

WYROK

z dnia 12 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2015 r. przez wykonawcę Konwerga spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Margonin w Margoninie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Konwerga spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr [słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego Konwerga spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Gmina Margonin w Margoninie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa sieci w ramach projektu Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Margonin”. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający unieważnił postępowanie, odrzucając zarazem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ofertę złożoną przez Odwołującego. W uzasadnieniu czynności Zamawiający podał, że uznał ofertę za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [SIWZ], wskazując, że:

- 1) *urządzenia warstwy dostępowej w zakresie technik antenowych nie potwierdzają obsługi technik Diversity, gdyż nie potwierdzały tego złożone dokumenty [zgodnie z Tabelą nr 6 w pkt 4],*
- 2) *urządzenia Radiowej Stacji Klientkiej nie obsługują technik Diversity oraz nie posiadają interfejsu 1000BaseT, co stanowi niezgodność z treścią SIWZ.*

III. Odwołujący złożył odwołanie wobec odrzucenia własnej oferty, zarzucając naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia swojej oferty, unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

[1] w odniesieniu do pierwszej podstawy odrzucenia oferty, że dołączył do oferty wykaz funkcjonalności urządzeń warstwy dostępowej i wskazał na stronie 24 oferty, iż funkcjonalność „Diversity” jest zapewniona. W dokumentacji technicznej w postaci karty katalogowej dołączonej do oferty na stronach 129 - 131 nie występuje informacja o tej konkretnej funkcjonalności, ale nie oznacza to, że funkcjonalność ta nie jest realizowana.

Ponadto, Odwołujący dołączył do oferty wykaz funkcjonalności Radiowej Stacji Klientkiej i wskazał na stronie 26 oferty, iż funkcjonalność „Diversity” jest zapewniona. W dokumentacji technicznej w postaci karty katalogowej dołączonej do oferty na stronach 140-142 nie występuje informacja o tej konkretnej funkcjonalności, ale nie oznacza to, że funkcjonalność ta nie jest realizowana. Zdaniem odwołującego, według zapewnień producenta obie funkcjonalności są realizowane, a Zamawiający mając wątpliwość w tym zakresie winien skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy, który daje możliwość wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący mógłby w tym przypadku dostarczyć dodatkowe dokumenty potwierdzające, iż żądana funkcjonalność jest dostępna w Producent w ramach standardowej karty katalogowej nie jest w stanie zawrzeć wszystkich parametrów technicznych urządzenia i z całego szeregu żądanych parametrów może się zdarzyć, iż jeden z nich nie zostanie opisany zwłaszcza w sytuacji, gdy jest on mało istotny, a ponadto jest oczywisty ze względu na inne parametry zawarte w karcie katalogowej, jak to miało miejsce w tym przypadku.

[2] w odniesieniu do drugiej podstawy odrzucenia oferty, dotyczącej portu 10/100/1000 BaseT, Odwołujący podał, że w załączniku nr 1 [Tabela 7] w pkt 11 dla Radiowej Stacji Klientkiej Zamawiający wymagał: *„Dostępne interfejs Ethernet 10/100/1000BaseT”*. W niniejszym postępowaniu zadaniem Radiowej Stacji Klientkiej było z jednej strony połączenie z radiową siecią dostępową, z drugiej zaś z Abonenckim Urządzeniem Radiowym [Routerem wifi] umieszczonym w domu użytkownika. W zakresie prędkości działania radiowej sieci dostępowe w pkt. IV.4 Programu Funkcjonalno-Użytkowego [str. 56] Zamawiający wymagał:

- *„Przepustowość zagregowana łącza radiowego sieci dostępowej dla Jednostki Podległej Miastu i Gminie 10Mb/s;*
- *Przepustowość zagregowana łącza radiowego sieci dostępowej dla Beneficjenta Ostatecznego 2.5Mb/s;*

Wymaga się, aby warstwa dostępowa posiadała możliwość zwiększenia przepustowości łącza do 25Mb/s zagregowane bez potrzeby wymiany sprzętu.”

Z kolei na rysunku na stronie 57 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Zamawiający wskazał, iż Radiowa Stacja Klientcka oraz Abonenckie Urządzenie Radiowe połączone będą łączem o prędkości 100 Mb/s Ponadto w załączniku nr 1 [Tabela 8] w pkt. 1 Zamawiający definiuje wymagania dla portów Abonenckiego Urządzenia Radiowego [Routera Wifi]:

"4 porty LAN 10/100Mb/s

1port WAN10/100Mb/s"

Co więcej, postępowanie prowadzone jest w konwencji „zaprojektuj i wybuduj” co oznacza, że to zadaniem wykonawcy jest takie zaprojektowanie systemu [w tym dobranie urządzeń] aby spełnić wymagania Zamawiającego. Dobrana przez Odwołującego Radiowa Stacja Klientka spełnia te wymagania gdyż zastosowany port o prędkości 100Mb/s w zupełności wystarcza do przesyłania danych pomiędzy radiową siecią dostępową, która ma pracować z prędkością maksymalnie 25Mb/s, a Abonenckim Urządzeniem Radiowym [Routerem wifi] wyposażonym także w port 100Mb/s. Nie będzie zatem możliwości pracy Radiowej Stacji Klientkiej teraz i w przyszłości z szybkością, przekraczającą 100Mb/s. Zamawiający formułując wymogi w zakresie Radiowej Stacji Klientkiej oparł się na konkretnym rozwiązaniu innego producenta przepisując z jego karty katalogowej pełen wykaz parametrów i nie wziął pod uwagę wymagań technicznych sformułowanych w innych częściach SIWZ, czym doprowadził do sprzeczności wymagań w ramach całego systemu. Zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie realizuje w pełni funkcjonalne wymogi całego systemu, a co za tym idzie spełnia wymogi SWIZ.

IV. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

V. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca RCI sp. z o.o. w Poznaniu. Wykonawca nie wykazał, by przekazał kopię pisma w przedmiocie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Odwołującemu oraz Zamawiającemu. Zarówno Odwołujący jak i Zamawiający wskazywali, że nie otrzymali takiej kopii.

Nie dopuszczono tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego.

W myśl znajdującego zastosowanie dla oceny skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawca RCI sp. z o.o. nie sprostował wykazaniu, że przekazana została kopia przystąpienia Zamawiającemu oraz Odwołującemu

Ponadto uwzględniając opozycję Odwołującego nie dopatrzone się interesu wykonawcy RCI sp. z o.o. w Poznaniu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Interes, o którym mowa w powołanym przepisie art. 185 ust. 2 ustawy nie jest tożsamy z interesem, którego wymaga przepis art. 179 ust. 1 ustawy od odwołującego, to jest interesem w uzyskaniu danego zamówienia. Interes przystępującego do postępowania odwoławczego jest determinowany interesem strony, do której nastąpiło zgłoszenie przystąpienia. Należy jednak mieć na względzie fakt, że zakres postępowania odwoławczego wyznacza treść obwołania – podniesione w nim zarzuty i wyartykułowane w związku z tymi zarzutami żądania. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 7 ustawy, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jeśli zatem interes odwołującego został przez ustawodawcę ograniczony do czynności podejmowanych w związku z uzyskaniem danego zamówienia [art. 179 ust. 1 ustawy], a postępowanie odwoławcze toczy się w granicach zarzutów wyznaczonych treścią odwołania, które może zmierzać tylko do realizacji tak zakreślonego celu, to tym samym, także interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie, zamyka się w granicach postępowania odwoławczego – jego zakresu i celu. W granicach tego celu – co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie – nie mieści się dążenie przez odwołującego do unieważnienia postępowania, jako przeczące dążeniu do uzyskania danego, to jest w danym postępowaniu zamówienia. Wskazuje się bowiem, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji własnej wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Zgodnie bowiem z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Obie wskazane przesłanki zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego,

które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10, z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11].

Postępowanie odwoławcze prowadzone jest zatem w granicach zakreślonych odwołaniem. Także zakres przystąpienia nie może więc wykraczać poza zakres postępowania odwoławczego. Jakkolwiek interes, o którym mowa w art. 185 ust. 3 ustawy jest znacznie szerszy niż interes w uzyskaniu zamówienia, który musi posiadać odwołujący - interesem przystępującego może być bowiem jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, po której zgłoszono przystąpienie, to ta generalna zasada nie może być jednak stosowana automatycznie i w każdym przypadku. Należy sprzeciwić się tym stanowiskom, które w sposób bezkrytyczny uznają nieograniczony interes przystępującego, tj. uznają go za szerszy niż interes odwołującego a także że nie ma żadnego uzasadnienia dla stanowiska, że przystępujący może stać na straży wszystkich znanych mu norm prawnych, zaś odwołujący może poruszać się tylko w wąskim zakresie narzuconym treścią art. 179 ust. 1 ustawy. Nie sposób przyjąć, by w świetle przepisów regulujących interes odwołującego [art. 179 ust. 1 ustawy] i interes przystępującego do postępowania odwoławczego [art. 185 ust. 2 zd. pierwsze ustawy], zamiarem racjonalnego ustawodawcy było reglamentowanie korzystania ze środka ochrony prawnej odwołującemu, poprzez ograniczenie tej instytucji do czynności ukierunkowanych na uzyskanie danego zamówienia, a z drugiej, by instrument, który jest niejako akcesoryjny do tego postępowania odwoławczego, postrzegany w orzecznictwie jako odpowiadający występującej na gruncie kpc interwencji ubocznej miał służyć przystępującemu bez ograniczenia do kwestionowania wszelkich elementów postępowania, w tym wykraczających poza cel odwołania i postępowania odwoławczego wywołanego tym odwołaniem. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2010 r. w spr. X Ga 213/10, wydanego wprawdzie na gruncie wcześniej obowiązujących przepisów, przewidujących przystąpienie do postępowania protestacyjnego [co jednak nie zmienia charakteru samego przystąpienia po zmianie przepisów]: „*przewidziana przez ustawodawcę procedura badania dopuszczalności przystąpienia nie została uchwalona „przypadkowo” ma na celu weryfikację zgłoszenia udziału w sprawie i przyznania zgłaszającemu statusu uczestnika. Badanie podejmowane przez Izbę dokonywane jest*

z urzędu, niezależnie od stanowiska stron i obejmuje nie tylko formalną stronę zgłoszenia, ale i interes prawny przystępującego. W statusie uczestnika dopuszczonego do udziału zauważyć można pewne podobieństwa do interwencji ubocznej przewidzianej w przepisach kodeksu postępowania cywilnego, po oddaleniu opozycji zgłoszonej przez stronę”. Przystępujący nie może mieć zatem więcej praw niż odwołujący. Potwierdzają to także spostrzeżenia zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu, w wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r. w spr. o sygn. akt. X Ga 652/13: „Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie nie sposób uznać, żeby przystępujący miał interes w rozstrzygnięciu sprawy zgodnie z wnioskiem odwołującego. Za takim stanowiskiem przemawia fakt, że przystąpienie wykonawcy do niniejszego postępowania i podejmowane przez niego w toku postępowania czynności, w szczególności składanie oświadczeń podważających prawidłowość sporządzenia własnej oferty skutkowało występowaniem przez tego wykonawcę w postępowaniu odwoławczym przeciwko własnej ofercie. Zaakcentować należy, że interes, o którym mowa w art. 185 nie może być rozumiany jako możliwość występowania przeciwko własnej ofercie, tak jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić wypada, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest ukierunkowane na wybór oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu reguł określonych w PZP. Wszystkie czynności w tym postępowaniu sprowadzają się do wykazania, że dana oferta jest ofertą zgodną z przepisami, lub też na wykazaniu, że dana oferta narusza przepisy ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie pozwala wykonawcom na negowanie własnych ofert. Dopuszczenie do takiej sytuacji, stanowi aprobatę na działania wykonawców zmierzających do wycofania się [z różnych powodów] ze złożonej oferty bez żadnych konsekwencji, a w szczególności bez utraty wadium.”

Reasumując, nie sposób było dopatrzeć się przesłanek, warunkujących skuteczne przystąpienie wykonawcy RCI sp. z o.o. w Poznaniu do postępowania odwoławczego, to jest wyczerpującego wymogi formalne w postaci przekazania kopii przystąpienia stronom postępowania a także interesu tego wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie, tj. Zamawiającego, a który to interes miałby się wyrażać zmierzaniem do utrzymania w obrocie czynności unieważnienia postępowania. Ewentualny interes takiego wykonawcy może się materializować poprzez utrzymanie oferty tego wykonawcy w postępowaniu, jej określoną klasyfikację, jednak każdorazowo jest determinowany – podobnie jak interes Odwołującego - bytem danego postępowania o zamówienie publiczne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów, a w konsekwencji - uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. W postępowaniu złożone zostały bowiem trzy oferty [spośród których jedna została odrzucona a druga przewyższała budżet Zamawiającego] a w przypadku unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą i mieszczącą się w budżecie przeznaczonym na realizację zamówienia.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołanie może zatem zostać uwzględnione jedynie w sytuacji potwierdzenia tych zarzutów, które nakierowane są na zmianę sytuacji wykonawcy, wyrażającą się możliwością uzyskania przez Odwołującego zamówienia, będącego przedmiotem tego postępowania o zamówienie. Ten rezultat osiągnięty może być jedynie przez skuteczne zakwestionowanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w zakresie każdej z podstaw, która powodowała odrzucenie oferty.

Zamawiający uczynił podstawą uznania za niezgodną z SIWZ oferty Odwołującego dwa powody: [1] niezłożenie dokumentów technicznych takich jak np. kart katalogowych itp., potwierdzających spełnienie wymagań stawianych wobec funkcjonalności Diversity, [2] stwierdzenie niezgodności z SIWZ szybkości w odniesieniu do urządzenia Radiowej Stacji Klientkiej, gdzie w ofercie podano 10/100 Mb/s, zamiast 10/100/1000 Mb/s.

Zatem aby odwołanie mogło być uwzględnione, Odwołujący musiałby obalić ocenę Zamawiającego w odniesieniu do każdej z tych dwóch podstaw uznania oferty za niezgodną z SIWZ.

[1] W odniesieniu do pierwszej przyczyny uznania za niezgodną z SIWZ oferty Odwołującego, podkreślenia wymaga, że Zamawiający na rozprawie przyznał, że ze złożonych kart katalogowych nie wynika spełnienie funkcjonalności Diversity. Zamawiający dwukrotnie podał, że nie wyczytał z tych dokumentów, aby wspomniana funkcjonalność była spełniona [nie dokonał ustalenia pozytywnego – przesądzającego w ten czy inny sposób kwestię spełnienia

wymagania], ale że z dokumentów nie wynika jej spełnienie lub nie.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga ogólna zasada postępowania to jest, że ewentualne nieścisłości, braki informacyjne, niezgodności z SIWZ i omyłki, winny być usunięte na podstawie działań Zamawiającego podejmowanych w oparciu o postanowienia SIWZ, a przede wszystkim z zastosowaniem regulacji przewidzianych w ustawie. Jeśli zatem wykonawca nie złoży dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy odpowiadają SIWZ, zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentu [pamiętając zarazem, że dorobkiem orzecznictwa jest stwierdzenie, że takie uzupełnienie w tym samym zakresie nie powinno mieć miejsca więcej niż jeden raz – tak wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r. w spr. II Ca 238/14, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 12 lipca 2012 r. w spr. KIO 1418/12, z dnia 23 kwietnia 2012 r. w spr. KIO 732/12, z dnia 19 maja 2011 r. w spr. KIO 954/11], i z tym zastrzeżeniem, że to uzupełnienie nie może zmieniać treści oferty, sprzeciwia się temu bowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy. Wątpliwości na tle oferowanego przedmiotu winny być przedmiotem wyjaśnienia wykonawcy w oparciu o wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Niezgodności w ofercie, niezależnie od ich domniemywanej przez zamawiającego przyczyny i charakteru, winny być naprawione z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy i - co do poprawy omyłek pisarskich i rachunkowych a także niezgodności z SIWZ – zamawiający obowiązany jest powiadomić wykonawcę o poprawie, zaś w ostatnim przypadku, dodatkowo uzyskać jego zgodę na dokonanie poprawy pod rygorem odrzucenia oferty [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Jakakolwiek swoboda zamawiającego jest w tym zakresie wyłączona i może być postrzegana przez pryzmat naruszenia fundamentalnych zasad postępowania.

Reasumując, ocena ofert musi odbyć się z uwzględnieniem wspomnianych, wynikających z przepisów zasad oraz wymagań stawianych treścią SIWZ.

Na gruncie analizowanego postępowania Zamawiający postawił szczegółowe wymagania wobec oferowanego sprzętu, które ujął w załączniku 1 do SIWZ – jedenastu tabelach składających się na ten załącznik. W Rozdziale VIII ust. 1 SIWZ, Zamawiający postanowił bowiem:

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, Zamawiający wymaga opisu zgodnego z załącznikami 1 [tabele 1-11] do Formularza Ofertowego, zawierającego dokładne parametry i informacje o oferowanych urządzeniach i systemach teleinformatycznych.”

Zamawiający określił również sposób zbadania tych wymagań. I tak, w Rozdziale VIII ust. 2 SIWZ, Zamawiający przewidział wymaganie, dotyczące udokumentowania spełnienia wymagań, opisanych w załączniku 1, to jest tabelach 1-11:

„Dla wskazanych w tabelach 1-11 urządzeniach i systemach, Zamawiający wymaga załączenia wraz z ofertą dokumentów technicznych [identyfikatory katalogowe, opisy, karty katalogowe itp.]. Dokumenty techniczne dla tych urządzeń mogą być złożone wersji anglojęzycznej”.

Tak określone wymaganie oznacza, że – po pierwsze – o zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiający winien wnioskować na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę [wypełnionych tabel oraz dokumentów technicznych], po drugie – że mają to być dokumenty o charakterze technicznym, takie jak wymienione w Rozdziale VIII SIWZ ust. 2 [identyfikatory katalogowe, opisy, karty katalogowe], po trzecie – że z dokumentów tych powinno wynikać spełnienie parametrów wskazanych w załączniku 1 – odpowiednich tabelach. Dokumenty tego rodzaju mieszczą się w kategorii dokumentów, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. są dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, a zatem podlegają – po myśli art. 26 ust. 3 uzupełnieniu.

Dostrzeżenia następnie wymaga, że Zamawiający w przytoczonym wyżej postanowieniu SIWZ nie wymagał, by wymienione dokumenty o charakterze technicznym pochodziły od producenta sprzętu. Wymieniony w Rozdziale VIII ust. 2 SIWZ jako przykładowy katalog dokumentów – wbrew odmiennemu stanowisku prezentowanemu przez Zamawiającego na rozprawie – obejmuje szeroką kategorię dokumentów, nie wskazując, kto ma być ich wystawcą. Jeśli dany dokument nie zawiera określonych informacji, nie ma przeszkody, by dopełnić je własnym opisem technicznym wykonawcy. Trudno także katalogom, „identyfikatorom katalogowym”, opisom nadać jakieś bardziej oficjalne znaczenie; nie można wyłączyć że sam wykonawca opracuje taki katalog czy opis. W pojęciu dokumentu technicznego jakim jest „opis” mieści się każda charakterystyka techniczna, nie mająca postaci materiału reklamowego czy promocyjnego, która traktuje o danym urządzeniu. Kwestia niedosytu informacyjnego Zamawiającego, w tym niemożność wyczytania ze złożonych przez Odwołującego dokumentów informacji dotyczących oferowanych urządzeń nie mogła więc automatycznie skutkować uznaniem, że urządzenia nie posiadają cech i właściwości nie wskazanych w katalogach i innych złożonych dokumentach, a w następstwie - odrzuceniem oferty. Rzeczą i obowiązkiem Zamawiającego było w takim wypadku ustalenie tej kwestii z udziałem wykonawcy: wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie przez oferowane urządzenia cech, właściwości i funkcjonalności wymaganych w postępowaniu.

W tej mierze, w zakresie pierwszej z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, ocena Zamawiającego nie może więc być uznana za prawidłową. Uznanie za niezgodną z SIWZ ofertę Odwołującego należałoby oceniać jako przedwczesne - przed wyczerpaniem przez Zamawiającego ścieżki postępowania określonej w art. 26 ust. 3 ustawy. Wprawdzie, wobec potwierdzenia się kolejnej podstawy do odrzucenia oferty, Zamawiający mógł – w myśl brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy – odstąpić od żądania uzupełnienia dokumentów, bowiem oferta podlegała odrzuceniu z innego powodu, to nie zmienia to wniosku, że stwierdzenie niezgodności oferty z SIWZ należało uznać w tym wypadku za przedwczesne a tym samym – nieuzasadnione.

[2] Jeśli chodzi o drugi powód uznania oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ, dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający postawił wymaganie, by sprzęt zastosowany do zaprojektowania i zbudowania sieci spełniał określone wymagania. Jakkolwiek postępowanie prowadzone jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj” – do czego nawiązywał Odwołujący - a zatem wykonawcy mieli określony stopień swobody w zestawieniu określonych urządzeń, zastosowaniu technik, to Zamawiający nie skupił się jedynie na uzyskaniu określonych, opisanych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym [PFU] funkcjonalności, ale postawił także określone wymagania zastosowania urządzeń, których minimalne parametry narzucił w załączniku nr do SIWZ - tabelach 1-11. W tabelach tych Zamawiający wyspecyfikował parametry i cechy urządzeń, wskazując w jednej kolumnie, że mają one charakter minimalnych i wymagając podania w drugiej kolumnie oferowanych urządzeń oraz ich parametrów. W tabeli 7, dotyczącej urządzeń dla Radiowej Stacji Klientkiej Zamawiający, w pkt 11 Zamawiający postawił wymaganie:

Lp.	Wymagania minimalne dla Radiowej Stacji Klientkiej	Parametry oferowanego rozwiązania
11	Dostępne interfejs Ethernet 10/100/1000BaseT ;	

Oznacza to więc, że zaoferowane rozwiązanie musiało spełniać wymagania podane w lewej stronie tabeli 7 w stopniu przynajmniej minimalnym. Wszak w tej tabeli wyraźnie wskazano charakter wymagania jako minimalnego: „*Wymagania minimalne dla Radiowej Stacji Klientkiej*”. Odmienny wniosek co do rozumienia SIWZ jest nieuprawniony: gdyby przyjąć, że wykonawcy mieli swobodę w zaoferowaniu dowolnych urządzeń, z dobranymi swobodnie i według własnego uznania urządzeniami, niespełniającymi nałożonych przez Zamawiającego w lewej stronie odpowiednich tabel wymagań, to w ogóle takie tabele nie miałyby jakiegokolwiek znaczenia. Z analizy SIWZ wynika jednak wniosek odmienny, to jest taki, że wykonawcy posiadali swobodę w dobraniu i zestawieniu urządzeń, stosownie do wymagań

opisanych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, a granicą tej swobody były wymagania minimalne określone treścią załącznika 1 do SIWZ – tabel 1 -11.

Bezsporne jest, że Odwołujący w tabeli 7, jako przypisane do podanych wymagań własne oświadczenie podał: „*interfejs Ethernet 10/100BaseT*”. Tym samym, w powyższym zakresie oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Bez znaczenia są powody tej niezgodności, w tym przekonanie Odwołującego, że zaoferowane rozwiązanie odpowiada potrzebom Zamawiającego a także, że jest wystarczające w świetle pozostałych wymagań, w tym dotyczących Radiowej Stacji Klientkiej oraz Abonenckiego Urządzenia Radiowego, jakie wynikają z Programu Funkcjonalno - Użytkowego. Istotne jest, że tego rodzaju wymaganie zostało postawione oraz że jest ono niewątpliwe. Aktualnie mamy bowiem do czynienia z definitywnie ukształtowaną SIWZ, wiążącą zarówno uczestników postępowania jak i Zamawiającego.

Tego wymagania nie zmienia treść Programu Funkcjonalno – Użytkowego a także zamieszczony w nim na str. 57 rysunek, gdzie na schemacie podano, że Radiowa Stacja Klientka oraz Abonenckie Urządzenie Radiowe połączone będą łączem o prędkości 100 Mb/s. Rysunek ma charakter poglądowy, co wynika wyraźnie z jego opisu zaś treść tabel 1-11, mających służyć określeniu parametrów wymienionych w nich urządzeń wyraźnie określa wartości brzegowe, wymagane jako minimalne dla każdego z nich.

W świetle powyższego, zasadną i trafną jest w powyższej mierze ocena Zamawiającego, zgodnie z którą oferta Odwołującego, jako nie odpowiadająca SIWZ powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Niezgodność ta jest zamierzona, nie wynika z pomyłki wykonawcy, stąd nie podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Tym samym, wobec potwierdzenia się tej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, czynność Zamawiającego, jakkolwiek w zakresie funkcjonalności Diversity przedwczesna i niepotwierdzona, finalnie odpowiada prawu. Nie potwierdziły się więc zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów*

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia [Dz.U. Nr 41 poz. 238]. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu pełnomocników reprezentujących Zamawiającego na rozprawie - w tym zakresie nie został złożony rachunek dokumentujący wskazany koszt. W szczególności, nie zostały na tę okoliczność złożone delegacje, zgodnie z przepisami *Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju [Dz.U. z 2002 Nr 236 poz. 1990 z późn. zm.]* a także *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy [Dz.U. 2002 nr 27 poz. 271 z późn. zm.]* - tak też: wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r. w spr. o sygn. 1369/10, z dnia 21 lipca 2010 r. w spr. KIO 1466/10, 30 lipca 2010 r. w spr. KIO 1497/10.

Skład orzekający: