Sygn. akt:KIO 146/19

WYROK
z dnia 11 lutego 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Paweł Trojan
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (03-310)** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniuz siedzibą w Toruniu (87-100)**
przy udziale wykonawcy **Proxima W.M. F. M. F. sp.j. z siedzibą w Toruniu (87-100)**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz w zakresie zarzutu niezachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty przystępującego (zadanie nr 2); w pozostałym zakresie zarzuty nie potwierdziły się,
3. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu z siedzibą w Toruniu (87-100)** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (03-310)** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Rydygieraw Toruniu z siedzibą w Toruniu (87-100)** na rzecz wykonawcy **Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (03-310)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 Toruniu.

Przewodniczący: ……...
Członkowie: ……...
……...

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygieraw Toruniu ul. św. Józefa 53-59, 87-100 Toruń (dalej „odwołujący") n a „*dostawę sprzętu informatycznego*, *licencji oraz usług nadzoru autorskiego oprogramowania w celu rozbudowy infrastruktury informatycznej Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygieraw Toruniu"* (Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 sierpnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2018/S 149-34085) wykonawca Innergo Systems sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa (dalej „odwołujący") zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W.M. F., M. F. PROXIMA sp. j. z siedzibą w Toruniu (dalej „Proxima" albo „przystępujący") mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Proxima, mimo iż jest ona niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"),
3. art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Proxima, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą zdolnością techniczną lub zawodową (doświadczeniem),
4. ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie przez Proxima wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej,
5. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Proxima z postępowania pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
6. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 2,
2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty Proxima,
3. odrzucenia oferty Proxima,

4.wykluczenia wykonawcy Proxima z postępowania,
5.dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 2.

Odwołujący, na podstawie art. 190 ust. 3 ustawy Pzp, złożył także wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka – Pana mgr K. G., Kierownika Zespołu Informatyków (wezwanie na adres SP ZOZ MSWiA z W-MCO w Olsztynie, al. Wojska Polskiego 37, 10-228 Olsztyn), tj. osoby która podpisała przedstawione przez Proxima referencie i potwierdziła wartość wykonania infrastruktury WIFI, na okoliczność:

- potwierdzenia wartości dostawy urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej wykonanej przez WAKCom W. K. w ramach realizacji projektu „Rozbudowa sieci informatycznej w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie w formule zaprojektuj i wybuduj",
- zakresu prac i dostaw wykonanych w ramach realizacji „infrastruktury WIFI" składających się na wartość potwierdzona w Referencji wystawionej w imieniu SP ZOZ MSWiA z W-MCO w Olsztynie dla WAKCom W. K dotyczącej realizacji ww. projektu,

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Proxima odwołujący stanął na stanowisku, że odpowiedź udzielona przez Proxima na wezwanie zamawiającego jest lakoniczna, ogólnikowa, a tym samym nie potwierdza realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że aktualne brzmienie art. 90 ustawy Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na tym wykonawcy.

Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- *wyrok z dnia 10 listopada 2017 r. KIO 2256/17, zgodnie z którym „To na wykonawcy spoczywa obowiązek dowiedzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dlatego wykonawca musi przedstawić konkretne przyczyny zaoferowania niskiej ceny i poprzeć te wyjaśnienia stosownymi dowodami, co wynika z zacytowanego wyżej art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 9339 ze zm.)",*
- *wyrok z dnia 31 października 2016 r. KIO 1903/16:"Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy".*

Stwierdził, że wykonawca Proxima zobowiązany byt do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu; wykonawca powinien przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

Podniósł, że wykonawca Proxima nie przedstawił żadnych konkretnych informacji pozwalających na zbadanie zaoferowanej przez niego ceny i odniesienie ponoszonych kosztów do wartości rynkowych. Uzupełnił, ze do wyjaśnień nie załączono żadnej kalkulacji kosztowej ani żadnego dowodu na poparcie podanych w treści informacji.

W ocenie odwołującego żaden z czterech wskazanych w wyjaśnieniach warunków cenotwórczych nie świadczy o potencjalnej przewadze konkurencyjnej – korzystniejszych warunkach w zakresie kosztów Proxima nad odwołującym, a trzy z nich, tj. „oryginalność i skala projektu", „charakter zadania" oraz „krótki termin realizacji projektu" – są związane z samym przedmiotem zamówienia, a zatem są wspólne dla każdego potencjalnego wykonawcy i w żaden sposób nie uzasadniają możliwości zaoferowania przez Proxima wyjątkowo korzystnej, konkurencyjnej ceny.

Wskazał także, iż wykonawca Proxima nie tylko nie przedstawił żadnego dowodu na zasadniczy dla ceny oferty koszt dostawy zamawianego sprzętu informatycznego, ale nawet nie wskazał wysokości założonego z tego tytułu kosztu.

Stanął na stanowisku, że udostępniona przez zamawiającego treść wyjaśnień ceny złożonych przez Proxima pozwala na stwierdzenie, że podmiot ten nie sprostał obowiązkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty, ponieważ wykonawca nie wskazał w swoich wyjaśnieniach czynników obiektywnych, które uzasadniałyby obniżenie ceny oferty, natomiast powołał się na bardzo ogólne okoliczności, które nie mogą być uznane za wystarczające w kontekście art. 90 ustawy Pzp, a nadto nie przedstawił jakichkolwiek wartości kosztów ani dowodów. Dodatkowo podniósł, że brak dostępności okoliczności umożliwiających obniżenie ceny ofertowej, oznacza iż zaoferowana przez Proxima cena ma charakter rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Proxima nie spełniają wymagań określonych przepisem art. 90 ustawy Pzp, wobec czego oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- *wyrok z dnia 23 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1651/16"Przepis art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub jeśli złożone wyjaśnienia potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska, co interpretowane jest jako złożenie wyjaśnień, które nie przekonują, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, a należyte wykonanie zamówienia nie jest zagrożone",*
- *wyrok z dnia 19 maja 2016r. KIO 722/16:"Sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu",*
- wyrok KIO 2303/18: *„Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że lakoniczność złożonych wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp. Skierowanie takie wezwania w sytuacji, w której złożono wyjaśnienia o takim stopniu ogólnikowości stanowiłoby naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp",*
- *wyrok z dnia 7 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2221/17:"Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu",*
- *wyrok z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2212/17:"Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych*

dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty",

Podsumował, że oferta wykonawcy Proxima podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak również na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Proxima ze względu na niezgodność oferty z SIWZ odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podał, że w piśmiennictwie przyjmuje się, że *„Oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia siwz. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów." (por. J. Pieróg, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, wyd. 11, Warszawa 2012, Legalis).*

Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r. KIO 11/17: *„Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPublU); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ. "*
- wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r. KIO 426/16: *„Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisaniai potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego) (...) Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu dotyczących przedmiotu oferty oraz informacji w ofercie podawanych.",*
- *wyrok z dnia 10 stycznia 2012 r., KIO 2749/11* „Sprzeczność oferty z treścią SIWZ„zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów*."*

Podkreślił, że sformułowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp*„treść ofert"* i *„treść specyfikacji istotnych warunków"* jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego przedmiotu zamówienia; treść SIWZ to przede wszystkim opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy.

Podał, że zgodnie z punktem 1.2.6 Załącznika numer 3/2 do SIWZ, zamawiający wymagał, aby kontroler wspierał funkcję tunelowania ruchu do urządzeń dostępowych AP, wykorzystując do tego protokół CAPWAP lub inny protokół równoważny spełniający/zgodny z RFC 5415/5416:*„Tunelowanie ruchu do urządzeń dostępowych AP przy wykorzystaniu protokołu CAPWAP lub protokołu równoważnego spełniającego/zgodnego z RFC541515416*".

Stwierdził, że w wykonawca Proxima zaoferował – zgodnie ze specyfikacją techniczną (str. 8 oferty) – kontroler sieci bezprzewodowych model FWC-500D, zaś potwierdzając oferowane funkcje wskazał:*„Tunelowanie ruchu do urządzeń dostępowych AP przy wykorzystaniu* protokołu CAPWAP

Podał także, że zgodnie z aktualną dokumentacją producenta kontrolera zaoferowanego przez Proxima tj. Fortinet, protokół CAPWAP wspierany jest przez kontroler FWC-500D jedynie częściowo. Oświadczył, że informacje z portalu partnerskiego producenta Fortinet wskazują, że w momencie składania ofert najnowszą dostępną wersją oprogramowania była wersja 8.4.

Uzupełnił, że z tego względu iż nie istnieje odrębna dokumentacja do wersji 8.4.2, posługiwać się należy podręcznikiem do wersji 8.4.0 (wersje 8.4.1 oraz 8.4.2 są wersjami poprawiającymi błędy, które nie wprowadzają nowych funkcji).

Podał, że zgodnie z tym dokumentem: (tłumaczenie): *Wsparcie dla CAPWAP Forti WLC wspiera protokół Control and Provisioning of Wireless Access Points (CAPWAP) i pozwala na wykrywanie punktów dostępowych Fortinet przez kontrolery WLAN Fortinet.W dodatku do wykrywania kontrolera, APty mogą wysyłać pakiety keep-alive do kontrolera za pomocą CAPWAP.*

[Nota]

To jest częściowa implementacja protokołu CAPWAP, ograniczona do wykrywania kontrolera, pakietów keepalive (żądanie [pakietu] echo i odpowiedz), aktualizacji oprogramowania AP oraz tunelowania ruchu klienckiego pomiędzy AP i kontrolerem.

Wskazał, że dokumentacja wcześniejszych wersji oprogramowania do tego urządzenia (8.3.3) posiada analogiczną adnotację, a więc one również nie zapewniają pełnego wsparcia dla CAPWAP; wersja 8.3.3 jest pierwszą wersją, która wspierała zaoferowane urządzenia AP - FAP U321EV.

W ocenie odwołującego z powyższego wynika, iż oferta wykonawcy Proxima nie spełnia wymaganej funkcjonalności w sposób zadeklarowany przez tego wykonawcę, gdyż nie wspiera całościowo protokołu CAPWAP w sposób wystarczający dla realizacji wymogu zamawiającego, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak oświadczył – z ostrożności – wskazał, że zaoferowane przez wykonawcę Proxima rozwiązanie nie realizuje również drugiego sposobu spełnienia wymagania, tj. za pomocą protokołu równoważnego do spełniającego/zgodnego z RFC 5415/5416.

Stwierdził, że jedną z głównych kwestii poruszanych przez RFC 5415 jest szyfrowanie ruchu.Standard wymaga obowiązkowo, aby ruch kontrolny CAPWAP był szyfrowany:

Źródło: Control And Provisioning of Wireless Access Points (CAPWAP) Protocol Specification, RFC 5415
Link:
Tekst źródłowy (tłumaczenie): *4. Format pakietu CAPWAP. Ta sekcja przedstawia formaty pakietu protokołu CAPWAP. Pakiet protokołu CAPWAP składa się z jednego lub wielu nagłówków pakietu CAPWAP Transport Layer oraz wiadomości CAPWAP. Wiadomość CAPWAP może być typu Control lub Data, gdzie pakiety Control przenoszą sygnalizację a pakiety Data przenoszą ruch użytkowników. [...] Protokół Control CAPWAP zawiera dwie wiadomości, które nie są nigdy zabezpieczane przez DTLS: wiadomość Discovery Request oraz wiadomość Discovery Response. Te wiadomości muszą być przesyłane czystym [tekstem - tłum.] aby umożliwić ich odczytanie i przeprocesowanie przez protokół CAPWAP. [...] Wszystkie pozostałe wiadomości protokołu CAPWAP Control MUSZA być chronione przez protokół DTLS, który zapewnia że pakiety są zautentyfikowane oraz zaszyfrowane.*

Uznał, że zgodnie z powyższym standard wymaga, aby pakiety kontrolne, przenoszące ruch sygnalizacyjny (sterujący) pomiędzy kontrolerem a punktami dostępowymi był odpowiednio zaszyfrowany.

Uzupełnił, że dokumentacja w wersji 8.4 wskazuje na jedną możliwość uruchomienia szyfrowania ruchu pomiędzy kontrolerem a AP:
Źródło: FortiWLC (SD) 8.4.0 Configuration Guide, strona 345
Link:
Tekst źródłowy (tłumaczenie):
Szyfrowanie Dataplane (opcjonalne)
W konfiguracji Mesh, wybierz w jaki sposób AP oraz kontroler przekazują pakiety data:
On: link AP-kontroler jest szyfrowany
Off: link AP-kontroler nie jest szyfrowany (domyślnie)

Stwierdził, że jest to jasno określone w dokumentacji nowej wersji oprogramowania, niedostępnej w dniu składania ofert (8.5.0), w której dodano możliwość szyfrowania ruchu kontrolnego.
Źródło: FortiWLC Release 8.5.0, strona 4-5
Link:
Tekst źródłowy (Tłumaczenie):
To wydanie [oprogramowania - tlum.J FortiWLC wspiera szyfrowanie oraz deszyfrowanie ruchu pomiędzy kontrolerem i punktami dostępowymi używając protokołu IPSec. W czasie konfigurowania punktu kontrolnego, możesz wybrać Encryption Mode [tryb szyfrowania - tłum.] dla typu ruchu pomiędzy kontrolerem i punktem dostępowym.
.] Następujące tryby szyfrowania są wspierane:
•None: Domyślna opcja dla punktu dostępowego. Ruch nie jest szyfrowany
•Dataplane: Ten tryb włącza szyfrowanie dla wyłącznie dla data path [data plane - tłum.]. Ruch jest szyfrowany przy użyciu DTLS.
•IPsec: Ten tryb włącza szyfrowanie dla całego ruchu pomiędzy kontrolerem oraz AP (data oraz control path)

Uznał, że z tego względu, iż ruch kontrolny pomiędzy AP a kontrolerem zaoferowanym przez Proxima nie jest szyfrowany, to protokół stosowany do tunelowania ruchu nie jest równoważny ani zgodny z wymaganymi SIWZ, tj. RFC 5415/5416.
Podsumował, że rozwiązanie zaoferowane przez Proxima nie spełnia wymagania określone w pkt 1.2.6 Załącznika numer 3/2 do S1WZ w żaden z dwóch przewidzianych przez zamawiającego sposobów, co oznacza konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odwołujący podał, że zgodnie z pkt 11.2.3) a) SIWZ zamawiający wymagał wykazania się zdolnością techniczną lub zawodową (doświadczeniem) dla Zadania nr 2, poprzez wykazanie wykonania jednej *dostawy urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej o wartości minimum 546 900,00 zł.*
Podał również, że na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca Proxima przedstawił dostawę wykonaną przez podmiot udostępniający mu swoje zasoby – WAKCom W. K. dla Samodzielnego Publicznego ZOZ MSWiA W-MCO w Olsztynie.
Odwołujący stwierdził, że wykonawca nie wykazał, iż przedmiotowa dostawa spełnia wymaganie minimalnej wartości dostawy urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej, zaś dostępne informacje wskazują, iż Proxima wprowadziła zamawiającego w błąd co do faktu, iż przedmiotowa dostawa spełnia wymagania określone w przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu.
Podniósł, że z przedstawionych referencji wynika, iż WAKCom W. K. zrealizował na rzecz Szpitala w Olsztynie zamówienie na roboty budowlane pod nazwą: „Rozbudowa sieci informatycznej w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie w formule zaprojektuj i wybuduj" w ramach Projektu współfinansowanego przez Unię Europejską (Ogłoszenie nr 528206-N-2018 z dnia 2018-03-07 r., nr ref. ZPZ-03/01/18) – wartość całego projektu wyniosła 2 050 000,00 zł brutto, jednakże w treści referencji doprecyzowano: „w *tym infrastruktura WIFI na kwotę 575 654,76 zł brutto*".
Stwierdził nadto, iż z treści opisu przedmiotu zamówienia dla ww. postępowania na rozbudowę sieci informatycznej wynika, iż wykonanie infrastruktury WIFI obejmowało dużo szerszy zakres niż tylko dostawę urządzeń sieci bezprzewodowej, której wymagano na potwierdzenie spełniania warunku dla Zadania nr 2.
a) W punkcie II.3. Załącznika nr 1 do SIWZ (PROGRAM FUNKCJONALNO UŻYTKOWY, SZCZEGÓŁOWY PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA) w postępowaniu nr ZPZ-03/01/18 wskazano: „3. Sieć *Wi-Fi Przedmiotem zadania jest budowa sieci bezprzewodowej WiFi. Wykonawca opracuje dokumentację budowy systemu łączności bezprzewodowej. Do podłączenia AP zostanie użyta sieć zaprojektowana w punkcie I. W ramach zamówienia należy zaprojektować, dostarczyć i uruchomić system złożony z kontrolera sieci w postaci sprzętowej lub oprogramowania do instalacji w środowisku wirtualnym zwanego dalej „kontrolerem" oraz 70 szt. punktów dostępowych. Wykonawca przeprowadzi również szkolenia personelu z obsługi i administracji systemem. Planowanie sieci WiFi powinny poprzedzać pomiary propagacji sygnału radiowego przeprowadzone w budynkach Zamawiającego. Sieć bezprzewodowa wykonana zostanie w standardzie 802.11a/blgfn/ac z użyciem centralnego kontrolera oraz punktów dostępowych."*
Odwołujący stanął na stanowisku, iż z powyższego wynika, iż wartość wskazana w referencji w odniesieniu do infrastruktury wifi musiała obejmować w zakresie dostawy urządzeń 70 sztuk punktów dostępowych, a ponadto wykonanie innych prac takich jak m.in. planowanie radiowe, instalacja okablowania (materiały, robocizna), szkolenie z administracji, wykonanie dokumentacji projektowej – całość tej usługi w zakresie zaprojektowania i wykonania sieci wifi, a nie tylko dostawa urządzeń sieci wifi, dawała wartość 575 654,76 zł brutto.
Uzupełnił, że potwierdza to również zakres dostawy urządzeń sieci wifi dla projektu dla Szpitala w Olsztynie, ponieważ

