sp. z o.o., podczas gdy oferta T4B Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona przez zamawiającego;
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. jako oferty najkorzystniejszej,

2. odrzucenie oferty MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. jako niezgodnej z SIWZ,
3. odrzucenie oferty T4B Sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ,
4. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
5. powtórzenie czynności oceny ofert celem ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
6. obciążenie zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wywołał w pierwszej kolejności, że zamawiający niezasadnie uznał wyjaśnienia złożone przez odwołującego za zmianę treści oferty. Wyjaśnił, że na etapie składania ofert nie mógł dostarczyć karty katalogowej oferowanej kamery, ponieważ nie weszła ona jeszcze oficjalnie do sprzedaży i jej parametry (w tym precyzyjne jej oznaczenie - kod) nie zostały jeszcze podane do publicznej wiadomości i stanowiły tajemnicę producenta - firmy AXIS, ale cena tej kamery została ujęta w cenie oferty. Ze względu na to, że firma AXIS produkcję zaoferowanej przez odwołującego kamery określała jako rozwój linii produktowej dotychczasowej linii kamer, należących do tej samej rodziny kamer tubowych, odwołujący podał w ofercie dotychczasowe oznaczenie - kod producenta - kamery, ponieważ nie znał jeszcze oznaczenia, które producent zamierzał nadać temu produktowi.

Odwołujący zarzucił, że niezgodność oferty MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. z SIWZ polega na niezaoferowaniu w ofercie urządzeń firewall. Wskazał, że w ofercie MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. brak jest kart katalogowych tych urządzeń, brak także wzmianki o nich w jakiegokolwiek części oferty. Odwołujący przypomniał, że na ofertę w zakresie technicznym składało się kilka elementów: opis oferowanych rozwiązań, wykaz oferowanych urządzeń wraz z ich kartami katalogowymi oraz diagram architektury proponowanych rozwiązań. W ofercie MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. w żadnej z wymienionych części oferty, ani też dokumencie załączonym do oferty nie ma jakichkolwiek informacji o urządzeniach firewall, natomiast odwołujący załączył karty katalogowe zaoferowanych urządzeń firewall, wskazał je w wykazie, przedstawił na diagramie oraz wspomina o nich w opisie - przez wskazanie miejsca ich instalacji. Odwołujący wyjaśnił, że urządzenia firewall są zaawansowanymi, specjalizowanymi rozwiązaniami sprzętowo-programowymi aktywnych urządzeń sieciowych, które przeznaczone są do zapewnienia bezpieczeństwa. Muszą być wyposażone w wiele portów sieciowych, stanowiąc równocześnie routery i przełączniki sieciowe. O tym jak ważnymi dla zamawiającego są urządzenia firewall świadczy 68 punktów szczegółowych wymagań oraz 21 odpowiedzi wyjaśniających treść SIWZ w tym zakresie. W związku z tym wyjaśnienia złożone przez MAXTO Sp. z o.o. S.K.A ograniczające się do oświadczenia, że urządzenia firewall zostały ujęte w ofercie i spełniają wymagania określone w SIWZ,

pozostając w sprzeczności z samą treścią oferty, nie pozwalają na uznanie, iż oferta tego wykonawcy jest zgodna z SIWZ.

Ponadto odwołujący podniósł, że niektóre z pierwotnie zaoferowanych przez MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. kamer nie spełniały wymagań SIWZ, a zamawiający dopuścił zmianę ich kart katalogowych (dla kamery NEXUS przedstawiono nową kartę katalogową, dla kamery AVIGILON - oświadczenie producenta). Odwołujący przywołał treść wezwania zamawiającego skierowanego do MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. oraz udzielone odpowiedzi.

Odwołujący wywiódł, że niezgodność oferty T4B Sp. z o.o. z SIWZ polega na braku zaoferowania w ofercie urządzeń firewall. Również bowiem w ofercie tego wykonawcy brak jest wyszczególnionych urządzeń firewall, a zamawiający zadowolił się złożonymi przez T4B Sp. z o.o. wyjaśnieniami, ograniczającymi się do oświadczenia, że urządzenia firewall zostały ujęte w ofercie i spełniają wymagania określone w SIWZ, pozostającego w sprzeczności z samą treścią oferty.

