

Sygn. akt: KIO/1974/10

KIO/1975/10

WYROK
z dnia 28 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Marek Szafraniec

Klaudia Szczytowska – Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2010 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2010 r. przez:

A IT. expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa
(sygn. akt: KIO/1974/10)

B. Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa
(sygn. akt: KIO/1975/10)

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Projektów Informatycznych MSWiA,**
ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia po stronie Zamawiającego:

- 1) **Logon S.A., ul. Piotrowska 7/9, 85-098 Bydgoszcz** – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
- 2) **Centrum Informatyki ZETO S.A., ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok** – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
- 3) **Unia Sp. z o.o., ul. Potocka 14, 01-652 Warszawa** – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
- 4) **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., ul. Wadowicka 12, 30-415 Kraków** – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/1974/10;
- 5) **ZETO Rzeszów Sp. z o.o., Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów** – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;

-
- 6) **Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa** – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
 - 7) **PC Factory S.A., ul. Osmańska 11, 02-823 Warszawa** – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
 - 8) **Kolporter Info S.A., ul. Zagnańska 61, 25-528 Kielce** – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10,

orzeka:

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża IT. expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa i Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną po połowie przez **IT. expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa i Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań;

2.2 zasądza zapłatę kwoty w wysokości 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) po połowie przez **IT. expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa i Telekomunikację Polską S.A.,**

ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa na rzecz Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w obydwu sprawach odwoławczych.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

2

Sygn. akt: KIO/1974/10

KIO/1975/10

Uzasadnienie

Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zawarcie umowy ramowej w przedmiocie „dostawę urządzeń sieciowych dla użytkowników końcowych na potrzeby realizowanych przez CPI MSWiA projektów”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 11 maja 2010 r., pod nr: 2010/S 91-136406.

Informację o wynikach tego postępowania, tj. wyborze 10 ofert najkorzystniejszych złożonych przez wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa oraz o wykluczeniach i odrzuceniach ofert w postępowaniu, Zamawiający wykonawcom wysłał informację w dniu 2 września 2010 r. W związku z powyższym w dniu 13 września 2010 r. dwóch wykonawców:

- 1) It.expert z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO/1974/10),
zwany dalej: „It.expert”;
- 2) TP S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO/1975/10),
zwany dalej: „TP S.A.”

złożyło w tym zakresie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopie odwołań zostały przekazane Zamawiającemu także w dacie 13 września 2010 r.

W związku ze złożonymi odwołaniami w sprawie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone następujące przystąpienia:

w sprawie o sygn. akt: 1974/10:

- 1) **Logon S.A Bydgoszcz** – po stronie Zamawiającego w dniu 16 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.

3

-
- 2) **Centrum Informatyki ZETO S.A Białystok** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
 - 3) **Unia Sp. z o.o.** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
 - 4) **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. Kraków** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.

- 5) **ZETO Rzeszów Sp. z o.o.** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
- 6) **Lumena S.A. Warszawa** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
- 7) **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Alternative Technology Sp. z o.o. (pełnomocnik) i Maxto Mariusz Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j. z siedzibą dla pełnomocnika: Warszawa** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. (kopia przystąpienia) na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r. W dniu 290 września 2010 r. wykonawca ten złożył oryginał przystąpienia do Prezesa KIO.
- 8) **PC Factory S.A. Warszawa** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
- 9) **Kolporter Info S.A. Kielce** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
- 10) **Qumak – Sekom S.A. Warszawa** – po stronie Odwołującego w dniu 20 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.

w sprawie o sygn. akt: KIO/1975/10:

- 1) **Logon S.A. Bydgoszcz** – po stronie Zamawiającego w dniu 16 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
- 2) **It.expert Sp. z o.o. Warszawa** – po stronie Odwołującego w dniu 16 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
- 3) **Centrum Informatyki ZETO S.A. Białystok** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
- 4) **Unia Sp. z o.o.** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
- 5) **ZETO Rzeszów Sp. z o.o.** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
- 6) **Lumena S.A. Warszawa** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.

-
- 7) **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Alternative Technology Sp. z o.o. (pełnomocnik) i Maxto Mariusz Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j. z siedzibą dla pełnomocnika: Warszawa** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. (kopia przystąpienia) na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r. W dniu 290 września 2010 r. wykonawca ten złożył oryginał przystąpienia do Prezesa KIO.
 - 8) **PC Factory S.A. Warszawa** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
 - 9) **Kolporter Info S.A. Kielce** – po stronie Zamawiającego w dniu 17 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.
 - 10) **Qumak – Sekom S.A. Warszawa** – po stronie Odwołującego w dniu 20 września 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 września 2010 r.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego It.expert

Odwołujący wniósł odwołanie na:

- (a) czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty Odwołującego oraz
- (b) zaniechania Zamawiającego polegającego na nie wykluczeniu i nie odrzuceniu ofert: Logon S.A., Unia Sp. z o.o., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., Lumena S.A., Centrum Informatyki ZETO S.A., Konsorcjum: ALTERNATWE TECHNOLOGY Sp. z o.o. oraz MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. J., ZETO-RZESZÓW Sp. z o.o., Kolporter Info S.A., PC Factory S.A., Unizeto Technologies S.A. O/Warszawa (zwanych dalej: „wykonawcami”).

W tym zakresie zarzucił on naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu, a oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu,
2. art. 85 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 28 DYREKTYWY 2004/18/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (zwaną dalej: „Dyrektywą”), poprzez błędną interpretację art. 85

ust. 4 ustawy Pzp, nieuwzględniającą celów Dyrektywy.

3. art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wskazanych wykonawców pomimo, iż złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wskazanych wykonawców pomimo, iż ich treść ofert nie odpowiada treści SIWZ,
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wskazanych wykonawców pomimo, iż złożenie przez nich ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
6. a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty,
2. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wskazanych wykonawców jako najkorzystniejszej,
3. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. wykluczenie wskazanych wykonawców oraz odrzucenie ich ofert.

W uzasadnieniu złożonego odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Co do zarzutu związanego z wykluczeniem Odwołującego z postępowania i odrzuceniem jego oferty z powodu nieprzedłużenia wadium wskazała co następuje:

- 1) W dniu 24 czerwca 2010 r. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert. Termin związania ofertą wynosił 60 dni. Wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zobowiązani byli do wniesienia wadium w kwocie 50.000,00 złotych. Wadium miało obejmować cały okres związania ofertą. W rezultacie, pierwotny okres związania ofertą oraz ważności wadium wynosił: 24.06.2010r. - 22.08.2010r.
- 2) W dniu 24 czerwca 2010r. Odwołujący złożył ofertę oraz wadium w postaci gwarancji bankowej. Okres związania ofertą obejmował 60 dni. Okres ważności wadium obejmował okres: od 24.06.2010r. - 30.08.2010r., czyli dłużej o 8 dni niż tego wymagał

Zamawiający.

- 3) W dniu 16 sierpnia 2010 r., w piśmie nr CPI-WA- ZP-2244-14-4075 Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie o okres 60 dni terminu związania ofertą oraz o przedłużenie ważności wadium.
- 4) Odwołujący w dniu 20 sierpnia 2010 r. przedłużył okres związania ofertą o kolejne 60 dni. Ponadto, Odwołujący poinformował Zamawiającego, że jego oferta cały czas jest zabezpieczona wadium, ponieważ jest ono ważne do 30 sierpnia 2010 r. Odwołujący oświadczył, że dostarczy Zamawiającemu aneks do gwarancji najpóźniej do 29 sierpnia 2010r., tak żeby oferta przez cały okres związania była zabezpieczona wadium. W dniu 27 sierpnia 2010 r. Odwołujący dostarczył Zamawiającemu aneks do gwarancji bankowej

przedłużający wadium o następne 60 dni, tj. na okres od dnia: 24.06.2010 - 29.10.2010r. Odwołujący dostarczył aneks przedłużający ważność wadium w okresie ważności pierwotnego wadium.

5) W dniu 2 września 2010 r. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wniósł wadium na cały przedłużony okres związania ofertą i wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę (Zamawiający jako podstawę podał art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co jest omyłką, bo mógł mieć tylko na myśli art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

6) Zdaniem Odwołującego dokonał czynności przedłużenia wadium skutecznie. Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest niezgodna z przepisami prawa z następujących powodów:

- wszystkie dni obowiązywania okresu związania ofertą były zabezpieczone.

- wadium Odwołującego zabezpieczało pełny okres:

- (a) pierwotnego związania ofertą - 24.06.2010r.-22.08.2010r. (plus 8 dni) - oraz

- (b) a także pełen okres (plus o 7 dni dłużej) przedłużonego okresu związania ofertą: 23.08.2010r. - 29.10.2010r.

- w konsekwencji, w dniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego oferta Odwołującego była zabezpieczona przez wadium.

Odwołujący podniósł ponadto, że funkcja wadium polega przede wszystkim na zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, poprzez możliwość zatrzymania wadium w wypadkach wskazanych w ustawie Pzp. Wadium wniesione przez Odwołującego spełniało tę funkcję, ponieważ przez wszystkie dni trwania postępowania (od 24.06.2010 r. do 29.10.2010.) oferta Odwołującego była i jest wciąż zabezpieczona wadium. Zamawiający w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej miał możliwość skorzystania z wadium Odwołującego, gdyby zachował się on niezgodnie z warunkami art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Pzp. Dla oceny skuteczności przedłużenia wadium, decydujące znaczenia ma art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem przedłużenie związania ofertą może nastąpić jedynie z

jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Ustawa Pzp nie wyjaśnia co należy rozumieć przez „jednoczesność”. W ocenie Odwołującego, pojęcie „jednoczesności” można interpretować na 3 sposoby:

- (a) jako obowiązek przedłużenia ważności wadium dokładnie w tym samym dniu, w którym przedłuża się termin związania ofertą,

- (b) jako obowiązek przedłużenia ważności wadium przed lub w dokładnie w tym samym dniu, w którym przedłuża się termin związania ofertą,

- (c) jako obowiązek przedłużenia ważności wadium przed lub w tym samym dniu, w którym przedłuża się termin związania ofertą, lub po dniu przedłużenia oferty, ale przed upływem pierwotnego terminu ważności wadium.

Z punktu widzenia wykładni celowościowej (mającej zastosowanie w przypadku braku literalnego przepisu ustawy Pzp), zawężenie pojęcia „jednoczesności” jedynie do przypadku określonego we wskazanym punkcie a lub b powyżej jest całkowicie nieuzasadnione. Intencją ustawodawcy wyrażoną w art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, jest bowiem umożliwienie Zamawiającemu uzyskania rekompensaty w przypadku, gdy po wyborze oferty, wykonawca uchyla się od zawarcia umowy lub nie wykonuje innych obowiązków określonych w art. 46 ustawy Pzp. W tym celu, Zamawiający powinien mieć do dyspozycji wadium w całym, nieprzerwanym okresie związania ofertą. W przypadku niniejszego postępowania, Odwołujący zapewnił „ciągłość wadium”, a zatem przesłanka określona w art. 85 ust. 4 została spełniona. Podkreślił, że stanowisko Odwołującego jest zgodne zarówno z ustabilizowanym orzecznictwem, jak i powszechną praktyką w tym zakresie. Wskazał na orzeczenia KIO.

Odwołujący wskazał też na częstą praktykę w postępowaniach publicznych, że wykonawcy składają oferty wraz z wadium, którego okres obowiązywania jest dłuższy niż okres związania ofertą. Wykonawcy zabezpieczają się w ten sposób na wypadek konieczności przedłużenia wadium w postępowaniu. Aby przedłużyć wadium, które jest wnoszone w postaci gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, wykonawca powinien w pierwszej kolejności uzyskać zgodę banku/zakładu ubezpieczeń na takie przedłużenie, a następnie otrzymać oryginał gwarancji. Tego typu czynności trwają od kilku dni do tygodnia, w zależności od praktyki banku/zakładu ubezpieczeń, co często uniemożliwia

natychmiastowe przedłużenie wadium. Przedłużanie ważności wadium ponad okres związania ofertą umożliwia zatem wykonawcom zaniechanie doręczania dokumentu gwarancji wraz ze złożeniem oświadczenia o przedłużeniu oferty, która to gwarancja jest następnie doręczana Zamawiającemu w późniejszym terminie przy jednoczesnym zachowaniu ciągłości obowiązywania wadium.

Odwołujący podniósł także, że przepisy ustawy Pzp nie służą do eliminowania każdego wykonawcy, który zdaniem Zamawiającego mógł popełnić błędy. Zamawiający nie

ma prawa do wykorzystywania luk, niejasności w przepisach, lub ich nadinterpretacji, w celu wykluczenia Odwołującego z postępowania. Obowiązkiem Zamawiającego jest stosowanie przepisów ustawy Pzp tak, aby zrealizować cel, jaki przyświecał racjonalnemu ustawodawcy. Celem ustawy Pzp zaś jest m. in.: wybór najlepszej oferty (cenowo lub ekonomicznie), racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, zapewnienie (otwarcie) konkurencyjności. Tymczasem, wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty było sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Uczciwa konkurencja – zdaniem Odwołującego - jest zachowana wtedy, gdy wszyscy wykonawcy mają szansę ubiegać się o uzyskanie zamówienia na równych zasadach.

Odwołujący przedstawił również zarzut naruszenia art. 85 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 28 Dyrektywy poprzez błędne zastosowanie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, w sposób który nie uwzględnia celów Dyrektywy określonych w tym artykule (i w Preambule do Dyrektywy). Podkreślił, że ustawa Pzp stanowi implementację Dyrektywy i ustawę Pzp jako akt implementujący Dyrektywę, należy stosować i interpretować przede wszystkim w taki sposób, aby zrealizować cele Dyrektywy. Obowiązek stosowania i interpretacji ustawy Pzp w zgodzie z Dyrektywą wynika z prawa Unii Europejskiej, które tworzą m. in. traktaty, dyrektywy, a także orzecznictwo sądowe Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Odwołujący wskazał też na cele Dyrektywy, tj. „otwarcie zamówień publicznych na konkurencję” (punkt 2 Preambuły). „Podczas udzielania zamówień publicznych, instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów niniejszej dyrektywy” (Artykuł 28 Dyrektywy). Celem Dyrektywy jest zwiększenie konkurencji. Efektywne stosowanie prawa wspólnotowego oznacza zatem taką interpretację prawa krajowego, która zapewni zwiększenie konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że tym większa jest konkurencja, im więcej podmiotów uczestniczy w postępowaniu i składa ważne oferty. Art. 85 ust. 4 ustawy Pzp można i należy zinterpretować, wedle Odwołującego, na podstawie reguł wykładni, tak by uznać, że „jednoczesność” przedłużenia gwarancji wadium przez Odwołującego w rozpatrywanej sprawie została zachowana. Podkreślił też, że Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem lub trybunałem w rozumieniu prawa wspólnotowego, obowiązany do stosowania prawa wspólnotowego, prowsólnotowej interpretacji ustawy Pzp, zgodnie z celami Dyrektywy oraz zapewnienia pierwszeństwa realizacji celów Dyrektywy przed Ustawą. 2

Reasumując Odwołujący wskazał, że dokonał czynności przedłużenia wadium skutecznie, zaś decyzja Zamawiającego o wykluczeniu oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest niezgodna z przepisami prawa polskiego i UE.

Co do zarzutu niezgodności ofert wykonawców z treścią SIWZ, a tym samym podaniem przez nich nieprawdziwych informacji oraz czynu nieuczciwej konkurencji:

W dniu 1 września 2010 r. Zamawiający dokonał wyboru ofert 10 wykonawców jako najkorzystniejszych w postępowaniu pomimo, iż:

- (a) treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ.
- (b) wykonawcy ci złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- (c) złożenie ofert przez tych wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ad. (a)

Odwołujący wskazał na postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia określone w załączniku nr 1 do SIWZ (OPZ). Podkreślił, że zgodnie z treścią punktu 4.1, 4.2

SIWZ oraz treścią wskazanego załącznika nr 1 do SIWZ warunkiem udzielenia zamówienia/wyboru ofert jako najkorzystniejszych - było zaoferowanie urządzeń spełniających wymogi określone w SIWZ i jego załącznikach.

Odwołujący wskazał też, że wybrani w postępowaniu wykonawcy zaoferowali sprzęt firmy Huawei Symantec Technologies Co.,Ltd., modele USG 2110-F, USG 2130-BST, USG 5120 HSR (dalej: „Huawei Symantec”). Wykonawcy ci, zgodnie ze wzorem oferty zaproponowanego przez Zamawiającego stanowiącym załącznik do SIWZ oświadczyli, że ich oferty spełniają wymagania SIWZ, w tym OPZ, a tym samym, sprzęt przez nich zaoferowany odpowiada warunkom SIWZ. Zamawiający mając wątpliwości, czy zaoferowany sprzęt przez wykonawców firmy Huawei Symantec spełnia wymagania SIWZ zwrócił się do nich z pytaniem w dniu 20 sierpnia 2010 r. o dodatkowe wyjaśnienia w przedmiocie spełniania przez sprzęt zaoferowany przez tych wykonawców wymogów SIWZ. Wykonawcy potwierdzili, że zaoferowany przez nich sprzęt firmy Huawei Symantec spełnia te wymagania.

W ocenie Odwołującego wykonawcy ci jednak zaoferowali sprzęt, który nie spełnia wymagań SIWZ z następujących względów:

- 1) Z ogólnie dostępnych informacji technicznych zamieszczonych na oficjalnych stronach internetowych producenta zaoferowanego sprzętu wynika, że: Model USG 2110 nie umożliwia rozbudowy do 8 portów ETH. W zakresie wskazano adres strony internetowej
- 2) Z opisu produktu USG 5100 series, zamieszczonego na stronie producenta Huawei Symantec obsługuje do 200 tuneli VPN a nie 3000 (wskazano w odwołaniu link do strony internetowej)

10

-
- 3) Na stronach producenta nie ma żadnej informacji oraz w dokumentacji technicznej i innej, że oferowane urządzenia Huawei Symantec wspierają jakikolwiek protokół równoważny do Cisco CDP, co w konsekwencji oznacza, że urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ.
 - 4) Na stronach producenta oraz w szczegółowej dokumentacji technicznej, konfiguracyjnej i innej, nie występuje żadna informacja potwierdzająca wsparcie przez oferowane urządzenia Huawei Symantec protokołu IPv6.
 - 5) Zgodnie z dokumentacją techniczną („Secospace USG2110-X Quick Start(V100R003C03_01).pdf”) oferowanego jako A urządzenie Huawei Symantec USG 2110-F nie spełnia tego wymagania wbudowanego interfejsu na modem 3G (w odwołaniu przedstawiono zrzut ekranu z dokumentacji technicznej, wskazując także, że dopiero nie oferowany tutaj model USG 2100-A-GW spełnia to wymaganie).

Odwołujący również wskazał treść orzeczeń KIO dotyczących niezgodności ofert z treścią SIWZ.

Ad. (b)

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący stwierdził także, że wskazani wykonawcy podali nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz zaoferowali sprzęt, który nie spełnia warunków SIWZ. Podniósł, że skutkiem składania nieprawdziwych oświadczeń oferowania sprzętu, który nie spełnia warunków jest obowiązek wykluczenia wykonawców i odrzucenia ich ofert na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące składania nieprawdziwych informacji.

Ad. (c)

Powyższe jest w ocenie Odwołującego również sprzeczne z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Odwołującego, podając fałszywe informacje, wykonawcy naruszyli art. 3 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający miał i ma obowiązek odrzucenia ich ofert.

W rezultacie też wszystkich wymienionych powyżej naruszeń Odwołujący dodatkowo wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

11

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie:

1. badania i oceny ofert,
2. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w treści uzasadnienia, jako sprzecznych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
3. zaniechania wyboru oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

W tym zakresie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 7 ustawy Pzp, w związku z art. 99 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stanie faktycznym sprawy i zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców wymienionych w treści uzasadnienia, jako niezgodnych z SIWZ.

Mając powyższe na względzie wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- 2) odrzucenie ofert wskazanych w treści uzasadnienia,
- 3) dokonania ponownego wyboru ofert najkorzystniejszych, z pominięciem ofert odrzuconych i wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu.

W uzasadnianiu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał na zapisy załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia (OPZ)”, gdzie w pkt 3 „Specyfikacja wymaganych parametrów urządzeń”, w ppkt „Urządzenia sieciowe typu D”, Zamawiający ustanowił następujące wymagania odnośnie tych urządzeń:

- UB D2 - jednoczesna obsługa co najmniej 3000 tuneli IPSec site-to-site,
- UBD7-IPv4, IPv6,
- UB D9 - możliwość rozbudowy o system IPS,
- UB D14 - obsługa Net Flow oraz SNMP v2c lub v3.

Wskazał, że w dniu 5 lipca 2010 r. przy piśmie nr CPI-WA-ZP-2244-14-3225/10 Zamawiający wystąpił do wykonawców o złożenie wyjaśnień polegających na wskazaniu modeli urządzeń sieciowych typu D spełniających wymagania określone w Opisie przedmiotu zamówienia, produkowanych przez producenta wskazanego w ofercie.

W odpowiedzi ma wezwanie poniżej wymienieni wykonawcy:

1. Logon S.A. z siedzibą w Bydgoszczy
2. Unia Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie
3. Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. Kraków
4. Lumena S.A. z siedzibą w Warszawie
5. Centrum Informatyki ZETO S.A. Białystok
6. Alternative Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

12

-
7. ZETO Rzeszów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie
 8. Kolporter Info S.A. z siedzibą w Kielcach
 9. PC Faktory S.A. z siedzibą w Warszawie
 10. Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie

wskazali następujące urządzenia: Huawei Symantec USG5120HSR

Według informacji uzyskanych ze strony internetowej producenta, zdaniem Odwołującego, wskazane urządzenie nie spełnia wymagań Zamawiającego odnośnie:

- jednoczesnej obsługi co najmniej 3000 tuneli IPSec site-to-site,
- IPv6,
- możliwości rozbudowy o system IPS,
- obsługi Net Flow.

W tym zakresie Odwołujący w treści odwołania przedstawił linki do stron producenta.

Ponadto podkreślił, że, że wyżej wymienieni wykonawcy, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 lipca 2010 r. (pismo znak: CPI -WA - ZP-2244-14-3545/10), jako urządzenie typu A i B wskazali urządzenie USG 2110 F, którego specyfikacji technicznych nie można znaleźć na stronie producenta Huawei Symantec. Jedyna specyfikacja dotyczy urządzenia USG 2110, które nie posiada funkcji obsługi pakietów IPv6, których obsługa była wymagana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia (OPZ)” SIWZ, w pkt 3 „Specyfikacja wymaganych parametrów urządzeń”. W treści odwołania Odwołujący przedstawił linki do stron producenta.

Podniósł też, że wskazane przez ww. wykonawców urządzenie typu C - USG 2130 BSR, zgodnie z specyfikacją techniczną dostępną na stronie internetowej Huawei Symantec również nie obsługuje pakietów IPv6, a tym samym nie spełnia wymagań Zamawiającego ustalonych w załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia (OPZ)”, w pkt 3 „Specyfikacja wymaganych parametrów urządzeń”. Odwołujący także wskazał w treści odwołania linki do stron producenta:

W związku z powyższym – w ocenie Odwołującego - oferty wyżej wskazanych wykonawców powinny zostać odrzucone. Powołał się na orzecznictwo sądów okręgowych

Podkreślił także, że Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia ww. ofert naruszył zasady uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez dopuszczenie zaoferowania tańszych wyrobów, nie spełniających wymagań w siwz, podczas gdy Odwołujący się zaoferował droższe urządzenia, które jednakowoż spełniają wymagania określone w siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawione w sprawie dowody oraz stanowiska stron postępowania i jego uczestników, zaprezentowane na piśmie i usłnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że obydwaj Odwołujący mają interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej, wobec czynności Zamawiającego wyboru ofert najkorzystniejszych. Podnoszone przez Odwołujących zarzuty dotyczą 10 wybranych przez Zamawiającego ofert oraz – w przypadku odwołania KIO/1974/10 – zasadności wykluczenia Odwołującego lt.expert. W przypadku potwierdzenia się tych zarzutów i odrzucenia kwestionowanych ofert a także przywrócenia do postępowania oferty lt.expert, Odwołujący uzyskaliby możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia i zawarcia z Zamawiającym umowy ramowej.

Ustalając krąg uczestników postępowań odwoławczych Izba stwierdziła, że zgłoszenia przystąpień złożone przez:

- 1) Logon S.A. Bydgoszcz – po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
- 2) Centrum Informatyki ZETO S.A. Białystok – po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
- 3) Unia Sp. z o.o. – po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
- 4) Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. Kraków - po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO/1974/10;
- 5) ZETO Rzeszów Sp. z o.o. – po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
- 6) Lumena S.A. Warszawa – po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;
- 7) PC Factory S.A. Warszawa – po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10;

- 8) Kolporter Info S.A. Kielce – po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10

spełniają wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, tym samym też wykonawcy ci stali się formalnoprawnie uczestnikami wskazanych postępowań odwoławczych.

Jednocześnie Izba stwierdziła również, że wymogów tych nie spełniają przystąpienia złożone przez:

- 1) It.expert Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO/1975/10 po stronie Odwołującego;
- 2) Konsorcjum: ALTERNATIVE TECHNOLOGY Sp. z o.o. oraz MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. J., w sprawach o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10 po stronie Zamawiającego;
- 3) Qumak-Sekom S.A. w sprawach o sygn. akt: KIO/1974/10 i KIO/1975/10 po stronie Odwołujących.

W przypadku pierwszego z wymienionych przystąpień zgłoszonych w sprawie o sygn. akt: KIO/1975/10 wskazany wykonawca nie przekazał kopii przystąpienia Zamawiającemu, tym samym nie wypełnił jednego z wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Drugie z wymienionych przystąpień zgłoszone w obydwu sprawach odwoławczych w wymaganej przepisem ustawy Pzp formie (forma pisemna) wpłynęło do Prezesa KIO po upływie 3 dniowego terminu od przekazania w dniu 14 września 2010 r. wezwania do wzięcia udziału w postępowaniach odwoławczych (wpływ zgłoszenia na piśmie w dniu 20 września 2010 r.). Za skuteczne złożenie przystąpienia zgłoszone przez tego wykonawcę nie można natomiast uznać przystąpień złożonych do Prezesa KIO w dniu 17 września 2010 r. jedynie w kserokopii, dlatego też wymóg określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie został wypełniony.

Trzecie z wymienionych przystąpień zgłoszone w obydwu sprawach odwoławczych również wpłynęło do Prezesa KIO po upływie ustawowego 3 dniowego terminu, stąd też wymóg określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie został wypełniony.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba uznała, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba powyższe rozstrzygnięcie oparła na dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nadesłanej do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności uwzględniono:

- postanowienia SIWZ oraz
- treść ofert, złożonych przez 10 wykonawców, których oferty uznano za najkorzystniejsze i które to oferty były kwestionowane w złożonych odwołaniach oraz

15

-
- zapytanie skierowane do wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i
 - udzielone przez tych wykonawców odpowiedzi.

Izba uwzględniła także stanowiska stron i uczestników postępowania wyrażone na piśmie i ustanie do protokołu.

W poczet materiału dowodowego włączono dokumenty przedkładane w toku rozprawy przez strony postępowania oraz Przystępujących za wyjątkiem tłumaczenia przysięgłego ze strony internetowej HUAWEI Symantec przedłożonego przez Odwołującego It.expert Sp. z o.o. z uwagi na brak przedłożenia dokumentu, do którego odnosi się tłumaczenie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu wykluczenia It.expert z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu nie przedłużenia ważności wadium jednocześnie z przedłużeniem terminu związania ofertą, który to zarzut został podniesiony przez Odwołującego It.expert, Izba potwierdziła stan faktyczny przedstawiony w tym zakresie przez Odwołującego w treści odwołania. Zamawiający faktycznie wezwał wykonawców, w tym It.expert, w trybie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp do przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący wykonawca przedłużył termin związania ofertą o wymagane 60 dni. Termin ważności wadium przedłużył on jednak po upływie kilku dni od dnia przedłużenia terminu związania ofertą w związku z ważnością pierwotnej gwarancji wadium, która została przedłożona w ofercie i jej termin ważności był dłuższy o 8 dni niż pierwotny termin związania ofertą. Dokonane przez Odwołującego przedłużenie gwarancji wadium odbyło się przed faktycznym upływem ważności gwarancji, poprzez dostarczenie do Zamawiającego aneksu tej gwarancji.

Izba wywodzi jednak odmienne skutki prawne w związku z takim działaniem Odwołującego. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert,

na przedłużony termin związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, jak również w sytuacji, gdy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wskazany przepis wyróżnia więc cztery sytuacje, w których Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu, jeśli zaistnieje którakolwiek z tych przesłanek, tj.:

1. wykonawcy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert,
2. wykonawcy nie wnieśli wadium na przedłużony termin związania ofertą ,
3. wykonawcy nie wnieśli wadium w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy,
4. wykonawcy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z drugą z wymienionych przesłanek: tj. wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą.

Zgodnie bowiem z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp termin związania ofertą określony ściśle konkretną liczbą dni, uzależnioną od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (w niniejszej sprawie: 60 dni), może podlegać przedłużeniu samodzielnie przez wykonawcę bez żadnych ograniczeń, zaś w przypadku przedłużenia tego terminu z woli Zamawiającego, czyli na jego wniosek – wyłącznie raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia i na okres nie dłuższy niż 60 dni. Z tego prawa Zamawiający w niniejszym postępowaniu skorzystał, co nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Jednocześnie też dyspozycja art. 85 ust. 4 ustawy Pzp zakłada możliwość przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą wyłącznie z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, czy też wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Ustawodawca zatem założył ścisły związek tych dwóch instytucji, które potwierdzają ważność oferty i ją zabezpieczają, tj. instytucji związania ofertą w określonym ustawowo terminie oraz instytucji zabezpieczenia wadium oferty. Tak więc jeśli wykonawca składa ofertę w postępowaniu to powinien złożyć Zamawiającemu zabezpieczenie wadium tej oferty obejmujące pełny okres związania ofertą od dnia upływu terminu składania ofert (włącznie) do ostatniego dnia terminu związania ofertą przyjętego dla danego zamówienia ze względu na jego wartość. Podobna sytuacja zachodzi również wtedy, gdy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zwraca się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą o maksymalny okres 60 dni. W takiej sytuacji wykonawca, składając oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą składa także przedłużenie ważności wadium albo nowe wadium na pełny przedłużony okres nowego terminu związania ofertą. Wskazane przepisy ustawy Pzp w związku z nierozzerwalnością wskazanych instytucji, służących zabezpieczeniu oferty i jej ważności, przewidują dla wykonawcy obowiązek jednoczesnego przedłużenia ważności wadium, które powinno być dokonane łącznie z czynnością złożenia przez wykonawcę oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Izba stoi na stanowisku, iż nie sposób rozumieć inaczej przyjętego przez ustawodawcę określenia „jednoczesności”, tym bardziej ze względu na stanowczość brzmienia wskazanego przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp – „*przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium*”. W momencie składania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą Zamawiający powinien posiadać również wiedzę na temat ważności zabezpieczenia wadium wykonawcy na pełny okres związania ofertą. Jeśliby więc w samej ofercie wykonawcy zabezpieczenie wadium istniało – bez konieczności przedłużenia wadium - na okres dłuższy niż pierwotny termin związania ofertą, ale byłoby to wadium, które obejmowałoby także pełny okres nowego terminu związania ofertą, należałoby uznać, że wadium jest prawidłowe, bowiem dotyczy całego okresu (nowego) terminu związania ofertą. W niniejszej sprawie zabezpieczenie wadium oferty w momencie składania oświadczenia

woli o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zabezpieczało w całości nowego terminu związania ofertą (zabezpieczenie dotyczyło wyłącznie 8 dni nowego terminu związania ofertą), dlatego też nie może być uznane za skuteczne.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego lt.expert związanej z koniecznością interpretacji przepisów prawa polskiego (ustawa Pzp) w kontekście celów określonych w

przepisach Dyrektywy klasycznej Izba stwierdziła, że wskazane regulacje prawa europejskiego co do kwestii wadium oraz terminu związania ofertą pozostawiają je rozwiązaniom przewidzianym przez regulacje wewnętrzne porządków krajowych państw członkowskich. Takie rozwiązania w ustawie Pzp znalazły się i są obowiązujące, toteż brak jest podstaw do odwoływania się do regulacji Dyrektywy, które takich szczegółowych regulacji w tym zakresie nie zawierają.

Co do zarzutów podniesionych przez obydwu Odwołujących odnośnie niezgodności treści ofert 10 wykonawców z treścią SIWZ, które to oferty zostały uznane przez Zamawiającego jako najkorzystniejsze i z którymi to wykonawcami Zamawiający podpisał umowę ramową, Izba nie stwierdziła tych niezgodności.

W tym zakresie ustalono następujący stan faktyczny:

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zawarcie umowy ramowej Zamawiający w SIWZ (pkt 12.51 i 12.5.2) wskazał na konieczność przedłożenia formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) i formularza cenowego (załącznik nr 3 do SIWZ). Wzory wskazanych formularzy ofertowych zostały określone przez Zamawiającego. Treść i forma wskazanych formularzy nie wymagała wskazania konkretnych modeli urządzeń objętych przedmiotem zamówienia.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający określił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ). W tym załączniku do SIWZ Zamawiający określił, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń sieciowych dla potrzeb użytkowników końcowych systemów informatycznych. W tym zakresie określił on, że mają to być urządzenia sieciowe typu: A, B, C i D w określonej ilości sztuk, dla których podano specyfikację wymaganych parametrów technicznych.

W pkt 15.3 i 15.4 SIWZ Zamawiający wskazał, że jako najkorzystniejsze w postępowaniu zostanie wybranych 10 ofert niepodlegających odrzuceniu, które osiągną najwyższą ilość punktów, przyznanych w ramach ustalonego w postępowaniu kryterium cenowego.

Zamawiający w załącznikach nr 7 i 8 do SIWZ określił też wzory odpowiednio: umowy ramowej, która zostanie zawarta w niniejszym postępowaniu oraz umowy wykonawczej. W § 4 wzoru umowy ramowej Zamawiający określił zasady udzielania zamówień szczegółowych, gdzie w ust. 6 pkt 2 wskazał m.in., że w ramach prowadzonego postępowania szczegółowego wykonawcom zostanie przekazana specyfikacja istotnych warunków

zamówienia. W § 5 wzoru umowy ramowej natomiast Zamawiający określił, iż umowy wykonawcze będą zawierane z wybranym wykonawcą oddzielnie do każdego z zamówień.

W wyniku badania i oceny ofert złożonych w ramach prowadzonego postępowania o zawarcie umowy ramowej Zamawiający dokonał wyboru 10 ofert najkorzystniejszych.

Zamawiający pismami z dnia 5 i 21 lipca 2010 r. zwrócił się do wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wskazanie modeli urządzeń sieciowych A, B, C i D, spełniających wymagania opisane w OPZ i produkowanych przez wskazanego w ofercie producenta urządzeń. Poszczególni wykonawcy składali Zamawiającemu wyjaśnienia treści swych ofert, wskazując na konkretne modele urządzeń, zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego. Niektórzy wykonawcy wskazywali dodatkowo, że na tym etapie nie jest możliwe wiążące wskazanie konkretnych modeli urządzeń, które miałyby być przedmiotem dostawy w całym okresie trwania umowy ramowej w ramach poszczególnych postępowań częściowych, z racji tego, że na dynamicznym rynku tego typu urządzeń może się okazać, że konkretny model urządzenia nie istnieje, czy został zastąpiony innym. Niektórzy z wykonawców natomiast, udzielając takich wyjaśnień nie podali w ogóle modeli urządzeń wedle żądania Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że podstawą oceny zgodności oferty wykonawcy z treścią SIWZ mogą być wyłącznie wymogi określone w postanowieniach SIWZ. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w postanowieniach SIWZ oczekiwał jedynie potwierdzenia, że określone urządzenia, które będą stanowiły przedmiot odrębnej procedury zakupu, spełniają określone przez Zamawiającego parametry techniczne. Powyższe – jak wskazywał Zamawiający oraz, jak wskazywali niektórzy wykonawcy, w tym jeden z Odwołujących (TP S.A.) – wynika z tej

okoliczności, iż parametry oferowanych aktualnie urządzeń w toku realizacji postanowień umowy ramowej oraz zamawiania tych urządzeń w toku odrębnej procedury, mogą ulec zmianie. Aktualnie funkcjonujące na rynku urządzenia w przyszłości mogą być również zmodernizowane i w przyszłości zastąpione zupełnie innymi urządzeniami. Tym samym wskazywanie na obecnym etapie postępowania (zawarcie umowy ramowej) konkretnych urządzeń byłoby nieuzasadnione. Postanowienia SIWZ – tak treść formularza ofertowego, określonego przez Zamawiającego, jak i postanowienia projektu umowy ramowej - nie przewidują możliwości wskazania przez wykonawców, (przede wszystkim na podstawie żądania Zamawiającego), aby określali oni konkretnie te modele urządzeń. Takie konkretne wskazanie modeli urządzeń istnieje dopiero we wzorze umowy właściwej dostawy tych urządzeń, która zostanie zawarta po przeprowadzeniu przez Zamawiającego szczegółowych postępowań o udzielenie zamówienia. W doktrynie zamówień publicznych, w

prezentowanych stanowiskach ekspertów, co do określenia procedury, w której następuje podpisanie umowy na konkretne dostawy, usługi, czy roboty budowlane, które to umowy są wynikiem zawartej umowy ramowej, wskazuje się w sposób różnoraki, czy mamy do czynienia w tym przypadku z odrębnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, czy też nie jest to odrębna, innego rodzaju procedura. Niezależnie od prezentowanych w tym zakresie stanowisk przez doktrynę, Zamawiający w niniejszym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej przewidział szczególną procedurę udzielania odrębnych zamówień publicznych, w wyniku odrębnych prowadzonych przez Zamawiającego szczególnych procedur, do których udziału zaproszenie Zamawiający skieruje do 10 wykonawców, z którymi podpisał umowę ramową. Tym samym w tych odrębnych postępowaniach Zamawiający będzie żądał wskazania konkretnych modeli konkretnych urządzeń producenta, które zostały wskazane w ofertach tych 10 wykonawców i w tym zakresie będzie dokonywał oceny spełniania wymogów SIWZ przez te urządzenia co do konkretnych parametrów technicznych.

Tym samym zatem nawet, jeśli Zamawiający w niniejszym postępowaniu, wychodząc poza postanowienia SIWZ, zażądał od wykonawców w trybie złożenia wyjaśnień co do treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazania konkretnych modeli urządzeń, powyższe nie może być podstawą oceny zgodności oferty z treścią SIWZ. Treść SIWZ bowiem takiego wymogu nie określała, zatem zastosowanie w tym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który wprost odnosi się do treści SIWZ, nie może mieć zastosowania.

Odnosząc się do argumentacji podniesionej przez Odwołujących, co do konieczności konkretyzacji opisu przedmiotu zamówienia w ramach postanowień SIWZ, odnoszących się do postępowania dotyczącego zawarcia umowy ramowej, Izba zwraca uwagę, że zapisy SIWZ w tym postępowaniu nie były w tym zakresie kwestionowane przez wykonawców w trybie środków ochrony prawnej w terminach wynikających z przepisów ustawy Pzp, stąd też na tym etapie postępowania (badanie i ocena ofert) Izba może brać pod uwagę wyłącznie treść SIWZ, która nie wskazywała na obowiązek określania przez wykonawców konkretnych modeli urządzeń, które będą stanowiły przedmiot odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych przez Zamawiającego w ramach szczególnej procedury, tj. z wykonawcami, z którymi zostanie podpisana umowa ramowa.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że podstawą podnoszonych zarzutów są przede wszystkim twierdzenia, że na przywoływanych stronach internetowych producenta urządzeń, oferowanych przez tych wykonawców brak jest wprost informacji o spełnieniu określonych wymagań technicznych urządzeń określonych w SIWZ. W tym zakresie należało stwierdzić, że niezgodności treści oferty nie można wywodzić poprzez wskazanie braku

potwierdzenia na określonej stronie internetowej spełniania konkretnych, żądanych w SIWZ parametrów technicznych, skoro takiego potwierdzenia (na stronie internetowej producenta) Zamawiający w SIWZ nie wymagał.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze

ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji, wydając w tym przedmiocie na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp orzeczenie łączne.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, uwzględniając również w tym zakresie - na podstawie § 3 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) - uzasadnione koszty Zamawiającego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....