podstawowa znajomość cen rynkowych wskazuje, że dostawa 70 urządzeń typu access point o wymaganiach takich jak określone w ramach postępowania nr ZPZ-03/01/18 nie osiąga wartości powyżej 500 000,00 zł brutto (cena jednego takiego urządzenia to ok. 2 500,00 zł netto wg cenników rynkowych).
Uznał, że zakres przedmiotu zamówienia dotyczący urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej, którego wykonanie potwierdza złożona przez Proxima referencja osiąga wartość wielokrotnie niższą niż poziom minimalny wymagany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.
Wskazał nadto na ceny urządzeń w ramach niniejszego postępowania i oferty złożonej przez Proxima, które jeśli chodzi o spełnienie warunku udziału w postępowaniu stanowią adekwatny punkt odniesienia. Podał, że wskazana w formularzu ofertowym Proxima cena jednostkowa za dostawę w ramach pozycji „AP, sieć bezprzewodowa, punkty dostępowe" to zaledwie 1 122,00 zł – nawet biorąc pod uwagę, iż powyższa cena podlega obniżeniu wobec wartości cennikowej ze względu na skalę zamówienia czy też rzekomy rabat dostępny wykonawcy Proxima, dostawa 70 tego rodzaju urządzeń o cenie jednostkowej o 100% wyższej niż podana w ofercie Proxima dalej nie przekroczy 200 000,00 zł (1 122,00 zł x 2 x 1,23 x 70 = 193 208,40 zł); uwzględnienie również dostawy pojedynczych sztuk kontrolerów nie zmienia istotnie powyższych wyliczeń (nie powoduje osiągnięcia wartości 546 900,00 zł wymaganej jako minimalna).

Stanął na stanowisku, że odniesienie zakresu dostawy w ramach zamówienia wskazanego przez Proxima w Wykazie wykonanych wcześniej dostaw do wartości w ramach niniejszego postępowania powinno być wystarczającą podstawą dla powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do wykazania przez Proxima spełniania warunku udziału w postępowaniu i wskazywać na konieczność dokładnego wyjaśnienia wartości wykazywanej dostawy, tym bardziej, iż w Wykazie wykonawca Proxima zadeklarował wartość brutto dostawy w kwocie 2 050 000,00 zł, co pozostawało wprost w sprzeczności ze złożoną referencją (wartość ta dotyczyła realizacji całego projektu, na który zgodnie z treścią referencji składało się, oprócz budowy sieci bezprzewodowej WiFi, również m.in. budowa sieci światłowodowej, rozbudowa serwerowni czy budowa systemu gaszenia SUG).

Podsumował, że zamawiający, poprzez zaniechanie skierowania do Proxima co najmniej żądania wyjaśnień w zakresie wartości wykonanej dostawy, dopuścił się dodatkowo naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Odwołujący podniósł, że profesjonalny charakter działalności wykonawcy Proxima wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania przez wykazywaną dostawę wszystkich wymaganych elementów warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego nie ma przy tym znaczenia, że wykazywana dostawa została zrealizowana nie przez samego wykonawcę, ale przez podmiot udostępniający mu zasoby, ponieważ na wykonawcy jako sporządzającym ofertę i powołującym się na zasoby wybranego przez siebie podmiotu spoczywa obowiązek rzetelnej weryfikacji przedstawianych zamawiającemu informacji, szczególnie w tak kluczowym zakresie jak potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, które wobec braku wskazania przez Proxima własnego doświadczenia, przesądza o możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.
Podsumował, że powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, powodując konieczność wykluczenia wykonawcy Proxima z postępowania, bez możliwości wezwania go do uzupełnienia nieprawdziwych informacji przedstawionych zamawiającemu.
Powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- *z dnia 2 maja 2018 r. sygn. akt KIO 596/18): „na skutek implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE* wzrosło znaczenie oświadczeń własnych wykonawców. *Jest to wynikiem, zarówno wprowadzenia JEDZ, jak również faktu przemodelowania przebiegu procedury o udzielenie zamówienia publicznego w jej podstawowej formie, jak również wprowadzenia rozwiązania w postaci tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp). Te kilka znaczących zmian doprowadziło do zwiększenia znaczenia oświadczeń składanych przez wykonawców, w tym* nałożyło na nich obowiązek większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych prezentowanych w toku postępowania. Tym samym wobec wykonawców należy obecnie stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych*",*
- *z dnia 20 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1319/18): „W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa, kwestia ta pozostaje w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątpienia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa".*

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 1 lutego 2019 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 7 lutego 2019 r., Pisma odwołującego z dnia 11 lutego 2019 r. wraz z załącznikami (fakturą VAT FA/38/GLW/2018 wystawioną przez WAKCom W. K., protokołami odbioru dotyczącymi projektu ZPZ-03/01/18 SP ZOZ MSWiA z Olsztyna), także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku posiedzenia i rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.
Wobec oświadczenia odwołującego złożonego na posiedzeniu, iż po zapoznaniu się z Odpowiedzią na odwołanie cofa zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego pomimo, iż jest niezgodna z treścią SIWZ (oświadczenie o cofnięciu wskazanego zarzutu odwołujący zawarł także w Piśmie odwołującego z 11 lutego 2019 r. złożonym na posiedzeniu) skład orzekający umorzył postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu, uznając, że orzekanie w tymże zakresie stało się bezprzedmiotowe.
Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę (z wyjątkiem jak wyżej).
Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego – zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy lub odrzucenia złożonej przez niego oferty oznaczałoby, że odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu ma szansę na uzyskanie zamówienia.
Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.
Zarzut wadliwej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, a jego oferta

zawiera rażąco niską cenę potwierdzi się.
Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.
Pismem z dnia 19 listopada 2018 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp i wskazując, iż cena przystępującego jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego i powiększonej o należny podatek VAT, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Zamawiający poinformował, że oceniając wyjaśnienia wykonawcy będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki związane z realizacją zamówienia (zamawiający przywołał brzmienie art. 90 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp).
Zamawiający wskazał także, iż oczekuje wykazania, że przystępujący znajduje się w szczególnej sytuacji, korzysta ze szczególnych dogodnych warunków związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, „*które pozwalają na ustalenie ceny ofertowej na tak obniżonym poziomie, co w efekcie daje mimo wszystko możliwość należytego wykonania zamówienia, bez ponoszenia strat i w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji*."
Przystępujący, pismem z dnia 21 listopada 2018 r., udzielił następującej odpowiedzi: „*Cena oferty wykonawcy, w kwocie 1 403 395,56 zł brutto stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:*

- *korzystaniu z atrakcyjnych rabatów do 70 % od cen katalogowych na zakup elementów zaproponowanego rozwiązania urządzeń aktywnych bezprzewodowej sieci informatycznej,*
- *oryginalność i skala projektu - prestiżowe zadanie polegające na dostawie tak dużej ilości urządzeń dla jednego z największych szpitali w Polsce,*
- *charakter zadania, czyli dostawa urządzeń do magazynów, bez konieczności ich montażu i konfiguracji,*
- *krótki termin realizacji projektu, co powoduje niskie koszty finansowania.*

Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.
Informujemy również, że przy realizacji zamówienia, koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu.
Jednocześnie oświadczam, iż w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie techniczno-użytkowe wymagania wyszczególnione w SIWZ, oraz został uwzględniony zysk dla Wykonawcy Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowane argumenty należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę."
Pismem z dnia 16 stycznia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż w zadaniu nr 2 uznał za ofertę najkorzystniejszą ofertą złożoną przez przystępującego.
Skład orzekający Izby zważył, co następuje.
Poza sporem był fakt, że cena ofertowa przystępującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania, wobec czego zamawiający zobowiązany był wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień, jak stanowi przepis art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp.
Dostrzeżenia także wymaga, że zamawiający nie podnosił, iż rozbieżność pomiędzy ustaloną przez niego wartością zamówienia a ceną ofertową przystępującego wynika z okoliczności oczywistych, co pozwoliłoby zamawiającemu na odstąpienie od żądania wyjaśnień (art. 90 ust. 1a pkt 1 – „*chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia*").
Uzupełniająco wskazać należy, że zamawiający, zwracając się do przystępującego o złożenie wyjaśnień, przywołał jako podstawę swojej czynności nie tylko art. 90 ust. 1a, ale także art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „*Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: (…)".*
Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp „*Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*." Takie też oczekiwanie zamawiający wprost wyartykułował w treści wezwania z dnia 19 listopada 2018 r. („*Prosimy o wykazanie, że (…)*".
Fakt, że zamawiający nie narzucił przystępującemu sposobu wykazania wysokości zaoferowanej ceny oznacza tyle tylko, że pozostawił przystępującemu w tym zakresie swobodę.
Niezależnie od sformułowania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (na który to przepis powołał się zamawiający, wzywając przystępującego do złożenia wyjaśnień), tj. iż „*zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów*" nie można zignorować, że w języku polskim „wykazać" (użyte w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i w wezwaniu zamawiającego z dnia 19 listopada 2018 r.) rozumiane jest jako „*udowodnić, przedstawić coś w sposób przekonywujący, pokazać, unaocznić*".
Przystępujący, dokonując kwalifikacji:

1.oryginalności i skali projektu – prestiżowe zadanie polegające na dostawie tak dużej ilości urządzeń dla jednego z największych szpitali w Polsce,
2.charakteru zadania, czyli dostawy urządzeń do magazynów, bez konieczności ich montażu i konfiguracji,
3.krótkiego terminu realizacji projektu, co powoduje niskie koszty finansowania"

jako sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych nie zaprezentował żadnej argumentacji, która mogłaby przekonać, że są to warunki „właściwe" wyłącznie dla przystępującego, a tym samym takie, które nie są dostępne innemu wykonawcy – odwołującemu, którzy złożył ofertę w tym samym postępowaniu na zadanie nr 2, tj. w zadaniu o określonej skali, charakterze i terminie realizacji.
Przystępujący nie przedstawił także tego w jaki konkretnie sposób ww. warunki „przełożyły się" na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. Poprzestał na ocenie własnej, iż „*Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia*", co jednak nie daje zamawiającemu żadnej możliwości weryfikacji takiej oceny wykonawcy.
Szansy weryfikacji nie dała także prezentacja przekonania przystępującego, że „*w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie techniczno-użytkowe wymagania wyszczególnione w SIWZ, oraz został uwzględniony zysk dla Wykonawcy",* czy gołosłowna informacja, że „*przy realizacji zamówienia, koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu."*
W odniesieniu do „*korzystania z atrakcyjnych rabatów do 70 % od cen katalogowych na zakup elementów zaproponowanego rozwiązania urządzeń aktywnych bezprzewodowej sieci informatycznej"* przystępujący winien złożyć dowody na potwierdzenie, że przystępujący rzeczywiście taki poziom rabatów – od konkretnego podmiotu/podmiotów –

na konkretne towary w konkretnych ilościach uzyskał oraz jaki wpływ miało to na wysokość zaoferowanej ceny.
Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że postępowanie odwoławcze przez Izbą ma charakter weryfikacyjny – Izba bada, czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy albo, czy zasadnie zaniechał odrzucenia, zatem postępowanie odwoławcze nie może być wykorzystane do tego, aby dopiero na tym etapie rozważać, czy zamawiający miał uzasadnione podstawy do podjęcia kroków, które podjął przed wniesieniem przez odwołującego środka ochrony prawnej i poszukiwania uzasadnienia podjętej decyzji.
Skład orzekający Izby wskazuje wobec powyższego, że złożona przez przystępującego na rozprawie oferta nie mogła zostać uwzględniona przy ocenie czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień, ponieważ nie dysponował nią zamawiający, dokonując tejże oceny.
Nadto dokument ten jest jedynie wydrukiem szablonu ofertowego pozbawionym jakichkolwiek cech identyfikujących jego pochodzenie, wystawcę, czy też okoliczności jego powstania. Nie posiada on żadnej przewidzianej prawem formy dla tego typu oświadczeń umożliwiającej weryfikację jego wiarygodności. Tym samym, gdyby nawet został on dopuszczony jako dowód, jego moc dowodowa byłaby znikoma.

Zwraca nadto uwagę fakt, że w wyjaśnieniach przystępujący powoływał się na „*rabaty*" (liczba mnoga) „*do 70%*", co wskazuje na co najmniej dwa rabaty o różnych wysokościach, czego odwołujący nie wykazał nawet na rozprawie, składając jedną ofertę z rabatem 70%.

Uwzględniając obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), a jednocześnie wyartykułowane oczekiwanie zamawiającego wykazania przez przystępującego wysokości zaoferowanej ceny oraz treść udzielonej przez przystępującego odpowiedzi, na którą składają się wyłącznie nie poddające się weryfikacji oceny i przekonania własne przystępującego, a także gołosłowne informacje, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia są lakoniczne i ogólnikowe, a przez to nie mogą stanowić podstawy do kierowania do przystępującego żądania złożenia dalszych, uzupełniających wyjaśnień.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) potwierdził się.
W konsekwencji uznania, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w zadaniu nr 2 potwierdził się, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się potwierdził. Nie można bowiem dokonać wyboru oferty, która winna zostać odrzucona oraz zaakceptować, że taki wybór czyni zadość zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia przystępującego pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą zdolnością techniczną lub zawodową (doświadczeniem),
- ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie przez przystępującego wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej,
- art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu

nie potwierdziły się.
Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.
W przypadku spornego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zadaniu nr 2, zgodnie z częścią II pkt 2 ppkt 3) SIWZ, zamawiający oczekiwał, że wykonawca wykaże, że legitymuje się 1 dostawą – „*dostawą urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej*" o wartości minimum 546 900 zł.
Przystępujący, na wezwanie zamawiającego z dnia 6 grudnia 2018 r., złożył wypełniony według opracowanego przez zamawiającego wzoru „Wykaz wykonanych wcześniej dostaw" (dalej „Wykaz"), w którym podał jako zamawiającego wcześniejszą dostawę, Samodzielny Publiczny ZOZ MSWiA W-MCO w Olsztynie, przedmiot – *„Rozbudowa sieci informatycznej*", okres realizacji – od 26.04.2018 do 31.07.2018, wartość brutto – 2 050 000.
Na potwierdzenie przystępujący złożył referencje SP ZOZ MSWiA z W-MCO w Olsztynie, w których zarekomendowano wykonawcę jako podmiot rzetelny i wiarygodny, który zrealizował projekt o wartości 2 050 000 zł brutto, w tym infrastrukturę WiFi na kwotę 575 654,76 zł.
Do Pisma odwołującego z dnia 11 lutego 2019 r. odwołujący załączył fakturę VAT FA/38/GLW/2018 dotyczącą dostawy wskazanej przez przystępującego w „Wykazie", w której w pozycji 1 ujęto switche sieciowe o wartości netto 249 312 zł, w pozycji 4 ujęto kontrolery sieci o wartości 50 000 zł netto, a w pozycji 5 punkty dostępowe typ 1 o wartości 168 700 zł. Faktura wskazywała także stawkę podatku VAT – 23% (i wartość wszystkich pozycji 1-8 brutto). Załączył nadto dwa „Protokoły odbioru" dotyczące dostawy z „Wykazu" – w jednym z nich w ramach odbioru sieci LAN – sieci przewodowej – dokonano odbioru switchy sieciowych, w drugim w ramach odbioru sieci Wi-Fi dokonano odbioru kontrolerów sieci oraz punktów dostępowych.
Skład orzekający Izby zważył, co następuje.
Odwołujący utrzymywał, że wartość dostawy urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej w ramach wskazanej przez przystępującego w „Wykazie" „Rozbudowy sieci informatycznej" nie osiągnęła minimalnej, oczekiwanej przez zamawiającego wartości 546 900 zł.
Przebieg rozprawy ujawnił, że odwołujący w odmienny od zamawiającego i przystępującego sposób rozumiał postawiony przez zamawiającego warunek – warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odwołujący odczytywał przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2, tj. do urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej nie zaliczał

switchy sieciowych, ponieważ nie zostały one ujęte w specyfikacji zadania nr 2 dotyczącego sieci bezprzewodowej, gdy jednocześnie switche takie zostały ujęte przez zamawiającego w specyfikacji zadania nr 1 dotyczącego sieci przewodowej.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, co wielokrotnie Izba podkreślaław orzecznictwie, że decydującym dla rozumienia ustanowionego przez zamawiającego warunku jest jego brzmienie, nie zaś utożsamianie referencyjnej dostawy z opisem przedmiotu zamówienia danego postępowania.
Bezsprzecznie zamawiający nie wskazał w warunku, jakie urządzenia zalicza do urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej, czy też, że nie zalicza do nich switchy sieciowych.
W ocenie składu orzekającego Izby o tym, że switche sieciowe nie mogą być zaliczane do urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej nie przesądza to, że do urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej nie zaliczył ich inny zamawiający, dokonując odbioru sieci (Protokoły odbioru) zwłaszcza w sytuacji, gdy ten sam zamawiający, udzielając wykonawcy referencji uwzględnił wartość switchy sieciowych jako infrastrukturę WiFi) wartość pozycji 1, 4 i 5 brutto to dokładnie wartość wskazana w referencjach), której – jako właściwej dla wykazania postawionego warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odwołujący, podnosząc zarzut – nie kwestionował (odwołujący podnosił jedynie, że „*wykonanie infrastruktury WIFI obejmowało dużo szerszy zakres niż tylko dostawę urządzeń sieci bezprzewodowej*" – str. 12 odwołania).
Podkreślić wreszcie należy, że odwołujący nie wykazał, iżby – uwzględniając wiedzę i praktykę branży informatycznej – switche sieciowe nie mogły być zaliczane do urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej.
Uwzględniając dopuszczalny w świetle brzmienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej sposób jego rozumienia (brak wskazania urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej czy przewodowej), stwierdzić należy, że przystępujący, poprzez dostawę z pozycji 1 „Wykazu" o wartości 575 654,76 zł brutto, na którą składały się wartości pozycji 1, 4 i 5 faktury w tym switche sieciowe wykazał, że legitymuje się dostawą urządzeń sieci informatycznej bezprzewodowej o wartości minimum 546 900 zł.

W konsekwencji uznania przez skład orzekający Izby, że przystępujący wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą zdolnością techniczną lub zawodową, skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdziły się pozostałe zarzuty.

Kierowanie do przystępującego dodatkowych wezwań do złożenia wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów jest – w sytuacji, gdy spełnianie warunku zostało wykazane – zbędne, a przystępującemu nie można przypisać wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U.z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: ……....
Członkowie: ……....
……....