

Sygn. akt: KIO 183/13

WYROK
z dnia 12 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lutego 2013 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2013 r. przez **Odwołującego - Maxto Sp. z o.o. S.K.A., 31-421 Kraków, ul. Reduta 5**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Gmina Lesznów, 05-506 Lesznów, ul. Gminnej Rady Narodowej 60**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Maxto Sp. z o.o. S.K.A., 31-421 Kraków, ul. Reduta 5** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Maxto Sp. z o.o. S.K.A., 31-421 Kraków, ul. Reduta 5** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest „Wykonanie Internetu dla mieszkańców Gminy Lesznowola”. Zdaniem Odwołującego - MAXTO sp. z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A z Krakowa Zamawiający - Gmina Lesznowola bezpodstawnie odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ofertę Odwołującego oraz unieważnił przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne z naruszeniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 3) w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także naruszył przepis art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust 3 i ust. 4 w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty lub do ewentualnych uzupełnień/wyjaśnień, szczególnie, że z takim wezwaniem zwrócił się do wykonawcy Ganso sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie. Wskazując na powyższe wniosł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny jego oferty i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wykonawca podał również, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający przyjął, bowiem bezpodstawnie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Powyższe skutkowało nieuzasadnionym unieważnieniem Postępowania. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wówczas to Odwołującemu - jako Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą - zostałyby udzielone zamówienie. Powyższe wyczerpuje przesłanki z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wykonawca podał, że w postępowaniu do Zamawiającego wpłynęły 3 oferty, w tym oferta Odwołującego. Zamawiający, w wyniku badania i oceny ofert, uznał, iż wszystkie złożone oferty są niezgodne z treścią siwz, co skutkowało ich odrzuceniem na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Powyższe doprowadziło do unieważnienia Postępowania. Zgodnie, bowiem z brzmieniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W zakresie powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, albowiem uznał, że zaoferowane urządzenie firmy NetPioneer, Model: NetBridge MTI nie spełnia wymagań wskazanych w załączniku nr 13 do siwz -Program Funkcjonalno-Użytkowy

(dalej, jako „PFU”), gdyż: (1) przepustowość radiolinii wynosi 65 Mb/s wobec wymaganej przepustowości min. 250 Mb/s; (2) brak wbudowanej w system synchronizacji, wobec wymaganej możliwości synchronizacji urządzeń nadawczo-odbiorczych sygnałem GPS; oraz (3) interfejs Ethernetowy wynosi 100 Mb/s wobec wymaganego 1000 Mb/s. Kwestionując powyższe ustalenia wykonawca podał, że (1) w załączniku nr 1 do PFU lit. A wymóg przepustowości sformułowano w następujący sposób: „zapewnienie połączenia w warstwie 2 modelu OSI o przepustowości nie mniejszej niż 250 Mb/s (wartość zagregowana będąca sumą prędkości w obie strony)”. Zdaniem Odwołującego parametr wynikający z dołączonej do oferty ulotki - przepustowość na poziomie 65 Mb/s w trybie pracy (Full Duplex, skrót FDX) - odnosi się do innego rodzaju pomiaru, którego w żadnym razie nie należy zestawiać z wartością, o której mowa w siwz. Podana przez Zamawiającego w siwz wartość dotyczy, bowiem przepustowości zagregowanej. Zaoferowana przez Odwołującego radiolinia spełnia wymóg postawiony w siwz, tj. jej wartość zagregowana będąca sumą prędkości w obie strony przekracza 250 Mb/s. Dalej podał, że zgodnie z treścią PFU dla radiolinii typu A wskazano na wymóg: „możliwość synchronizacji urządzeń nadawczo-odbiorczych sygnałem GPS”. Zdaniem Odwołujący (...) powszechnie znany jest fakt, że zaoferowane przez niego rozwiązanie posiada - zakwestionowaną przez Zamawiającego - funkcjonalność, a możliwość uzyskania takiej funkcjonalności dla urządzenia oferowanego przez Odwołującego potwierdzają dostępne, legalne źródła. Podał również, że pomimo obowiązku dokonywania oceny ofert wyłącznie na podstawie ich treści informacje faktyczne zostały przez Zamawiającego zinterpretowane wbrew ich uprzedniemu brzmieniu i wymogów z nich wynikających. Odnośnie trzeciego z parametrów stwierdził, że w PFU wskazano na następujący wymóg: „Interfejs urządzeń klienckich i bazowych RJ-45 (10/100/1000 Base-T) lub SFP-LC (WOObase SX)”. W ocenie wykonawcy użyty przez Zamawiającego spójnik „lub” wskazuje, że oferowana radiolinia powinna dysponować, co najmniej jednym z ww. złączy. Odwołujący oświadcza, iż oferowana przez niego radiolinia jest wyposażona nie tylko w złącze RJ-45, ale także w złącze SFP- LC, tym samym nie ulega wątpliwości, że spełnia wymóg określony w PFU. Alternatywa łączna „lub”, ponad wszelką wątpliwość dopuszcza jedno z oczekiwanych rozwiązań bądź obydwa i w każdym z tych przypadków będzie spełniony wymogi siwz. Nie znajduje, zatem żadnego uzasadnienia twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący zaoferował interfejs Ethernetowy 100 MB/s zamiast wymaganego 1000 Mb/s. Podkreślił, że postanowienia siwz powinny być interpretowane zgodnie z ich literalnym brzmieniem, a negatywnymi konsekwencjami nieprecyzyjnych postanowień nie można obciążać Odwołującego. Dalej wykonawca podał, że zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią siwz także w zakresie urządzenia firmy NetPioneer, Model: NetBridge Base Station. Zgodnie, bowiem z lit. D PFU

system radiowy punkt - wielopunkt powinien zapewniać eliminację problemu wzajemnego zakłócania się bazowych urządzeń dostępowych pracujących na tej samej częstotliwości.

W zakresie powyższego Odwołujący stwierdził, że - zgodnie z informacją uzyskaną od producenta - zaoferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia ww. wymóg postawiony w siwz. Odnosząc się do kolejnego kwestionowanego przez Zamawiającego parametru, wykonawca stwierdził, że Odwołującemu zarzucono także, iż urządzenia firmy NetPioneer, Model: NetBridge Client nie spełniają wymagań siwz, gdyż nie posiadają funkcjonalności wzajemnego niezakłócania się pracy na tej samej częstotliwości. Zdaniem wykonawcy w PFU nie został sformułowany wymóg w zakresie posiadania przedmiotowej funkcjonalności, co czyni tym samym obiekcie Zamawiającego całkowicie niezasadnymi. Podniesiono również, że Zamawiający - w uzasadnieniu odrzuceniu oferty Odwołującego - wskazał, że karty katalogowe ww. urządzeń: (1) nie są zgodne z kartami katalogowymi zamieszczonymi na stronie ich producenta. Urządzenia, zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego nie mają możliwości realizacji funkcji wzajemnej synchronizacji czasowej potrzebnej do uzyskania funkcjonalności wzajemnego niezakłócania się urządzeń pracujących na tej samej częstotliwości oraz (2) nie zawierają informacji o czasie bezawaryjnej pracy MTBF, wobec wymogu jego podania oraz brak jest informacji o wbudowanym analizatorze widma, wobec wymogu jego posiadania. W zakresie powyższego Odwołujący wskazał, że karty katalogowe - zarówno w wersji wydrukowanej jak i w formie publikacji na stronach internetowych - nie zawsze zawierają wszystkie informacje dotyczące danego produktu (zresztą nie ma formalnego wymogu żeby zawierały wszystkie i w danej konfiguracji informacje), a tym bardziej nieuprawnione jest oczekiwanie, aby potwierdzały wprost wymogi sformułowane przez Zamawiającego dla potrzeb konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślił również, że Zamawiający w żadnym z postanowień siwz nie ustalił sposobu oceny ofert Wykonawców poprzez weryfikację cech przedmiotowych oferowanych w ofertach urządzeń z cechami upublicznionymi w wybiórczy sposób na stronach www. producentów/dystrybutorów, czy też innych stronach - ale zgodnie z warunkami uprzednio ustalonymi siwz przez Zamawiającego. Stwierdził również, że (...) Sama ocena treści oferty winna być dokonywana z punktu widzenia zgodności z treścią siwz a nie innymi treściami nieustalonymi przez Zamawiającego. Odwołujący - przed złożeniem oferty - zasięgnął informacji u producenta ww. urządzeń, który potwierdził, że urządzenia te spełniają wymagania określone w siwz. Jednakże, w celu potwierdzenia powyższego, Odwołujący dodatkowo w załączeniu przedkłada oświadczenie producenta potwierdzające, że linie produktowe Netbridge MTI, Netbridge BaseStation, Netbridge Client spełniają postawione w PFU wymagania i zapewniają realizację celu postawionego w PFU". W zakresie powyższego Odwołujący dodatkowo podniósł, że Zamawiający dokonuje oceny zgodności treści oferty z treścią siwz na podstawie wymagań wyraźnie w niej wyartykułowanych. Niedopuszczalne

jest zatem - na etapie badania i oceny ofert - formułowanie nowych wymagań i analizowanie ofert przez ich pryzmat. Skoro bowiem Zamawiający nie określił danego wymogu w siwz, to - nawet jeśli jego zachowanie jest istotne z punktu widzenia jego uzasadnionych potrzeb i interesów - nie może żądać jego spełnienia przez wykonawców, a tym bardziej nakładać sankcji w postaci odrzucenia oferty w związku z brakiem zapewnienia danej - niewymaganej funkcjonalności. Wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził w szczególności, że (...) ocena ofert nie odbywa się na podstawie ukrytych oczekiwań Zamawiającego czy też jego domniemych intencji, ale na podstawie treści wyrażonych w siwz i wszelkie niejasne i nieprecyzyjne postanowienia siwz nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. W konkluzji wykonawca stwierdził, że (...) jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, czy oferowane rozwiązanie w ww. zakresie spełnia jego wymagania, powinien skorzystać z procedury przewidzianej w przepisie art. 87 ust. 1, tj. zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. Bowiem zaniechanie wyjaśnień i w konsekwencji błędne zinterpretowanie treści oferty - prowadzi do podjęcia niewłaściwej decyzji w toku oceny ofert, a tym samym skutkuje naruszeniem przepisów ustawy Pzp, z czym niewątpliwie mamy do czynienia w niniejszej sprawie". Należy bowiem podkreślić, iż mechanizm z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest mechanizmem pozwalającym na rzetelne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem wykonawcy również oferowane przez Odwołującego zasilacze awaryjne wyposażone są w gniazda umożliwiające zasilenie wszystkich dostarczanych przez Odwołującego urządzeń. W tym przypadku wskazał na wymagania PFU lit. O, dotyczącym zasilacza bezprzerwowego, koniecznym elementem było posiadanie gniazd energetycznych w standardzie CE oraz na twierdzenia Zamawiającego, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie Dell 1920W nie spełnia ww. wymagania, gdyż posiada gniazda energetyczne typu IEC. Podał również, że przedmiotowy przetarg prowadzony jest w ramach procedury zaprojektuj i wybuduj i to wykonawca odpowiada za finalne zrealizowanie założeń projektu, jakim jest wybudowanie infrastruktury dostępu do Internetu. Ponadto zasilacze oferowane przez Odwołującego w komplecie posiadają zestaw kabli przyłączeniowych zgodnych z wymogiem PFU. Na marginesie - w odniesieniu do wymagań z PFU z lit. O Odwołujący wskazuje, iż nie ma standardu określonego przez Zamawiającego jako CE. Wykonawca podał również, że (...) Powyższe rozważania pozostają aktualne także dla rzekomej zdaniem wykonawcy, niezgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie PFU lit. P. Jednocześnie wykonawca stwierdził, że Zamawiający (...) w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wskazał także na inne rzekome uchybienia Odwołującego, podnosząc, iż nie wzywał Odwołującego w tym zakresie do uzupełnień ani nie dokonał poprawienia omyłek, gdyż oferta Odwołującego i tak podlegała odrzuceniu". Odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do tych kwestii nie wdaje się w polemikę z Zamawiającym, który i tak, w przypadku uwzględnienia odwołania przez

KIO, będzie musiał podjąć przewidziane ustawą Pzp mechanizmy sanowania oferty (w dopuszczalnych przez prawo granicach).

W konkluzji odwołania podkreślił, że Zamawiający wezwał wykonawcę Ganso Sp. z o.o. do uzupełnień i wyjaśnienia treści oferty, zanim podjął decyzję o odrzuceniu oferty ww. spółki, podczas gdy oferta Odwołującego została odrzucona bez uprzedniego skorzystania z ww. mechanizmów, co niewątpliwie prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący - na marginesie – wskazał na błędy Zamawiającego w zakresie oceny oferty spółki Ganso Sp. z o.o., których Zamawiający nie dostrzegł, a mianowicie, że oferowany przez Ganso Sp. z o.o. UPS Ares 1600 przy obciążeniu 300VA ma czas podtrzymania na poziomie 55 minut, mimo wymogu postawionego w lit. O PFU, zgodnie z którym zasilacz bezprzerwowy UPS o mocy, co najmniej 1500VA powinien cechować się czasem podtrzymania, co najmniej 180 minut przy obciążeniu 300VA. Ponadto, oferowana przez Ganso Sp. z o.o. szafa ZPAS nie ma możliwości otworzenia drzwi o kąt 180 stopni, mimo iż w lit. T PFU wyraźnie wskazano na taki wymóg.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Zgodnie z informacjami zawartymi w protokole postępowania [pkt 1] przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie Internetu dla mieszkańców Gminy Lesznowola”, a jego wartość w kwocie 1.610.683, 90 zł [co stanowi równowartość 400.707,51 euro] - ustalono na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, w którym [sekcja II.1.2.] wskazano na rodzaj zamówienia - roboty budowlane. Zatem wartość zamówienia nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich tj. kwoty 4.845.000 euro. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Czynnością zaskarżoną, w niniejszym odwołaniu jest czynność odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz, jak wskazano w odwołaniu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 3 w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na bezpodstawne unieważnienie postępowania w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, a także przepisu art. 87 ust. 1 i art. 26 ust 3 i ust. 4 w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z brakiem wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty lub do ewentualnego jej uzupełnienia. Izba zauważa, że z okoliczności sprawy wynika, że wykonawca de facto wskazuje na naruszenie pkt 1 art. 93 ust.1 ustawy Pzp, [nie pkt 3], albowiem zarzut ten odnosi do twierdzeń, że jego oferta niepodległa odrzuceniu, aczkolwiek ta podstawa prawna dla wniesionego zarzutu nie została przez Odwołującego w toku rozprawy sprostowana. Izba stwierdza ponadto, że wobec ograniczeń, wynikających z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp zarzuty związane z naruszeniem przepisów art. 87 ust. 1 i art. 26 ust 3 i ust. 4 w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogą być rozpatrywane wyłącznie w kontekście zasadniczego zarzutu [związanego z podstawami odrzucenia oferty, wnoszącego odwołanie wykonawcy] – naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, o tyle, o ile miało to bezpośredni wpływ, bądź było związane z podstawami odrzucenia oferty, wskutek pominięcia procedur wyjaśniających dopuszczonych i wymaganych – w określonych sytuacjach faktycznych - przepisami ustawy Pzp.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba miała również na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpoznając z kolei zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba uwzględniała także dyrektywę wynikającą z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Tak jak ustaliła Izba, oferta wnoszącego odwołanie wykonawcy odrzucona została na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem zaproponowane przez wykonawcę urządzenie nie spełnia – zdaniem Zamawiającego – wymagań określonych w załączniku nr 13 - Program funkcjonalno – użytkowy [dalej: PFU lub Program], a mianowicie:

1. załącznik nr 1, pkt. A. - Radiolinia typ A: (1) przepustowość radiolinii jest niższa niż wymagana (min. 250 Mb/s); (2) brak wbudowanej w system synchronizacji, wobec wymaganej możliwości synchronizacji urządzeń nadawczo - odbiorczych sygnałem GPS; oraz (3) interfejs Ethernetowy 100 Mb/s jest niższy niż wymagany (1000 Mb/s);

2. załącznik nr 1 pkt D. - System punkt- wielopunkt oraz załącznik nr 1 pkt E. - Moduł abonencki systemu punkt-wielopunkt - urządzenia podane w ofercie nie posiadają funkcjonalności wzajemnego niezakłócania się przy pracy na tej samej częstotliwości, gdyż zgodnie z tym, co podaje producent urządzenia te pracują z wykorzystaniem standardów 802.1 la, 802.1 lb oraz 802.lig. Standardy te nie mają możliwości realizacji funkcji wzajemnej synchronizacji czasowej potrzebnej do uzyskania funkcjonalności wzajemnego niezakłócania się urządzeń pracujących na tej samej częstotliwości;
3. załącznik nr 1 pkt. O. i pkt P - UPS 1500VA. - zaproponowane przez wykonawcę urządzenie nie spełnia wymagań, gdyż nie posiada gniazd energetycznych w standardzie CE;

Zamawiający wskazał ponadto, że w załączonych do oferty kartach katalogowych dla w/w urządzeń brak jest informacji o czasie bezawaryjnej pracy MTBF, wobec wymogu jego podania oraz brak jest informacji o wbudowanym analizatorze widma, wobec wymogu jego posiadania i tym samym wykonawca nie potwierdził w tym zakresie warunków wymaganych PFU.

Izba ustaliła, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale 2 pkt. IV ppkt 4.1) Zamawiający wymagał przedłożenia w ofercie „Wykazu wszystkich oferowanych przez Wykonawcę urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, zawierającego, co najmniej nazwę producenta i model oraz dokumentów potwierdzających wymagania określone przez Zamawiającego dla poszczególnych urządzeń tj. karty katalogowe producenta”. W PFU z kolei podano, że określone w Programie parametry należy traktować jako minimalne wymagania w zakresie funkcjonalności i poziomu technicznego sprzętu, a ocena spełnienia wymaganych parametrów prowadzona będzie na podstawie dostarczonego przez Wykonawcę wraz z ofertą zestawienia wszystkich oferowanych do wykonania zamówienia urządzeń, zawierającego co najmniej producenta i model oraz załączonych kart katalogowych producentów. Zaznaczono jednocześnie, że (...) Oferowane urządzenia i oprogramowanie powinny być dostępne komercyjnie na dzień składania oferty”. Powyższe oznacza, że - wbrew twierdzeniom Odwołującego - podstawą oceny ofert w zakresie przedstawionych urządzeń i ich parametrów były karty katalogowe załączone do oferty. Zatem w tych przypadkach, gdy z kart katalogowych bezspornie wynika, że parametr jest inny od wymaganego – to wykonawca nie może żądać wezwania na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, czy na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, celem umożliwienia wykonawcy wymiany katalogu na katalog adekwatny dla urządzenia z parametrami wymaganymi PFU. W okolicznościach niniejszej sprawy prowadziłoby to do zastąpienia urządzeniem innym

niewskazane w ofercie i tym samym prowadziłyby do zmiany treści oferty, co na gruncie ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Tym samym, dostarczone karty katalogowe – nie potwierdzają – w spornym zakresie wymaganych parametrów technicznych, tym bardziej, że Odwołujący odnośnie karty katalogowej dla pierwszego z urządzeń – Radiolinia typ A wskazał producenta – Net Pioneer oraz model Met BridgeMTI. Do tej pozycji załączył kartę katalogową urządzenia NETBridge 23 MTI Dual, w której wskazano, na moduł radiowy – Sparklan 5213; port Ethernet o parametrze 1x10/100 Mbit, w miejsce wymaganego 10/100/ Base – T lub 1000 Base - SX Mb/s). Izba jednocześnie stwierdza, że wykonawca w toku rozprawy przyznał, że – w procedurze wyjaśnień - zamierzał wskazać w ofercie urządzenie zastąpić innym – nowszej generacji - spełniającym parametry techniczne w pełnym wymaganym zakresie.

Także przedłożone karty katalogowe nie potwierdzają warunku w zakresie załącznika nr 13 - Program funkcjonalno - użytkowy, Załącznik nr 1, pkt O i P - UPS 1500VA. W miejsce gniazd C,E w karcie wskazano na gniazda IEC.

Również, zdaniem Izby, wnoszący odwołanie – uwzględniając wskazany art. 190 ust.1 ustawy Pzp – nie udowodnił, że oferowane urządzenie NetBridge MTI Dual jest w stanie zapewnić żadaną przepustowość 250 Mb/s mierzonej w warstwie 2 modelu OSI, albowiem karta katalogowa załączona w ofercie nie odzwierciedla parametrów urządzenia odnośnie jego przepustowości, wymaganych PFU. W tym przypadku Izba nie podzieliła poglądu wykonawcy, że (...) powszechnie znany jest fakt, że zaoferowane przez niego rozwiązanie posiada - zakwestionowaną przez Zamawiającego - funkcjonalność, a możliwość uzyskania takiej funkcjonalności dla urządzenia oferowanego przez Odwołującego potwierdzają dostępne, legalne źródła”.

Nie podlega natomiast uwzględnieniu zarzut odnośnie braku informacji o czasie bezawaryjnej pracy MTBF (wobec wymogu jego podania) oraz zarzut o braku informacji o wbudowanym analizatorze widma [wobec wymogu ich posiadania]. W tym przypadku Izba stwierdza, że zawartość kart katalogowych, nie może być kwestionowana przez Zamawiającego wobec postanowień wskazanego powyżej pkt IV ppkt 4.1. pkt IV w rozdziale 2, Zamawiający wymagał bowiem w spornym zakresie dokumentów potwierdzających wymagania określone przez niego dla poszczególnych urządzeń, wskazując wprost na karty katalogowe producenta. Tak jak słusznie podnosił Odwołujący, karty katalogowe - zarówno w wersji wydrukowanej jak i w formie publikacji na stronach internetowych - nie zawsze zawierają wszystkie informacje dotyczące danego produktu. Nie ma ponadto formalnego wymogu, aby takie karty zawierały wszystkie w danej konfiguracji informacje i tym samym –

wobec takiego brzmienia specyfikacji - nieuprawnione jest żądanie Zamawiającego, aby wymagane karty katalogowe potwierdzały wprost parametry sformułowane w PFU dla potrzeb tego postępowania o udzielenie zamówienia. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie wymagał również w Wykazie potwierdzania parametrów według PFU. Tym samym Zamawiający nie może, wskazując na brak informacji w karcie katalogowej, tylko na takiej podstawie uznać, że oferowane urządzenie nie spełnia wymaganych parametrów. Jednocześnie Izba stwierdza, że w takich przypadkach możliwe jest – uwzględniając wymagania ustawy Pzp – korzystanie z innych źródeł - nawet ze stron internetowych producenta – celem potwierdzenia, że oferowane urządzenie spełniają wszystkie wymagane parametry.

W konkluzji Izba stwierdza, tak jak wskazano powyżej, że Izba wydając orzeczenie miała na względzie art. 192 ust.2 ustawy Pzp, w myśl którego odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Tak jak ustalono podnoszone w odwołaniu zarzuty, co do braku podstaw odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, zostały tylko częściowo uwzględnione i tym samym częściowe ich uwzględnienie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, albowiem oferta Odwołującego w pozostałym zakresie podlega odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze 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 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: