

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś
Stanisław Sadowy

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Crowley Data Poland Sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Gminę Zabrze ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze

protestu – pismo z dnia 12 marca 2008 r., wniesionego do zamawiającego 13 marca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz **MWM Spółka z o.o. ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice** po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ponowne badanie oferty złożonej przez MWM Spółka z o.o. ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice,**

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Zabrze ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Crowley Data Poland Sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Gminę Zabrze ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze na rzecz Crowley Data Poland Sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Crowley Data Poland Sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę systemu monitoringu wizyjnego miasta Zabrze*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 16 listopada 2007 r., numer ogłoszenia 224064-2007. Wartość zamówienia wynosi 1.032.481,90 zł, tj. 235.350,33 euro.

Do upływu terminu składania ofert złożono 4 oferty, z których Zamawiający odrzucił 3, w tym ofertę Odwołującego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez MWM Spółka z o.o. ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice.

Informację o odrzuceniu swojej oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał 6 marca 2008 r.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając, iż treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ w części IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający podał m. in, że wykonawca musi zawrzeć w ofercie sporządzony w formie tabeli wykaz podstawowych elementów (urządzeń) wchodzących w skład oferowanego rozwiązania, zawierający w szczególności: nazwę producenta, typ, model, ilość oraz podstawowe parametry urządzenia, zwłaszcza te, których spełnienie jest wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w załącznikach do niej. Oferta musiała zawierać również karty katalogowe lub inne dokumenty (kopie dokumentów) autorstwa producentów lub dystrybutorów urządzeń, dla zespołów i podzespołów wchodzących w skład oferowanego rozwiązania, jednoznacznie identyfikujące produkt oraz listę urządzeń systemu zgodnego z wymaganiami wynikającymi z Dokumentacji Projektowej.

Tymczasem w ofercie Odwołującego nie zostały określone parametry techniczne i cechy funkcjonalne poszczególnych elementów systemu, kosztorys ofertowy (str. 201-211 oferty) nie zawiera opisu modeli zastosowanych urządzeń, a „Wykaz zespołów i podzespołów” (str. 212-214 oferty) nie zawiera modeli oferowanych urządzeń, a jedynie nazwy ich producentów. Do oferty nie zostały także dołączone karty katalogowe. Pismem z dnia 11.02.2008 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia kart katalogowych dla wszystkich zespołów i podzespołów wchodzących w skład oferowanego rozwiązania, którego to uzupełnienia Odwołujący dokonał. W wyniku analizy kart katalogowych stwierdzono, że:

1. w części projektu zwanej planowaniem radiowym Zamawiający wymagał zastosowania systemu transmisji radiowej pracującej w:
 - a) sektorze o rozpiętości 45°, natomiast Odwołujący przedstawił system pracujący tylko w sektorach 90°, 180°, 360°,
 - b) modulacjach: 16PSK;3/4; 8PSK;2/3; QPSK;1/2, oraz systemu opartego na metodzie dostępu FDMA, a Odwołujący przedstawił

system transmisji radiowej oparty na metodzie dostępu TDMA pracującego w modulacjach: 16QAM/16QAM/QPSK,

2. Odwołujący przedłożył karty katalogowe, które nie wskazują konkretnego modelu radiolinii Eclipse – wskazane zostały dostępne modele IDU 4x16, IDU20x, IDU155o, IDU ES, IDU GE 20x – Zamawiający uznał więc, iż nie można stwierdzić, który z modeli zostałby zastosowany, a tym samym nie ma możliwości sprawdzenia zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby komputer – serwer z dyskami archiwizacji OPTIMUS Serwer VE200 G6 był wyposażony w pojemność dyskową o wartości 3 TB – Odwołujący natomiast przedstawił komputer – serwer OPTIMUS Serwer VE440 G6 z zainstalowaną pojemnością dyskową o wartości 500 GB,
4. Odwołujący nie przedstawił konkretnego modelu rejestratora cyfrowego – według przedstawionej karty katalogowej pojemność dyskowa może wynosić 80, 160, 320 lub 600 GB,
5. część dokumentacji została sporządzona w języku angielskim, co jest niezgodne z treścią punktu 10.2. części I specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

13 marca 2008 r. Odwołujący wniósł protest na:

1. czynność odrzucenia swojej oferty pomimo, iż jest ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą oraz
 2. wybór oferty złożonej przez MWM Sp. z o.o., która powinna zostać odrzucona,
- zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych „oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu” i uzasadniając następująco:
1. Odwołujący przedstawił w ofercie wykaz zespołów i podzespołów zgodnie z treścią załącznika D do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym należało wskazać wyłącznie nazwę producenta, a nie model urządzenia.

2. Odwołujący 18 lutego 2008 r., na wezwanie Zamawiającego, uzupełnił karty katalogowe, które potwierdzają, że urządzenia, zespoły i podzespoły spełniają wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
3. Odwołujący zaoferował anteny pracujące w sektorze obejmującym szerszy niż wymagany przez Zamawiającego obszar 45°, tj. 90,180 i 360° kierując się zasadą spełnienia minimalnych wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz możliwością zaoferowania rozwiązania o parametrach lepszych niż minimalne. Poza tym Zamawiający, udzielając wyjaśnień do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podkreślał, iż opisane rozwiązanie systemu radiowego punkt – wielopunkt należy traktować jako przykładowe, na którym należy się oprzeć, zapewniając parametry określone jako minimalne i funkcjonalność. Zdaniem Odwołującego oferowane anteny 90° zapewniają wszystkie parametry techniczne, a dla niektórych są lepsze, a przy tym zapewniają pokrycie szerszego obszaru zasięgiem sygnału radiowego. Dodatkowo, w stanowiącym część specyfikacji istotnych warunków zamówienia programie funkcjonalno – użytkowym Zamawiający dopuścił „sektory o kącie promieniowania 45 oraz 90 stopni”.
4. Odwołujący zaoferował system transmisji radiowej oparty na metodzie TDMA pracujący w modulacjach 16QAM/16QAM/QPSK, a nie w modulacjach 16PSK;3/4 8PSK; 2/3 QPSK;1/2 oraz system oparty na metodzie dostępu FDMA. Jednak zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie radiowe LMDS spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zapewnia lepsze parametry techniczne niż wymagane minimum. Poza tym wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozwiązanie firmy Marconi miało być traktowane nie jako obligatoryjne, lecz przykładowe. Technika TDMA wykorzystuje te same standardy co FDMA oraz inne, dodatkowe.
5. Odwołujący przedstawił karty katalogowe radiolinii Eclipse wskazujące dostępne modele, ponieważ określenie parametrów zależy od indywidualnej konfiguracji podzespołów, a producent nie posiada kart

katalogowych każdej możliwej konfiguracji. Natomiast Odwołujący zapewnił Zamawiającego, iż oferowane urządzenia są zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

6. Odwołujący oferuje komputer – serwer OPTIMUS Serwer VE440 G6, który, jak wynika z karty katalogowej, może zostać wyposażony w pojemność dyskową 3TB, więc jest zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedstawione karty katalogowe są kartami standardowymi i opisują kilka wersji konfiguracyjnych, nie ma możliwości, bez ingerencji w ich treść, przedstawić kart, które wskazywałyby wskazaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konfigurację.
7. Także w przypadku rejestratora cyfrowego, z tych samych powodów, co przy komputerze – serwerze, nie można przedstawić indywidualnych kart katalogowych. Natomiast Odwołujący oferuje rejestrator o pojemności dyskowej nie mniejszej niż 250 GB.

Dodatkowo Odwołujący stwierdził, iż wybrana oferta MWM Sp. z o.o. powinna być odrzucona, ponieważ jej wybór narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a sama oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. oferowany przez tę spółkę sprzęt Marconi jest niedostępny na rynku, co stwierdza oficjalnie jedyny dystrybutor na Polskę, co powoduje, że wykonanie systemu z użyciem tego sprzętu jest niemożliwe, a jego późniejsza rozbudowa będzie utrudniona i niemożliwa w oparciu o te same urządzenia,
2. już na etapie przed składaniem ofert Zamawiający powziął wiadomość, iż wykonawca, który zaoferuje rozwiązanie firmy Marconi, zyska preferencyjną pozycję w stosunku do pozostałych oferentów, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji,
3. cena brutto oferty MWM Sp. z o.o. to 1.336.376,80 zł, podczas gdy Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia 1.259.627,92 zł brutto, co może rodzić zarzut niegospodarności,

4. Zamawiający wymagał, aby przełącznik 48-portowy sieciowy pobierał moc nie większą niż 45W, natomiast, zgodnie z kartą katalogową producenta, urządzenie zaoferowane przez MWM Sp. z o.o. zużywa moc 100 W.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: uznanie jego oferty za ważną i zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty i wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty MWM Sp. z o.o.

21 marca 2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości, o czym poinformował Odwołującego 25 marca 2008 r.

Zamawiający stwierdził, iż:

1. „Wykaz zespołów i podzespołów” nie zawiera modeli oferowanych urządzeń, jedynie nazwy producentów,
2. przepustowość dla systemów punkt – wielopunkt to iloczyn możliwych szerokości pojedynczych sektorów, co oznacza, iż, jeśli system radiowy (anteny) umożliwiają zestawienie węższych kątów, to będzie ich więcej w kącie 360°, a więc cała stacja bazowa będzie miała odpowiednio większą przepustowość jako całość. Dlatego posiadanie przez system anten o kącie 180° nie oznacza, iż jest to rozwiązanie lepsze. Zamawiający zainteresowany był, by te kąty były jak najwęższe, co umożliwi zastosowanie większej ilości kamer uruchomionych na jednym kanale, a jednocześnie, im kąt jest węższy, tym wiązka radiowa ma większy zasięg przy tej samej mocy wypromieniowanej.
3. Zgodnie z obliczeniami zawartymi w „Planowaniu radiowym” zasięg stacji bazowej, dla dostępności systemu 99,99% oraz ograniczeniu mocy nadawanej do 15W dla modulacji QPSK 1/2 wynosi ok. 5400 m, natomiast Odwołujący zaoferował system o zasięgu do 5 km (str. 80 oferty), więc system ten nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
4. Odwołujący myli metodę transmisji TDMA/FDMA z trybem transmisji FDD.

5. Odwołujący nie przedstawił konkretnego modelu radiolinii Eclipse, co oznacza, iż usiłował złożyć ofertę wariantową.
6. Zamawiający wymagał, aby komputer – serwer był wyposażony w pojemność dyskową o wartości 3 TB, a nie – miał jedynie taką możliwość – tymczasem Odwołujący nie przedstawił tego w ofercie.

W odniesieniu do zarzutu protestu dotyczącego zużycia mocy przez 48-portowy przełącznik sieciowy zaproponowany w ofercie MWM Sp. z o.o. Zamawiający uznał, że przekroczenie to nie ma żadnego wpływu na funkcjonalność systemu.

W odniesieniu do zarzutu protestu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia – zostało to już rozstrzygnięte ostatecznie we wcześniejszym postępowaniu protestacyjnym, więc nie może być powołane kolejny raz, natomiast kwota, którą podał podczas otwarcia ofert jest niewiążąca.

Na powyższe oddalenie protestu 31 marca 2008 r. (wpływ do UZP 31 marca 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał i powtórzył zarzuty i żądania oraz argumenty zawarte w proteście dodając, iż ewentualne braki w dokumentach można usunąć w drodze opisanej w art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli poprzez uzupełnienie lub wyjaśnienie treści dokumentów.

Zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty MWM Sp. z o.o.,
5. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W stosunku do zarzutu nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego skład orzekający Izby stwierdził, iż, jakkolwiek niektóre zarzuty Odwołującego się potwierdziły, Odwołujący nie dowiódł, iż odrzucenie tej oferty jest bezpodstawne.

W „Opisie przedmiotu zamówienia” (str. 3 – pierwsza strona tekstu) Zamawiający zawarł następujący zapis: *„Wymagania odnośnie ofert przedstawianych przez Oferentów.*

Wykonawca musi zawrzeć w ofercie sporządzony w formie tabeli wykaz podstawowych elementów (urządzeń) wchodzących w skład oferowanego rozwiązania (przedstawionych w tabeli C SIWZ), zawierający w szczególności: nazwę producenta, typ, model, ilość oraz podstawowe parametry urządzenia zwłaszcza te, których spełnienie jest wymagane w SIWZ oraz w załącznikach.

Oferta musi zawierać karty katalogowe lub inne dokumenty (kopie dokumentów) autorstwa producentów lub dystrybutorów urządzeń, dla zespołów i podzespołów wchodzących w skład oferowanego rozwiązania (przedstawionych w tabeli C SIWZ), jednoznacznie identyfikujące produkt.

Oferta musi przedstawiać listę urządzeń systemu zgodnego z wymaganiami wynikającymi z Dokumentacji Projektowej.

Urządzenia przedstawione w ofercie muszą spełniać parametry funkcjonalno - użytkowe systemu przedstawione w Dokumentacji Projektowej, dopuszcza się stosowanie urządzeń zamiennych w myśl Prawa Zamówień Publicznych.

Dokumentacja Projektowa przedstawia system z scharakteryzowanymi parametrami funkcjonalnymi, użytkowymi oraz technicznymi. Nazwy urządzeń zamieszczonych w projekcie mają na celu ułatwienie Oferentom przedstawienie ofert z sprecyzowanymi parametrami. Zezwala się na dobór urządzeń o parametrach nie gorszych niż przedstawionych w Dokumentacji Projektowej.”

Jednocześnie, w punkcie 10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu przygotowywania ofert” oraz w formularzu VI.1. stanowiącym

załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający zawarł spis zawartości oferty nie zawierający ww. wymagania dotyczącego wskazania typu i modelu oferowanych urządzeń oraz załączenia kart katalogowych lub innych dokumentów lub ich kopii autorstwa producentów lub dystrybutorów urządzeń, dla zespołów i podzespołów wchodzących w skład oferowanego rozwiązania jednoznacznie identyfikujące produkt. Zamawiający nie zamieścił też w specyfikacji istotnych warunków zamówienia tabeli C (jakkolwiek symbolem C był oznaczony kosztorys ofertowy, a spis (wykaz) zespołów i podzespołów znajdował się w załączniku D do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Skład orzekający Izby stwierdził, iż, biorąc pod uwagę fakt, iż:

1. specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest jednym dokumentem, który, niezależnie od podziału na rozdziały i załączniki, powinien być traktowany całościowo (jakkolwiek od tej zasady mogą nastąpić wyjątki – z przyczyn podanych w kolejnych punktach nie nastąpiły one w tym wypadku),
2. wymaganie dotyczące podania typów i modeli urządzeń oraz kart katalogowych lub innych dokumentów zostały zawarte na początku str. 3 „Opisu przedmiotu zamówienia” (będącej pierwszą stroną tekstu – pierwsze dwie strony to karta tytułowa) – dokumentu, na który zwraca się szczególną uwagę, nie mogło więc być niezauważone przez wykonawców,
3. a, w przypadku stwierdzenia rozbieżności lub niejasności wymagań Zamawiającego, mogło i powinno być wyjaśnione w drodze wyjaśnień do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jednak żaden z wykonawców takich wyjaśnień nie zażądał,
4. pozostali trzej wykonawcy, którzy złożyli oferty, złożyli również wymagane karty katalogowe i przedstawili nazwy modeli zespołów i podzespołów – wymaganie to nie było więc obiektywnie (dla wszystkich lub większości wykonawców) niejasne,

należy uznać, iż Zamawiający wymagał ww. informacji i dokumentów i powinny one być przez wykonawców złożone. (Jakkolwiek skład orzekający Izby zwraca uwagę, iż Zamawiający powinien sporządzać specyfikację

istotnych warunków zamówienia z większą dbałością o jednolitość zapisów we wszystkich jej częściach).

Skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący wypełnił załącznik D „Wykaz zespołów i podzespołów” w sposób prawidłowy, tj. zgodnie z opisem kolumn tabeli. Jednak nie było przeszkód, by zawarł w nim lub w innym miejscu oferty nazwy typu i modeli urządzeń – w trakcie badania ofert Zamawiający uznawał także te informacje zawarte w innych dokumentach, np. kartach katalogowych.

Zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Odwołującego do uzupełnienia kart katalogowych (pismo z 11 lutego 2008 r.), które to karty Odwołujący uzupełnił 18 lutego 2008 r. Ani w momencie otrzymania powyższego pisma, ani w piśmie przesyłającym wymagane dokumenty, ani w proteście, Odwołujący nie podnosił, iż są to dokumenty niewymagane specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W piśmie z 11 lutego 2008 r. Zamawiający powtórzył zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którego wynikało, iż przedstawiane karty / dokumenty mają jednoznacznie identyfikować produkt.

Dlatego słuszny jest zarzut Zamawiającego odnoszący się do kart dla komputera – serwera Optimus, radiolinii Eclipse i rejestratora cyfrowego. Co prawda słuszny jest argument Odwołującego, iż karty katalogowe przedstawiają tylko pewne opcje oferowanego sprzętu, jednak Odwołujący mógł zaznaczyć odpowiednie wersje, konfiguracje lub parametry spośród wymienionych przez producenta lub poczynić odpowiednie zapisy (zwłaszcza w przypadku, gdy ze standardowej konfiguracji przedstawionej w karcie katalogowej wynika, że urządzenie może nie spełniać wymagań, jak np. w przypadku dysków twardych komputera Optimus). Skład orzekający Izby zwraca uwagę, iż w taki sposób Odwołujący postąpił w przypadku szafy wiszącej zewnętrznej IP 66, a Zamawiający to oświadczenie Odwołującego uznał.

Rozważanie, czy Zamawiający powinien był to wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 lub 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest bezprzedmiotowe biorąc pod uwagę fakt, iż Odwołujący złożył część kart katalogowych

w języku angielskim, co jest niezgodne z art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U Nr 87, poz. 605) – zgodnie z którymi wykonawcy są zobowiązani przedstawiać dokumenty w języku polskim lub, w przypadku obcojęzycznych, wraz z ich tłumaczeniem na język polski. Błędu tego nie można naprawić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie przewiduje on uzupełniania dokumentów już raz uzupełnionych.

W zakresie niespełniania przez zaoferowany przez Odwołującego system transmisji radiowej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia skład orzekający Izby stwierdził co następuje.

Na str. 13 Programu funkcjonalno – użytkowego, w części „System radiowy” znajdują się „Podstawowe wymagania dla systemu radiowego punkt – wiele punktów: Radiowy, cyfrowy system klasy LMDS (Local Multipoint Distribution Services) pracujący w paśmie koncesjonowanym w zakresie 28 GHz, typ dostępu OFDM/FDMA, dostępne modulacje 8-mio wartościowe i więcej, efektywność spektralna NETTO w sektorze większa niż 2 bit/s/Hz, pojemność NETTO pojedynczego sektora systemu nie mniejsza niż 56 Mbit/s, praca w organizacji kanałów 28 MHz, decoupling polaryzacyjny większy niż 30 dB, te same nadajniki stacji terminalnych dla transmisji z polaryzacją pionową oraz poziomą, dostępne sektory o kącie promieniowania 45 oraz 90 stopni, system synchroniczny duplexowy, maksymalna efektywna moc promieniowana (EiRP): nie większa niż 15 W.”

Jednocześnie Zamawiający, w załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pn. „Planowanie radiowe” przewidział zastosowanie urządzeń serii MDMS firmy Marconi, co było przyczyną protestu na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożonego 4 grudnia 2007 r. i oraz zapytań, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi 5 i 14 grudnia 2007 r.

W proteście tym zarzucono Zamawiającemu, iż żadne urządzenie poza wycofanym z rynku produktem firmy Marconi nie posiada wszystkich parametrów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym żadne nie korzysta z typu dostępu FDMA.

W rozstrzygnięciu protestu z 13 grudnia 2007 r. Zamawiający stwierdził, iż *„Obliczenia matematyczne w nim [Programowaniu radiowym] zawarte nie są stronnicze i nie faworyzują żadnego sprzętu, ukazują zaś parametry jakie muszą spełnić urządzenia radiowe.”*

W wyjaśnieniach z 5 grudnia 2007 r., nazwanych modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi *„Opisany w opracowaniu [Planowanie Radiowe] sprzęt elektroniczny traktować należy jako rozwiązanie przykładowe. Nie istnieją żadne czynniki warunkujące konieczność użycia w etapie realizacji sprzętu elektronicznego występującego w niniejszym opracowaniu projektowym. Oferent może wskazać inny dostępny sprzęt na rynku o parametrach nie gorszych niż wynikające z obliczeń które zostały zawarte w projekcie pt “Budowa systemu monitoringu wizyjnego miasta Zabrze”.*

W odpowiedzi z 14 grudnia 2007 r. Zamawiający stwierdził, iż *„Nie dopuszcza się możliwości zmian parametrów systemu wskazanych w Specyfikacji wraz z załącznikami.”* Jednak dla przedmiotowej kwestii odpowiedź ta nie jest miarodajna, ponieważ dotyczy konkretnej propozycji zmiany.

Jak wynika ze złożonych przez wykonawców ofert wyjaśnienia (modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia) z 5 grudnia 2007 r. zostały zinterpretowane przez wykonawców jako dopuszczenie zastosowania systemu transmisji radiowej opartej na metodzie TDMA (trzech z czterech wykonawców zaoferowało taki system).

Przy założeniu, iż systemy konkurencyjne do przykładowego systemu firmy Marconi, wykorzystują metodę TDMA, a nie FDMA (co potwierdza przedstawiona przez Odwołującego opinia Instytutu Łączności Państwowego Instytutu Badawczego z 14 kwietnia 2008 r., a Zamawiający ani Przystępujący podczas rozprawy nie byli w stanie wymienić innego systemu działającego przy użyciu FDMA), braku zastrzeżenia Zamawiającego, iż

„przykładowość” systemu nie obejmuje metody FDMA oraz zgodnie z zapisem „Opisu przedmiotu zamówienia” *„Urządzenia przedstawione w ofercie muszą spełniać parametry funkcjonalno – użytkowe systemu przedstawione w Dokumentacji Projektowej, dopuszcza się stosowanie urządzeń zamiennych w myśl Prawa Zamówień Publicznych.”* – przy czym Zamawiający nie sprecyzował, na czym ta „zamiennosc” może polegać, skład orzekający Izby uznał, iż zastosowana przez wykonawców interpretacja powyższej odpowiedzi była uzasadniona i system oparty na metodzie TDMA można uznać za zamienny do systemu opartego na metodzie FDMA.

Jednak jednoznaczne jest, iż Zamawiający wymagał jednocześnie, aby oferowany system osiągnął parametry nie gorsze niż podane w obliczeniach zawartych w „Planowaniu radiowym”. Tymczasem, zgodnie z obliczeniami przedstawionymi przez Zamawiającego, zastosowanie systemu transmisji radiowej pracującej w sektorach o kącie promieniowania 90, 180 i 360°, a nie, jak wymagał Zamawiający 45 oraz 90°, powoduje, iż system przedstawiony przez Odwołującego nie jest „zamienny”, tzn. zastosowane rozwiązanie osiąga gorsze parametry, niż wymagane przez Zamawiającego w zakresie zasięgu, przepływności, jakości modulacji.

Odwołujący przedstawił obliczenia dokonane przez Instytut Radioelektroniki Politechniki Warszawskiej, z których wynika, iż oferowany system Hughes AB9800 mógłby osiągnąć wymagane lub lepsze wyniki, przy zastosowaniu innych anten „nietypowych dla tego systemu”, które zapewniłyby pracę w sektorach 45°, lecz których oferta Odwołującego nie obejmowała (pomimo wymogu Zamawiającego) – w związku z tym nie są one miarodajne.

Zarzutu, iż oferowany sprzęt Marconi jest niedostępny na rynku, z uwagi na fakt, iż było to przedmiotem protestu z 4 grudnia 2007 r. oraz oświadczenia MWM Sp. z o.o. zawartego w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jak i w przystąpieniu do odwołania, iż taki sprzęt jest w stanie dostarczyć, skład orzekający Izby nie rozpatrywał.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnej niegospodarności Zamawiającego skład orzekający Izby stwierdza, iż Krajowa Izba Odwoławcza

nie jest organem powołanym do kontrolowania Zamawiającego w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia przez ofertę MWM Sp. z o.o. wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia – „Erata Projektu Architektoniczno-Budowlanego Systemu Monitoringu Wizyjnego miasta Zabrze” w zakresie maksymalnego poboru mocy przez przełącznik sieciowy 48-portowy skład orzekający Izby stwierdził co następuje.

Zamawiający w ww. „Eracie” zapisał: „Wymaga się instalacji w CM oraz LCM switcha o następujących minimalnych parametrach pracy (...)maksymalny pobór mocy: 45 W”. Tymczasem, jak wynika z przedstawionej przez MWM Sp. z o.o. karty katalogowej dla oferowanego przełącznika HP ProCurve 2650 (J4899B) zużycie energii to 100 W.

Zamawiający uznał, iż fakt ten nie ma znaczenia dla funkcjonalności systemu. Zdaniem Odwołującego, z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, arbitralna ocena, które z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wiążące dla wykonawców, a od których mogą odstąpić, jest niedopuszczalna.

Przystępujący z kolei podniósł podczas rozprawy, iż przedmiotowy przełącznik spełnia wymagania Zamawiającego, ponieważ wartość 100 W podana w danych technicznych producenta obejmuje sytuację, gdy przełącznik wykorzystuje wszystkie posiadane funkcje – także niewymaganą przez Zamawiającego funkcję zasilania urządzeń zewnętrznych. Natomiast w momencie, gdy spełnia tylko funkcje wymagane przez Zamawiającego, pobiera poniżej 45 W – przy czym było to tylko przypuszczenie nie poparte żadnymi danymi.

Skład orzekający Izby przyznaje rację Odwołującemu w tym zakresie – jeśli Zamawiający uznaje jakiś parametr urządzenia za nieistotny, to nie powinien go umieszczać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako wymagany, natomiast w przypadku umieszczenia go jako wymogu, nie tylko wykonawcy składając oferty, ale zwłaszcza Zamawiający przy badaniu zgodności tych ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest swoim zapisem związany.

W związku z powyższym Zamawiający powinien powtórzyć badanie oferty złożonej przez MWM Sp. z o.o. w celu stwierdzenia, czy oferta ta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skład orzekający Izby przypomina także, iż wszystkie złożone oferty powinny być oceniane przy zastosowaniu tych samych kryteriów ich zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....