Odwołujący wskazał również, że T4B Sp. z o.o. nie przedstawił w swojej ofercie pełnej informacji o oferowanych kamerach, a zrobił to dopiero w wyjaśnieniach.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący podkreślił różnicę w postępowaniu zamawiającego w odniesieniu do urządzeń firewall, a innych znacznie mniej istotnych elementów oferowanego systemu. W wezwaniach wykonawców do złożenia wyjaśnień zamawiający prosił przykładowo o uzupełnienie ofert o karty katalogowe pilotów zdalnego odblokowania drzwi (pomimo, że nie były one wyszczególnione we Wzorze nr 12), a całkowicie niezasadnie nie zażądał od wykonawców, którzy pominęli urządzenia firewall w swoich ofertach (tj. MAXTO i T4B) dostarczenia kart katalogowych specyfikujących parametry oferowanych urządzeń firewall, pomimo, że były wyszczególnione we wzorze nr 12 i stanowią one najdroższe urządzenia spośród wszystkich przełączników sieciowych. Takie postępowanie zamawiającego jest sprzeczne z oceną oferty odwołującego, która została odrzucona przez zamawiającego jedynie z powodu oznaczenia kamery typu 6. Choć część kamer przedstawionych w ofertach wykonawców MAXTO i T4B również nie spełniała wymagań SIWZ, to zamawiający dopuścił zmianę ich kart katalogowych i doprecyzowanie ich typów na etapie składania wyjaśnień, a nawet deklaracje późniejszego ich (notabene wariantowego) doposażenia, chociaż - zgodnie z logiką zamawiającego przyjętą w odniesieniu do oceny oferty odwołującego - powinno to stanowić zmianę treści oferty. Istotną zmianę treści oferty stanowiłoby wskazanie na etapie składania wyjaśnień typu urządzeń firewall i załączenie ich kart katalogowych, do czego jednak zamawiający nie wezwał firm MAXTO i T4B, co jest oczywistym przejawem nierównego traktowania wykonawców

Wykonawca MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Modlniczce przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 16 grudnia 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska, z wyjątkiem uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty T4B Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu braku dostatecznej identyfikacji oferowanych kamer. Wobec braku zgłoszenia sprzeciwu postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu.

Izba ustaliła, co następuje

Zgodnie z częścią I pkt III ust. 1 pkt 3 SIWZ na zakres zamówienia składa się dostawa kompletu wymaganych urządzeń i osprzętu niezbędnego do zrealizowania przedmiotu zamówienia. System telewizji dozorowej składa się z 140-150 punktów kamerowych, natomiast system kontroli dostępu składa się z ok. 160 szt. przejść kontrolowanych.

Szczegółowe wymagania stawiane przedmiotowi zamówienia zostały opisane w części II SIWZ, w którym zamawiający w rozdziale 3 pkt 1.1.1. ustalił wymagania dla kamer zewnętrznych, w tym dla typu 6. Wymagał m.in., aby kamera ta posiadała przetwornik obrazu minimum 1/2.3". Dla kamer zewnętrznych wymagał zakresu pracy w temperaturach co najmniej od -40°C do +50°C.

W części I pkt III ust. 1 pkt 3 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy wskazali w ofercie nazwę producenta, modelu oferowanego sprzętu, opis zastosowanych rozwiązań, diagram architektury systemów oraz złożyli karty katalogowe oferowanych urządzeń. W części I pkt XIII ust. 3 pkt 4 SIWZ zamawiający zastrzegł, że na ofertę mają składać się parametry oferowanego sprzętu, zgodnie z wzorem nr 12.

Wiążący charakter tego wzoru ustalony został w odpowiedzi na pytanie nr 138, w której zamawiający poinformował, że zmienia treść Rozdziału XII pkt. 3 Części nr I SIWZ, w ten sposób, że wymaga, aby na ofertę składały się:

- 1) wypełniony Formularz oferty (wzór nr 11 Części III SIWZ),
- 2) oryginał pełnomocnictwa udzielanego osobom podpisującym ofertę, o ile

prawo do reprezentowania Wykonawcy w powyższym zakresie nie wynika wprost z wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

- 3) dokument potwierdzający wniesienie wadium;
- 4) parametry oferowane sprzętu - Wzór nr 12 Części III SIWZ.

Wzór nr 12 wymagał od wykonawcy, aby wyspecyfikował następujące urządzenia:

1. kamery;
2. serwery;
3. przełączniki sieciowe;
4. monitory;
5. stacje robocze;
6. czytniki kontroli dostępu;
7. kontrolery;
8. oprogramowanie (CCTV, SKD, integrator).

Wzór formularza cenowego (wzór nr 5 do SIWZ, część III SIWZ) i wzór formularza ofertowego (wzór nr 11, część III SIWZ) nie wymieniają odrębnie firewalli.

W odpowiedzi odwołujący złożył ofertę, w której wskazał jako kamerę typu 6 – kamerę firmy ASIX P1448-LE.

Zamawiający pismem z 16 września 2019 r. zwrócił się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wskazując, że kamera nie spełnia wymagania zamawiającego dotyczącego parametrów przetwornika. W odpowiedzi z 25 września 2019 r. odwołujący wskazał, że na etapie składania ofert nie mógł dostarczyć karty katalogowej oferowanej kamery, ponieważ nie weszła ona jeszcze oficjalnie do sprzedaży i jej parametry (w tym precyzyjne jej oznaczenie - kod) nie zostały jeszcze podane do publicznej wiadomości i stanowiły tajemnicę firmy AXIS, ale cena tej kamery została ujęta w cenie oferty. Ze względu na to, że producent kamery określał jako rozwój linii produktowej dotychczasowej linii kamer, należących do tej samej rodziny kamer tubowych, odwołujący podał w ofercie dotychczasowe oznaczenie (kod producenta) kamery, albowiem nie znał jeszcze oznaczenia, które producent zamierzał nadać temu produktowi. Odwołujący dołączył kartę katalogową kamery Q 1798-LE oraz oświadczenie firmy AXIS otrzymane przed złożeniem oferty, że kamera ta spełnia wszystkie wymagane parametry SIWZ.

W odpowiedzi na wymagania zamawiającego przystępujący oraz T4B Sp. z o. o. złożyli ofertę, w której nie wyspecyfikowali firewalli i nie złożyli kart katalogowych. Jako kamery zewnętrzne przystępujący zaoferował kamery NEXUS 4MP-NEX-BLT-PRO i AVIGILON 8.0-H4A-BO1-IR-B.

Pismami z 16 września 2019 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego i T4B Sp. z o. o. o wyjaśnienie treści ofert. Wskazał, że oferty nie zawierają wyszczególnionych

firewalli i żądał od wykonawców potwierdzenia, że każdy z nich przewidział w ofercie firewall zgodny z wymaganiami zamawiającego. Ponadto w piśmie skierowanym do przystępującego stwierdził, że jednym z wymagań określonych dla kamer zewnętrznych jest temperatura pracy co najmniej w zakresie od -40°C do +50 °C. Kamery NEXUS 4MP-NEX-BLT-PRO i AVIGILON 8.0-H4A-BO1-IR-B posiadają temperaturę pracy odpowiednio od -30°C i -35°C. W związku z tym pytał, jak wykonawca zamierza spełnić wymaganie określone w SIWZ, czy planowane jest np. dołożenie dodatkowych grzałek w celu spełnienia wymagania?

W odpowiedzi z 24 września 2019 r. T4B Sp. z o. o. potwierdził ujęcie w cenie oferty firewalla spełniającego w pełni wymagania SIWZ.

Wykonawca MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. w odpowiedzi z 27 września 2019 r. oświadczył, że przewidział w ofercie firewall zgodny z wymaganiami zamawiającego, jednak na marginesie wskazał, że wzór nr 12 nie wymagał wyspecyfikowania urządzeń typu firewall. Natomiast w odniesieniu do zakresu temperatury pracy kamer zewnętrznych przekazał aktualną kartę katalogową kamery NEXUS oraz oświadczenie Megavision Technology, w którym firma ta, jako producent potwierdziła, że w kamerach Avigilon 8.0-H4A-B01-IR-B mogą zostać zainstalowane dodatkowe grzałki lub kamera zostanie doposażona w dodatkową obudowę w celu spełnienia wymagań SIWZ dotyczących minimalnej temperatury pracy.

W wyniku oceny otrzymanych wyjaśnień zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że odwołujący składając ofertę zaproponował - w zakresie kamery typu 6 - kamerę, która nie spełnia wymogów SIWZ, gdy zawiera inny niż wymagany przez zamawiającego rozmiar przetwornika obrazu kamery, a w złożonych wyjaśnieniach oświadczył, że zostanie zastosowana kamera innego typu, niż wskazana w ofercie, zgodna z SIWZ. Zamawiający uznał na podstawie powyższego, że w toku postępowania odwołujący zmienił treść oferty, co zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalne.

Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę przystępującego i nie odrzucił oferty T4B Sp. z o.o.

W związku z otrzymaniem powołanej informacji o wyniku postępowania odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Naruszające ustawę czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego i zaniechaniu odrzucenia ofert dwóch pozostałych wykonawców grożą

odwołującemu poniesieniem szkody, gdyż oferta odwołującego nie może zostać wybrana, a on sam został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Spełnieniu materialnych przesłanek dopuszczalności odwołania nie sprzeciwia się wskazywane przez przystępującego ewentualne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, które może nastąpić, jeśli odwołujący nie obroni swojej oferty, a znajdą potwierdzenie zarzuty podniesione wobec ofert konkurentów. W orzecznictwie Izby kształtuje się pogląd, zgodnie z którym ewentualne przyszłe unieważnienie postępowania nie stoi na przeszkodzie rozpoznaniu odwołania (wyroki z: 22 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 18/18, 29 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 74/18, 1 marca 2018 r. sygn. akt KIO 171/18, 5 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1227/18). Izba w tym składzie orzekającym podziela ten pogląd.

Pojęcie dane zamówienie powinno być wykładane szeroko i utożsamiane z daną usługą, dostawą lub robotą budowlaną, a nie – wąsko – z umową, która może być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia danego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, chociaż nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami. Istota sporu sprowadza się do oceny zgodności treści złożonych ofert z treścią SIWZ. W tej mierze przypomnienia wymaga, że SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu i stanowi podstawę wielostronnego stosunku przetargowego, który skutkiem złożenia ofert nawiązuje się między zamawiającym a wykonawcami. Specyfika tej szczególnej relacji prawnej wyraża się m.in. w tym, że wymagania zawarte w SIWZ jednakowo i niepodzielnie dotyczą wszystkich wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Zasady zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp – równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości – sprzeciwiają się temu, aby zamawiający wybiórczo stosował zapisane przez siebie wymagania w stosunku do innych wykonawców, a w stosunku do innych od wymagań tych odstępował. Art. 82 ust. 3 Pzp stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że oferta, rozumiana – zgodnie z art. 66 k.c. znajdującym zastosowanie z mocy art. 14 Pzp - jako świadczenie oferowane zamawiającemu przez wykonawcę musi być zgodna z wszystkimi merytorycznymi wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ. Oferty złożone w postępowaniu podlegają ocenie według stanu na dzień ich złożenia, a ich treść co do zasady jest niezmienna. Stanowi o tym art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przeniesienie tych wywodów prawnych na grunt okoliczności sprawy prowadzi w pierwszej kolejności do konstatacji, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Treść tej oferty w zakresie kamery typu 6 nie spełniała wymagania zamawiającego dotyczącego parametru przetwornika obrazu. Treść oferty odwołującego nie daje żadnej podstawy do twierdzenia, że zamiarem odwołującego było zaoferowanie zamawiającemu kamery już istniejącej, jednak nie posiadającej jeszcze oznaczenia handlowego nadanego przez producenta. Jeśli by tak było, odwołujący powinien stosownie informację podać w treści oferty oraz poprzeć ją oświadczeniem producenta, które – jak twierdził – posiadał przed terminem składania ofert. Tego jednak nie uczynił, lecz wskazał w swojej ofercie kamerę nie spełniającą wymagań zamawiającego, którą następnie zastąpił innym urządzeniem, które wymagania te spełnia. Działanie takie zamawiający słusznie uznał za zmianę treści oferty przez odwołującego i dokonując czynności jej odrzucenia nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ podlega bowiem obligatoryjnemu odrzuceniu.

Naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nastąpiło jednak skutkiem zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, która zawierała kamery zewnętrzne Avigilon 8.0-H4A-B01-IR-B nie spełniające wymagań zamawiającego dotyczące zakresu temperatury. Zarówno z pytania zamawiającego skierowanego do wykonawcy w piśmie z 16 września 2019 r., jak i z otrzymanej odpowiedzi niewątpliwie wynika, że kamera ta nie spełnia wymagania opisanego w SIWZ i wymaga dla ich spełnienia zabiegów dostosowawczych. Okoliczność tę potwierdził również zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie. Należy również zwrócić uwagę na fakt, że w odpowiedzi z 27 września 2019 r. przystępujący nawet nie zobowiązał się do jednoznacznie do określonych działań dostosowujących kamerę do wymagań zamawiającego, lecz wskazał na możliwość takiego działania i to w dwóch wariantach: zainstalowania dodatkowych grzałek lub doposażenia kamery w dodatkową obudowę w celu spełnienia wymagań SIWZ dotyczących minimalnej temperatury pracy. Przystępujący zatem dokonał niedopuszczalnej zmiany swojej oferty, dostosowując ją do wymagań SIWZ, których nie spełniała w dacie jej otwarcia. Dodatkowo uczynił to w sposób niedookreślony, podając dwie możliwości.

Obowiązkiem zamawiającego było w takim przypadku odrzucenie oferty przystępującego, a zamawiający tego nie uczynił. Zaniechanie tej czynności przez zamawiającego stanowi jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Zarówno wymaganie dotyczące przetwornika obrazów, jak i zakres temperatur pracy kamer zewnętrznych, były równorzędnymi wymaganiami opisanymi w SIWZ. Wymagania te były jednoznaczne i konieczne do spełnienia już w dacie złożenia ofert. Nie zasługuje na uwzględnienie twierdzenie przystępującego, że skoro obowiązkiem wykonawcy wybranego będzie

wykonanie projektu oraz inwentaryzacji, to wymagania dotyczące zakresu temperatury mogą być spełnione na etapie wykonania umowy. Jeśli by tak mogło być (choć z SIWZ to nie wynika), taką samą możliwość - dostosowanie swojej oferty do wymagań zamawiającego na etapie wykonania umowy - powinien otrzymać odwołujący, którego oferta również nie spełniała wymagań SIWZ.

Naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest sytuacja, w której zamawiający wybiórczo odrzuca ofertę nie spełniającą wymagań SIWZ, a innej oferty, która wymagań SIWZ nie spełnia, nie odrzuca, nawet jeśli dotyczy to innych wymagań zamawiającego. Jak bowiem wywiedziono wcześniej wymagania te miały taki sam, wiążący wykonawców, charakter. Naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego zaistniało już skutkiem sformułowania pytania zadanego przystępującemu w celu wyjaśnienia treści oferty, zawierającego sugestię dostosowanie oferty do wymagań zamawiającego.

Izba nie podzieliła poglądu przystępującego, że zarzuty dotyczące kamer zewnętrznych nie zostały skonkretyzowane przez odwołującego. Z art. 192 ust. 7 Pzp wynika, że Izba nie może rozpoznać zarzutu nie wskazanego w odwołaniu. Odwołujący jasno wskazał, które z pierwotnie zaoferowanych przez MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. kamer nie spełniały wymagań SIWZ. Zarzucił, że dla kamery NEXUS przedstawiono nową kartę katalogową, dla kamery AVIGILON - oświadczenie producenta oraz przywołał treść wezwania zamawiającego skierowanego do MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. oraz udzielone odpowiedzi. Z wywodów odwołania bezspornie wynika, jakie zaniechanie zamawiającego wskazuje odwołujący oraz jakie okoliczności faktyczne uzasadniają podniesiony zarzut. W tych granicach zatem odwołanie podlega rozpoznaniu.

Ewentualne błędy popełnione przy subsumpcji okoliczności faktycznych pod normę prawną, nie stoją na przeszkodzie badaniu zarzutu. O treści zarzutu w postępowaniu odwoławczym przesądzą bowiem okoliczności powoływane przez wykonawcę, a nie wskazany przepis ustawy.

Biorąc pod uwagę powołane oceny i wywody prawne odwołanie w omówionym zakresie podlegało uwzględnieniu.

Pozostałe zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

Karta katalogowa kamery Aviglon wskazanej w ofercie przez przystępującego mogła zostać uzupełniona po terminie składania ofert. Karta ta, będąca zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2106 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 ze zm.) dokumentem potwierdzającym zgodność

zaoferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego, podlega uzupełnieniu. Wprawdzie prawidłową podstawę prawną działania zamawiającego powinien stanowić art. 26 ust. 3 Pzp, jednak samodzielne złożenie przez wykonawcę prawidłowego dokumentu Izba uznała za dopuszczalne w okolicznościach faktycznych sporu. W konsekwencji zamawiający przyjmując aktualną kartę katalogową oferowanej kamery nie naruszył przepisów ustawy, gdyż nie stanowi to podstawy do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała również, że z SIWZ nie wynikał jasno obowiązek wyspecyfikowania firewallei, podania ich parametrów i złożenia kart katalogowych. Zamawiający nie wskazał takiego obowiązku wprost ani we wzorze nr 12, ani w formularzu cenowym i formularzu ofertowym. Nie sposób też, jak chciałby odwołujący, obowiązkowi opisu firewallei wywieść z zamieszczenia przez zamawiającego ich opisu w części SIWZ poświęconej przełącznikom sieciowym. Pod pozycją opisującą przełączniki sieciowe zamawiający pomieścił bowiem zarówno opis urządzeń łączących segmenty sieci komputerowej, jak i firewallei, w zakresie sprzętu komputerowego wraz ze specjalnym oprogramowaniem. Co do zasady firewall pełni rolę połączenia ochrony sprzętowej i programowej, trudno zatem uznać, że zamawiający postanowienia SIWZ sformułował jasno i wyraźnie. Potwierdzeniem tego jest fakt, że z czterech złożonych ofert dwie zawierały szczegóły dotyczące firewallei, a dwie nie. Brak jednoznaczności postanowień SIWZ nie może być wykładany na niekorzyść wykonawcy. W związku z tym Izba uznała, że brak podania w ofercie przez przystępującego informacji dotyczących firewallei oraz złożenie przez niego oświadczenia, że cena oferty uwzględnia firewallle zgodne z wymaganiami SIWZ odpowiada prawu.

Naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego ma istotny wpływ na wynik postępowania, w związku z czym odwołanie należało uwzględnić. W zakresie zarzutów i żądań odwołującego, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, odwołanie podlegało oddaleniu. Informacja o częściowym oddaleniu odwołania zawarta została w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Te same racje legły u podstaw zamieszczenia w sentencji rozstrzygnięcia informacji o umorzeniu postępowania w

zakresie zarzutu uwzględnionego przez zamawiającego. Wynikający z art. 192 ust. 1 Pzp nakaz orzekania o umorzeniu postępowania odwoławczego w formie postanowienia nie stoi na przeszkodzie ujęcia rozstrzygnięcia w tym zakresie w wyroku. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego również zapada w formie wyroku i jest zamieszczane w sentencji rozstrzygnięcia. W takim przypadku rozstrzygnięcie dotyczące zarzutów rozpoznanych merytorycznie i kwestii o formalnym charakterze przybiera postać wyroku.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty związane z zastępstwem procesowym odwołującego, w tym dojazdu, opłaty skarbowej oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: