

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Honorata Łopianowska
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirare spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Softex Data S.A. w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków – Balice spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Balicach - w trybie przetargu nieograniczonego na *„Dostawę, instalację oraz uruchomienie systemu ochrony obszaru lotniska w MPL Kraków - Balice oraz dostosowanie analogowego systemu telewizji przemysłowej do pracy w sieci IP, część III pod nazwą: „Digitalizacja systemu telewizji przemysłowej na terenie MPL Kraków-Balice”*,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirare spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Softex Data S.A. w Warszawie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] z kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirare spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Softex Data S.A. w Warszawie;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600,00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy] przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirare spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Softex Data S.A. w Warszawie na rzecz Zamawiającego Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków – Balice spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Balicach, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę, instalację oraz uruchomienie systemu ochrony obszaru lotniska w MPL Kraków - Balice oraz dostosowanie analogowego systemu telewizji przemysłowej do pracy w sieci IP, część III pod nazwą: «Digitalizacja systemu telewizji przemysłowej na terenie MPL Kraków-Balice»” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia wynosi 10.853.268,56 zł [2.827.108,25 euro].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 209 - 319932 w dniu 27 października 2010 r.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę na część I i III zamówienia. Zamawiający w dacie 15 marca 2011r. powiadomił wykonawców dokonaniu oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Od czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części III zamówienia i wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Kabe Systemy Alarmowe Sp. z o.o. w Mikołowie Odwołujący w dniu 24 marca 2011 r. wniósł odwołanie, wskazując na naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez:

1. nieprawidłową interpretację wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, będących odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i tym samym naruszenie przepisów art. 87 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty;
2. zaniechanie czynności oceny oferty Odwołującego i tym samym naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie oceny oferty;
3. odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych a konsekwencji niedokonanie wyboru oferty Odwołującego na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
4. wybór oferty Wykonawcy Kabe Systemy Alarmowe Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej i tym samym naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Kabe Sp. z o.o.;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonania ponownej czynności badania oferty Odwołującego z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych w trakcie postępowania oraz prawidłowej oceny oferty Odwołującego;
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że:

- w wezwaniu do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zapewnienia nie ograniczenia funkcjonalności systemu analogowego Zamawiający zawarł w swoim piśmie jedynie suchą informację, iż stosownie do wymagań określonych w pkt 4 Załącznika nr 8C, wymagających, by integracja z systemami Cameleon Tactical oraz XProtect w żaden sposób nie ograniczała funkcjonalności systemu analogowego: „z załączonego do Państwa oferty schematu blokowego proponowanego rozwiązania dla III części zamówienia, jak również z opisu rozwiązań technicznych nie wynika, aby wymóg ten został spełniony...”. Stwierdzenie Zamawiającego podważające poprawność zaproponowanego rozwiązania nie zostało poparte żadnymi merytorycznymi argumentami.

- W części opisowej wyjaśnień zawartych w „Opisie rozwiązań technicznych - Etap III” Odwołujący bardziej precyzyjnie przedstawił sposób rozdzielenia sygnału wizyjnego z kamer analogowych posiadanych przez Zamawiającego w działającym już systemie. Podkreślono, że Zamawiający w żaden sposób w SIWZ nie określił wymaganego przez siebie sposobu połączenia nowego rozwiązania z posiadanym systemem. Uszczegółowienia opisu oraz schematu o konkretny sposób wykonania połączeń kablowych nie można traktować jako istotnej zmiany treści oferty. Z technicznego punktu widzenia wymóg nieograniczania funkcjonalności systemu analogowego, którym dysponuje Zamawiający został jedynie dokładniej opisany w celu potwierdzenia wymogów zawartych w SIWZ;

- co do istoty składania wyjaśnień, czyli za Słownikiem Poprawnej Polszczyzny PWN Wyd. XVIII W-wa 1997, strona 905 „*wyjaśnić ... uczynić coś zrozumiałym, wytłumaczyć, wyjaśnić sprawę zagadnienie, wątpliwości...*” należy zaliczyć szersze, bardziej precyzyjne opisanie systemu zaproponowanego w ofercie. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił nowego, odmiennego rozwiązania w stosunku do rozwiązania z oferty. Nie przedstawił również rozwiązania, które w istotny sposób zmienia treść oferty. Poza rozszerzoną o merytoryczne wyjaśnienia częścią pisemną potwierdzającą wymagania zawarte w SIWZ, przekazał również

część graficzną zaproponowanego w ofercie systemu, uzupełnioną o urządzenia zainstalowane i działające już u Zamawiającego oraz o urządzenia, które otrzyma Zamawiający zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 8A do SIWZ w akapicie następującym po pkt 9 lit. g0 zaczynającym się od zdania: „*należy również wyposażyć dwa centra nadzoru [podstawowe i zapasowe] w [...] monitorów na wysięgnikach*”.

- Na schemacie blokowym złożonym w ofercie urządzenia Zamawiającego oraz urządzenia opisane w Załączniku 8A do SIWZ, które Zamawiający otrzyma w trakcie realizacji I części zamówienia zostały zawarte bez opisu w „chmurce” z prawej strony wydruku i zatytułowane „LAN Zamawiającego”. Na schemacie blokowym załączonym do złożonych wyjaśnień „chmurka” znajduje się z lewej strony wydruku proponowanego rozwiązania i została „otwarta – opisana” poprzez zamieszczenie graficznej formy w postaci monitorów [Monitor Wall Centrum Podstawowe i Zapasowe], serwera zarządzającego Cameleon Tactical oraz Stacji Klientkich Milestone Xprotect Enterprise i Cameleon Tactical. Widoczna w lewym górnym rogu schematu blokowego graficzna forma urządzenia została opisana przez Zamawiającego w pkt 1 Załącznika 8C do SIWZ pod nazwą „krosownica firmy American Dynamics [model Mega Power 3200]” a forma graficzna przedstawiająca serwer zarządzający Cameleon Tactical jest urządzeniem, które w systemie analogowym [obecnym] rejestruje obraz ze źródeł [kamer] sygnału analogowego.

- Dla uzupełnienia pisemnych wyjaśnień mających na celu potwierdzenie spełniania wymogów Zamawiającego Odwołujący przedstawił w formie graficznej w schemacie blokowym aktywne trójniki BNC oraz rozdzielacz danych RS 232 lub RS 485, stanowiące dodatkowe zabezpieczenie możliwości monitoringu wizyjnego i jego archiwizowania w sytuacji, kiedy następuje awaria systemu zasilania energetycznego dla systemu analogowego lub cyfrowego [należy podkreślić, że systemy analogowy i cyfrowy nie powinny być zasilane ze wspólnego źródła energetycznego]. Wartość tych urządzeń Odwołujący to kwota około sześć złotych co stanowi 0,01% ceny oferty. Pomijając w ocenie aspekt bezpieczeństwa, rozwiązanie bez trójników i rozdzielacza całkowicie spełni wymogi Zamawiającego poprzez bezpośrednie połączenia kablowe systemu wizyjnego i sterowania w oparciu o wejście/wyjście krosownicy firmy American Dynamics - model Mega Power 3200.

- Zamawiający nieprawidłowo zinterpretował wyjaśnienia Odwołującego, uznając za istotną zmianę treści oferty i niezgodność treści oferty z treścią SIWZ graficzne przedstawienie posiadanych u siebie [działających] i opisanych w SIWZ urządzeń. Nieuprawnionym jest

twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący istotnie zmienił treść oferty i zaproponował nowe rozwiązanie.

- Należało uznać za drobną nieścisłość niezaprezentowanie przez Odwołującego w schemacie blokowym załączonym pierwotnie do oferty graficznych form urządzeń Zamawiającego a bardziej dokładny opis oraz schemat blokowy załączony do wyjaśnień należało uznać jako potwierdzenie, że proponowany w ofercie system w pełni potwierdza wymogi SIWZ.

- Badanie oferty i wyjaśnień pod względem formalnym oraz uznanie wyjaśnień ze schematem za nowe rozwiązanie, w ocenie Odwołującego narusza zarówno przepis art. 87 ust. 1 w zakresie dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie równego traktowania wykonawców. Badanie i ocena oferty winna odnosić się również do wiedzy Zamawiającego na temat będących w jego posiadaniu urządzeń oraz urządzeń otrzymanych w wyniku realizacji zamówienia. Przedstawienie ich przez Odwołującego [monitory, stacje klienckie] w formie graficznej w wyjaśnieniach winno być uznane jedynie za potwierdzenie bytności w systemie już działającym a nie za zmianę treści oferty. Odwołujący nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego dotyczącą odrzucenia jego oferty zlecił wykonanie ekspertyzy przez Pana dr inż. Marka Blima Rzecznawcy Systemów Technicznego Zabezpieczenia Osób i Mienia [uprawnienia nr 135/05] będącego członkiem Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Systemów Zabezpieczeń POLALARM. Ekspertyza potwierdza zdanie Odwołującego o całkowitej zgodności oferowanego rozwiązania z wymogami Zamawiającego.

- Zamawiający dokonał [dwukrotnie] nieuprawnionego odrzucenia oferty Konsorcjum naruszając przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie Wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny oferty oraz wyjaśnień - Zamawiający prowadząc postępowanie, w dniu 2 marca 2011r. unieważnił swoje dotychczasowe czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie wszystkich trzech części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powodem takiej decyzji Zamawiającego było pismo Wykonawcy firmy DGT Sp. z o.o. w Straszynie. W piśmie, które jest podstawą do wniesienia przedmiotowego odwołania Zamawiający potwierdza, że nie dokonywał ponownej czynności oceny oferty Odwołującego a swoje postanowienie o odrzuceniu oferty oparł jedynie na wcześniejszym

badaniu. W ocenie Odwołującego takie zachowanie świadczy o braku woli u Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co narusza art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 4 kwietnia 2011 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie 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, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą – w zakresie części III, której dotyczy postępowanie odwoławcze, oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania [zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych] czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, uznano że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

Zamawiający w specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia dla części III, postawił następujące wymaganie: [pkt 1 Załącznika 8C do SIWZ] „*dostosowanie obecnie zainstalowanego systemu CCTV, opartego o krosownicę firmy American Dynamics [model Mega Power3200] oraz 183 kamery analogowe, do współpracy z i funkcjonującą na terenie lotniska platformą integrującą Cameleon Tactical firmy ICX oraz systemem IP CCTV XProtect firmy Milestone*” z zastrzeżeniem, że „*Istniejący obecnie system*

CCTV pełnić będzie funkcje systemu zapasowego, w związku z czym integracja z systemami Cameleon Tactical oraz XProtect w żaden sposób nie może ograniczać funkcjonalności systemu analogowego” [pkt 4 Załącznika 8C do SIWZ]. Zamawiający dalej wymagał, by przygotowane oferty zawierały „*schemat blokowy proponowanego rozwiązania - w odniesieniu do III części Zamówienia. Schemat powinien w sposób poglądowy przedstawiać zastosowane urządzenia oraz sposób integracji tych urządzeń z istniejącymi systemami*” [Rozdział X, pkt 13, ppkt 9 SIWZ], a także by były opatrzone szczegółowym opisem oferowanego przedmiotu dostawy, potwierdzającym, że oferowana dostawa spełnia wymogi Zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [Rozdział X, pkt 13 ppkt 8 SIWZ].

W odpowiedzi na tak postawione wymaganie Odwołujący do złożonej oferty załączył schemat blokowy, w którym zaprezentował połączenie kamer bezpośrednio z urządzeniami przetwarzającymi odbierany sygnał z kamer analogowych do postaci cyfrowej oraz transmisję sygnału w sieci IP [enkoderami], zaś następnie przetworzony sygnał przekazywany był do routerów oraz dalszej infrastruktury, określonej jako LAN Zamawiającego.

W części opisowej zastosowanego rozwiązania Odwołujący nie wskazał sposobu zapewnienia takiej funkcjonalności oferowanego rozwiązania, by możliwe było korzystanie równoległe zarówno z systemu analogowego [opartego o dotychczasowe rozwiązanie] jak i cyfrowego – uzyskanego w wyniku tego postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zapewnienia wymaganej w pkt 4 Załącznika 8C do SIWZ funkcjonalności Odwołujący złożył nowy schemat blokowy oferowanego rozwiązania a także zmieniony szczegółowy opis oferowanego przedmiotu dostawy. Na schemacie blokowym Odwołujący zaprezentował dwie równoległe ścieżki przekazywanego z kamer sygnału analogowego: do krosownicy MegaPower 3200 oraz osobno do enkoderów, przy czym ujęto, nie przewidziane w schemacie zawartym w ofercie trójniki BNC. W zmienionym szczegółowym opisie oferowanego przedmiotu dostawy [Opis rozwiązań technicznych – Etap III z dnia 7 lutego 2011 r.] Odwołujący podał, że sygnał wizyjny z kamer analogowych zostanie pasywnie rozdzielony za pomocą dedykowanych trójników BNC podłączonych do istniejących zakończeń kablowych okablowania koncentrycznego w miejscu ich łączenia z krosownicą wizyjną zamawiającego; uzyskane w ten sposób pasywne rozdzielanie sygnału wizyjnego umożliwi doprowadzenie go do enkoderów za pomocą krótkich odcinków dedykowanego okablowania koncentrycznego. Takie podzielenie sygnału umożliwi współbieżną pracę obydwu systemów analogowego i cyfrowego bez strat

jakości sygnału wizyjnego oraz bez ujemnego wpływu na funkcjonalność i zapis obydwu systemów.

Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, iż zobrazowane na schemacie blokowym linie przedstawiają okablowanie. Zapytany, w której części schematu, w jaki sposób, na pierwotnie złożonym w ofercie schemacie blokowym ujął krosownicę oraz zaprezentował spełnienie równoległego funkcjonowania systemu analogowego, Odwołujący podał, iż ta część infrastruktury mieści się w zakresie pokazanej na schemacie „LAN Zamawiającego”.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne uznano, iż istotnie, w ofercie Odwołujący nie zaprezentował spełnienia wymagania Zamawiającego, by integracja aktualnie posiadanego systemu CCTV działającego na zasadzie zapisu analogowego z systemami Cameleon Tactical oraz XProtect w żaden sposób nie ograniczała funkcjonalności systemu analogowego. Wykazanie spełnienia tego wymagania miało nastąpić poprzez zamieszczenie odpowiednich treści, symboli w schemacie blokowym - powinien on w sposób poglądowy przedstawiać zastosowane urządzenia oraz sposób integracji tych urządzeń z istniejącymi systemami [Rozdział X, pkt 13, ppkt 9 SIWZ. Nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, by w pierwotnie złożonym w ofercie schemacie blokowym i dopełniającym go Opisie rozwiązań technicznych – Etap III, w części obejmującej sieć LAN zawarto informacje wskazujące na zapewnienie wymaganej funkcjonalności, które następnie uszczegółowiono w schemacie blokowanym złożonym w ramach wyjaśnienia oferty w dniu 7 lutego 2011 r. Nie sposób dopatrzeć się w schemacie blokowym załączonym do oferty jak i części opisowej [Opis rozwiązań technicznych – Etap III], by została zaprezentowana równolegle funkcjonujący mechanizm oparty na za[pisie analogowym. Potwierdziło to także twierdzenie Odwołującego na rozprawie, zgodnie z którym zasadniczy element systemu analogowego – krosownica znalazł się w schemacie blokowym w części tytułowanej „LAN Zamawiającego”.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że schemat blokowy obrazuje elementy składające się na pewien system, pokazując jednocześnie powiązania tych elementów, ich wzajemne rozmieszczenie i relacje. Jeśli jest tak, że na pierwotnym, załączonym do oferty schemacie blokowym ujęto elementy systemu analogowego w ramach LAN Zamawiającego [zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego] to ich umiejscowienie [za enkoderami i routerami] wskazuje, że ten element rozwiązania technicznego przewidziano już po przetworzeniu sygnału na cyfrowy, co by wskazywało wyraźnie na niezapewnienie w schemacie załączonym do oferty funkcjonalności w postaci możliwości dokonywania równoległe zapisu w systemie analogowym. W tym zakresie

zachodzi także istotna sprzeczność pomiędzy stanowiskiem Odwołującego a złożonym w ramach wyjaśnienia oferty schematem blokowym, na którym krosownicę oraz elementy systemu analogowego umiejscowiono bezpośrednio za kamerami a przed enkoderami, przyjmując rozdzielanie sygnału z kamer bezpośrednio do krosownicy i osobno do enkoderów. Powyższe wyraźnie wskazuje na zmianę treści oferty w ramach jej wyjaśnień. Nie jest zatem zasadne twierdzenie, iż w ramach wyjaśnień z dnia 7 lutego 2011 r. dokonano uszczegółowienia opisu oraz schematu o konkretny sposób wykonania połączeń kablowych oraz że z technicznego punktu widzenia wymóg nieograniczania funkcjonalności systemu analogowego, którym dysponuje Zamawiający został jedynie dokładniej opisany w celu potwierdzenia wymogów zawartych w SIWZ. Stanowisko powyższe byłoby zasadne, gdyby uwzględnione w wyjaśnieniach elementy rozwiązania mieściły się w ramach wcześniejszych, zawartych w ofercie kategorii.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może stanowić zmiany oferty, musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Stąd w ofercie musi znajdować się jakikolwiek punkt zaczepienia, który pozwoli uznać, że oferta zawiera wyjaśniane treści. Wyjaśnieniu podlegać mogła bowiem treść oferty – istniejące w niej informacje i w ramach tej treści wyjaśnienia powinny się były zamknąć. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nastąpi zmiana treści oferty. Jak podkreśla się w orzecznictwie, Zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2. ustawy Prawo zamówień publicznych należy bowiem interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty [ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.] w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne [tak: wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009r. w spr. KIO/UZP-992/09].

Tymczasem w złożonej przez Odwołującego ofercie [składającym się na nią schemacie blokowym oraz Opisie rozwiązań technicznych – Etap III] nie zawarto takich informacji, które by pozwalały uznać, że wymagana w SIWZ funkcjonalność, to jest umożliwienie funkcjonowania systemu analogowego niezależnie od ucyfrowienia mechanizmu, została zapewniona. Nie sposób przyjąć, by w ofercie, w części obejmującej „LAN Zamawiającego ” zawarto urządzenia a także procesy, jakie składają się na zapewnienie równoległego funkcjonowania systemu analogowego, a to z tego powodu, że – na co trafnie zwrócił uwagę Zamawiający – w ramach pojęcia „LAN

Zamawiającego” mieszczą się zasoby cyfrowe, ale także że umiejscowione one zostały w schemacie blokowym załączonym do oferty za enkoderami. Powyższe wskazywałoby, że w schemacie blokowym zawartym w ofercie, infrastrukturę oraz mechanizm zapisu analogowego przewidziano po przetworzeniu sygnału przez enkodery, co przeczyłoby spełnieniu spornej funkcjonalności. Natomiast w ramach wyjaśnienia Odwołujący umieścił tę część urządzeń i procesów, która miała zapewnić równoległe funkcjonowanie systemu analogowego bezpośrednio za kamerami, przed częścią obejmującą enkodery, wyodrębniając krosownicę i wskazując sposób przekazania sygnału z kamer do krosownicy oraz odrębnie do enkoderów [z zastosowaniem trójników]. Powyższe wskazuje na inne, aniżeli w załączonym do oferty schemacie blokowym umiejscowienie mechanizmu zapewniającego sporną funkcjonalność, którego wcześniej w ofercie nie zaprezentowano. Takie działanie nosi znamiona zmiany pierwotnie złożonej oferty, co jest niedopuszczalne. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z przytoczonego przepisu wynika zatem, iż brak jest możliwości zmiany treści oferty na podstawie złożonych wyjaśnień, chyba że zachodzą przesłanki wskazane w przepisie art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający oczekiwania wobec przedmiotu zamówienia opisał w sposób otwarty: nie postawił sztywnych ram wykonania usługi dostosowania analogowego systemu telewizji przemysłowej do pracy w sieci IP ale przede wszystkim położył akcent na istotne z jego perspektywy funkcjonalności, których spełnienie [zastosowanie odpowiednich urządzeń, właściwe ich zestawienie, zdefiniowanie procesów] pozostawiono inicjatywie wykonawców. To zaś miało nastąpić w formule schematu blokowego, który powinien obrazować zastosowane urządzenia, ich wzajemne powiązanie i rozmieszczenie. Ten postulat winien spełniać także schemat blokowy załączony do oferty – „wyjaśnienie” zastosowanego rozwiązania winno bowiem odbyć się w granicach treści oferty [na gruncie analizowanej sprawy – w granicach schematu blokowego oraz Opisu rozwiązań technicznych – Etap III], i jej brzmieniu odpowiadać. Analiza treści schematu blokowego oraz Opisu rozwiązań technicznych – Etap III zawartych w ofercie prowadzi do wniosku, iż w ofercie brak jest treści, które można uznać za wyjaśnione w wyniku nowego schematu blokowego oraz Opisu rozwiązań technicznych – Etap III. Zmiany wynikające z treści datowanego na 7 lutego 2011 r. schematu blokowego oraz Opisu rozwiązań

technicznych – Etap III, złożonych w ramach wyjaśnienia treści oferty zasadnie zostały zakwalifikowane przez Zamawiającego za zmierzające do zmiany pierwotnie złożonej oferty a także, że w ramach wyjaśnień zaproponowano nowe rozwiązanie oraz nowy opis tego rozwiązania.

Potwierdzeniem powyższej konkluzji jest także zawarte w odwołaniu twierdzenie, zgodnie z którym dla uzupełnienia pisemnych wyjaśnień mających na celu potwierdzenie spełniania wymogów Zamawiającego przedstawiono w formie graficznej w schemacie blokowym aktywne trójniki BNC oraz rozdzielacz danych RS 232 lub RS 485 [...]; wartość tych urządzeń Odwołujący szacuje, [po sprostowaniu na rozprawie] na kwotę około sześć tysięcy złotych, co stanowi 0,01% ceny oferty. Potwierdza to, że w wyjaśnieniach oferty złożonych przez Odwołującego zaprezentowano odmienny sposób wykonania, aniżeli wynikający z oferty, skoro będzie on wymagał poniesienia dodatkowych, nieprzewidzianych kosztów.

W związku z brakiem w ofercie Odwołującego wymaganego przez Zamawiającego rozwiązania, poprawienie oferty mogło nastąpić jedynie w przypadku, jeśli zachodziłyby okoliczności wskazane w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. mielibyśmy do czynienia z wystąpieniem w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazano wyżej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia opracowana na użytek tego postępowania, w części objętej sporem nie wymieniała szczegółowych rozwiązań, opisując jedynie zasadnicze funkcjonalności. Rzeczą wykonawców było odpowiedzieć na te ogólne wymagania poprzez samodzielne zaprojektowanie rozwiązania czyniącego zadość oczekiwaniom Zamawiającego. W tym kontekście rozbieżność oferowanego rozwiązania w ofercie i wyjaśnieniach nie może także być rozpatrywana w kategorii niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia podlegającej poprawieniu.

Nie jest potwierdzeniem, iż w uzupełnionym w ramach wyjaśnień oferty schemacie blokowym nie nastąpiła zmiana oferty, zawartość merytoryczna załączonej do odwołania opinii rzeczoznawcy: w zasadniczej mierze traktuje ona rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego w ofercie i wyjaśnieniach jako jedno; w części obejmującej część analityczną odnosi się do rozwiązania z zastosowaniem trójników [co by wskazywało na ocenę o zgodności z wymaganiami Zamawiającego odnoszącą się do rozwiązania opisanego w wyjaśnieniach]. Konkluzja, iż zamieszczone w ofercie Konsorcjum rozwiązanie jest zgodne ze sztuką oraz spełnia

wymagania SIWZ, a wniesione na wezwanie Zamawiającego uzupełnienie traktować należy jedynie jako symboliczne uszczegółowienie proponowanego rozwiązania, nie znalazła potwierdzenia w analizie porównawczej schematów blokowych z oferty oraz wyjaśnień. Jak wskazano wyżej, istotną jest nie kwestia, w jakim stopniu nastąpiła zmiana rozwiązania technicznego z punktu widzenia sztuki ale czy jest ona dopuszczalna w świetle Prawa zamówień publicznych.

Tak argumentując uznano, iż nie potwierdziły się, stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Bez znaczenia pozostawała argumentacja Odwołującego, iż Zamawiający dokonał [dwukrotnie] nieuprawnionego odrzucenia oferty Konsorcjum naruszając przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie Wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny oferty oraz wyjaśnień. Dwukrotnie wykonana przez Zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty podjęta została z przyczyn nie dotyczących oferty Odwołującego, jej powodem była dostrzeżona przez Zamawiającego potrzeba wyjaśnienia oferty wykonawcy wybranego w postępowaniu, nie zaś okoliczności dotyczące oferty Odwołującego.

Z powyższych względów 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. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 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: