

WYROK

z dnia 2 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 września 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę: „**Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1” S.A z siedzibą w Zegrzu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa urządzeń łączności satelitarnej* (nr postępowania D/113/2013) prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa nr 4226 w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: „Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1” S.A z siedzibą w Zegrzu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: „Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1” S.A z siedzibą w Zegrzu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: „Wojskowych Zakładów Łączności Nr 1” S.A z siedzibą w Zegrzu na rzecz zamawiającego: Skarbu Państwa – Jednostki Wojskowej nr 4226 w Warszawie kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100 groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 4226 w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa urządzeń łączności satelitarnej* (nr postępowania D/113/2013).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_104-178058 z 31 maja 2013 r., z tym, że 29 maja 2013 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.2rblog.wp.mil.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwanej również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8

ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 17.660.162,56 zł, co stanowi równowartość 4.393.512,43 euro.

19 sierpnia 2013 r. (pismem z tej daty) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wobec postanowień modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 9 sierpnia 2013 r. „Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1” S.A. z siedzibą w Zegrzu (dalej zwane „Odwołującym”), zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1 oraz art. 7 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób eliminujący Odwołującego z udziału w postępowaniu.
2. Art. 7, art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 5, 6 i 13 – przez ądanie dostarczenia po otwarciu ofert do odbiorcy jednego kompletu sprzętu stanowiącego przedmiot oferty w celu przeprowadzenia jego testów, przy jednoczesnym braku opisanie wpływu testów na wybór oferty, co w konsekwencji spowoduje naruszenie wykonawcy na konsekwencje ekonomiczne i finansowe w związku z koniecznością złożenia do testów jednego kompletu sprzętu, którego cena wynosi ok. 1 mln zł.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób opisany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{1.}

Sygn. akt KIO 2015/13

Odwołujący na wstępie uzasadnienia poczynił następujący ogólny wywód na temat znaczenia opisu przedmiotu zamówienia jako jednego z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, co oznacza, że wykonawcy nie będą mieli wątpliwości, co jest przedmiotem zamówienia i w jakim zakresie {wskazano daty wydania i sygnatury następujących wyroków, po pierwsze – Krajowej Izby Odwoławczej: 27 marca 2008 r. (KIO/UZP 224/08), 1 lutego 2008 r. (KIO/UZP 79/07), 9 września 2010 r. (KIO/UZP 1827/10); po drugie – zespołów arbitrow: 27 listopada 2006 r. (UZP/ZO/O-2817/06), 7 czerwca 2006 r. (UZP/ZO/O-1608/06), 5 kwietnia 2006 r. (UZP/ZO/O-934/06)}. Ponadto opis przedmiotu zamówienia musi być jasny, zrozumiały, zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej. Kolejną naczelną zasadą dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia jest zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję {wskazano daty i sygnatury następujących wyroków, po pierwsze – Krajowej Izby Odwoławczej: 29 kwietnia 2008 r. (KIO/UZP 346/08); po drugie – zespołów arbitrow: 11 kwietnia 2007 r. (UZP/ZO/O-362/07), 11 września 2006 r. (UZP/ZO/O-2446/06), 19 lipca 2006 r. (UZP/ZO/O-2071/06), 18 lipca 2006 r. (UZP/ZO/O-2039/06)}. Zgodnie z zawartą na stronie internetowej interpretacją UZP (Opinia *dotycząca opisu przedmiotu zamówienia*), wielokrotnie powtarzaną w wyrokach, najpierw zespołów arbitrow, a potem Krajowej Izby Odwoławczej: *określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem Zamawiającego*. Warunkiem nienaruszenia konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję {por. wyrok Izby z 24 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1122/10}. Co więcej, zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności, jak i wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, że Zamawiający powinien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech funkcjonalnych,

które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt

4

Sygn. akt KIO 2015/13

naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia {wskazano datę wydania i sygnaturę wyroku Izby z 28 lutego 2012 r. (KIO 229/12, KIO 238/12, KIO 239/12, KIO 242/12, KIO 245/12, KIO 247/12)}. W wyroku z 17 stycznia 2008 r. (KIO/UZP 80/07): *Izba stwierdza, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców*. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę.

{2.}

W drugiej kolejności Odwołujący podał, że w wyniku modyfikacji SIWZ 9 sierpnia 2013 r. Zamawiający anulował treść załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) i dodał ten załącznik w nowym brzmieniu.

Odwołujący sprecyzował w pkt 3 - 6 uzasadnienia odwołania następujące zarzuty odnośnie zacytowanych postanowień tego załącznika.

{3.}

DOPUSZCZA SIĘ ROZWIĄZANIE RÓWNOWAŻNE DLA PUNKTU 1 POD WARUNKIEM SPEŁNIENIA PONIŻSZYCH MINIMALNYCH WYMAGAŃ:

Antena połowa VSAT 1,8 m (dla stacji slave)

Zestaw antenowy wyposażony w:

Reflektor offsetowy anteny 1,8 m:

Odwołujący zarzucił, że nie istnieją merytoryczne podstawy do wymagania dostarczenia anteny z offsetowym zamocowaniem promiennika i odrzucenia rozwiązania z centralnie zamontowanym promiennikiem. Odwołujący przedstawił w tym zakresie następującą argumentację.

Ponieważ obie anteny są antenami o czaszy parabolicznej, ich wzmocnienie dla danej częstotliwości zależy wprost od kwadratu przekątnej czaszy reflektora. Przyjęte jest, że dla anteny wykonanej z centralnie zamontowanym promiennikiem, gdy gwarantuje to dużą stabilność mechaniczną. Jest to nieodzowne, aby konstrukcja anteny nie była wrażliwa na czynniki zewnętrzne takie jak silny wiatr, udary mechaniczne czy temperatura. Podatność anteny na te czynniki mogłyby zmienić jej charakterystykę promieniowania, przez co spowodować na przykład zakłócenia dla innych sygnałów na satelicie. Dla małych anten często stosowane jest offsetowe usytuowanie promiennika (nie znajduje się on wtedy w wiązce promieniowania docierającego do parabolicznej czaszy anteny). Wynika to z faktu, że centralnie usytuowany promiennik – zakrywając wycinek

5

Sygn. akt KIO 2015/13

paraboli – zmniejsza wielkość promieniowania docierającego do czaszy anteny. Powoduje to nieznaczne zmniejszenie wzmocnienia, ale jest to uzależnione w dużym stopniu od wielkości czaszy anteny, a dokładnie od stosunku wielkości promiennika do wielkości czaszy anteny. Efekt ten zmniejsza się z kwadratem przekątnej anteny. Stąd celowym jest stosowanie offsetowo umieszczonego promiennika dla anten małych i bardzo małych. Niemniej jednak najnowsze implementacje dowodzą, że nie jest to pełnym standardem. W nowych stacjach satelitarnych MANPACK (o średnicy anten 30 do 80 cm, transportowanych i obsługiwanych przez jedną osobę) ze względu na zwartość i wytrzymałość konstrukcji oraz prostotę montażu i demontażu stosuje się anteny z centralnie umieszczonym promiennikiem. W przypadku anteny, którą wymaga Zamawiający, tj. o średnicy 1,8 m i średnicy promiennika poniżej 0,15 m zmniejszenie wzmocnienia wynikające z centralnego umieszczenia promiennika wynosi poniżej 0,69%, co jest wielkością mieszczącą się w błędzie pomiaru (wzmocnienie anteny podaje się w skali logarytmicznej) oraz jest do odzyskania poprzez

precyzyjne wykonanie geometrii anteny.

Innym aspektem jest umieszczenie nadajnika. Niektóre rozwiązania z offsetowym zamontowaniem promiennika wykorzystują konstrukcję wsporczą promiennika do zamocowania na nim nadajnika sygnału. Jest to szczególnie spotykane w przypadku małych lekkich nadajników: wówczas ich waga nie powoduje nadmiernego obciążenia konstrukcji, a mała moc nadajników (najczęściej do kilku watów) nie jest wytracana w falowodach. Inaczej to wygląda dla nadajników dużej mocy (powyżej 100 watów). Zdecydowanie większa waga takich nadajników powoduje konieczność wzmocnienia ramienia podtrzymującego nadajnik, a co za tym idzie powoduje niepotrzebny wzrost wagi całej anteny. Jest to szczególnie istotne przy antenach mobilnych, a takie właśnie są przedmiotem przetargu. Nie jest istotna przy takich nadajnikach niewielka strata sygnału w falowodzie – jest to ułamek procenta w stosunku do mocy dysponowanej.

Odwolujący podsumował, że proponowana przez niego antena z centralnym zamontowaniem promiennika w pełnym zakresie spełnia parametry określone przez Zamawiającego w SIWZ, posiadając dodatkowo inne cenne użytkowe walory, tj.:

- takie samo wzmocnienie sygnałów odbiorczych i nadawczych jak proponowana przez konkurencję antena offsetowa (wyrób firmy ND SatCom),
- przemyślana i dobrze wykonana konstrukcja anteny jest znacznie lepsza i wymaga mniej skrzyń transportowych,
- zmiana pasma częstotliwości odbywa się znacznie łatwiej i prościej oraz jest możliwa do wykonania w znacznie krótszym czasie i w dowolnych warunkach polowych.

Odwolujący zarzucił również, że skoro Zamawiający preferuje, aby wykonawca

Sygn. akt KIO 2015/13

dostarczył antenę RANGER 1800 (wyrób firmy ND SatCom), która to antena jest anteną typu offsetowego, to dopuszczając rozwiązanie równoważne i precyzując szczegółowo jakie parametry ma spełnić antena *nie posiadał uprawnień do wskazania jej typu, bowiem pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów*, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Ponadto zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, to samy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry.

Dlatego też w ocenie Odwołującego brak jest przesłanek do użądania przez Zamawiającego anteny typu offsetowego, skoro są dostępne inne, nawet lepsze i, co najważniejsze, tańsze rozwiązania, które gwarantują w pełni uzyskanie parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, iż Zamawiającemu wolno określić przedmiot w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu nie spowoduje wyeliminowania konkurencji przez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które w tym przypadku oferuje tylko jeden dostawca tj. firma ND SatCom.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany brzmienia zacytowanego na wstępie postanowienia na następujące:

DOPUSZCZA SIĘ ROZWIĄZANIE RÓWNOWAŻNE DLA PUNKTU 1 POD WARUNKIEM SPEŁNIENIA PONIŻSZYCH MINIMALNYCH WYMAGAŃ:

Antena połowa VSAT 1,8 m (dla stacji slave)

Zestaw antenowy wyposażony w:

Reflektor anteny 1,8 m:

{4.}

– ramię na pasmo Ku (polaryzacja liniowa) z nadajnikiem Ku o mocy 100 W (kompatybilnym i certyfikowanym z systemem SkyWAN 2570) wyposażone w komplet trzech odbiorników LNB PLL na pasmo Ku. Ramię musi być wyposażone w stosowne filtry, falowody sztywne, okablowanie, osłony i uchwyty ułatwiające montaż ramienia do anteny;

– ramię na pasmo X (polaryzacja kołowa, 0,5 dB AR) z nadajnikiem X o mocy 100 W (kompatybilnym i certyfikowanym z systemem SkyWAN 2570) wyposażone w stosowne filtry, falowody sztywne, okablowanie, osłony i uchwyty ułatwiające montaż ramienia do anteny;

7

Sygn. akt KIO 2015/13

falowody sztywne, okablowanie, osłony i uchwyty ułatwiające montaż ramienia do anteny:

Odwolujący zarzucił, że brak jest podstaw merytorycznych i prawnych dla wymagania przez Zamawiającego, aby oferowane przez wykonawców nadajniki na pasmo Ku i X podlegały certyfikacji z systemem SkyWAN 2570.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał, że:

- 1) Nie istnieje system o nazwie SkyWAN 2570, lecz system zarządzania siecią satelitarną SkyWAN oraz modem o symbolu 2570. Są to dwa elementy rozłączne.
- 2) Nadajniki mają zdefiniowane parametry zarówno po stronie dostarczanego do nich sygnału, jak i po stronie promieniowania sygnału do anteny satelitarnej, oraz inne funkcje operacyjne zdefiniowane przez Zamawiającego. Wybrane przez wykonawcę nadajniki muszą więc spełniać wymagania dla transmisji sygnałów z modemem.
- 3) Istnieje konieczność prostej współpracy z modemem polegającej na wymianie kilku informacji o stanie nadajnika, które są przedmiotem integracji {ze strony} wykonawcy, i aden szanujący się oferent nie proponuje rozwiązania niespełniającego wymagań Zamawiającego nie tylko z uwagi na prawdopodobną przegraną w przetargu, ale i utratę prestiżu na rynku.
- 4) Dostarczający urządzenia pod groźbą kary finansowej i wykluczenia go z następnych przetargów zobowiązany jest dostarczyć wyrób kompatybilny i spełniający wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego.
- 5) Dotychczasowe zachowania firmy ND SatCom, która jest dostawcą systemu zarządzania siecią satelitarną SkyWAN i modemem 2570, w zakresie przejrzystości i jednakowej współpracy ze wszystkimi uczestnikami tego przetargu pokazują, że nie udzieli ona żadnego certyfikatu na jakiegokolwiek produkty innych dostawców elementów stacji satelitarnych. Zaś na swoje produkty wyznacza zaporowe terminy dostawy dla niektórych uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego.
- 6) Zamawiającemu wolno określić przedmiot w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu nie spowoduje wyeliminowania konkurencji przez wskazanie na konkretne rozwiązanie techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca, czyli w tym przypadku firma ND SatCom.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany brzmienia zacytowanych na wstępie postanowień na następujące:

– ramię na pasmo Ku (polaryzacja liniowa) z nadajnikiem Ku o mocy 100 W (kompatybilnym z systemem SkyWAN 2570) wyposażone w komplet trzech odbiorników LNB PLL na pasmo Ku. Ramię musi być wyposażone w stosowne filtry, falowody sztywne, okablowanie, osłony i uchwyty ułatwiające montaż ramienia do anteny;

8

Sygn. akt KIO 2015/13

– ramię na pasmo X (polaryzacja kołowa, 0,5 dB AR) z nadajnikiem X o mocy 100 W (kompatybilnym z systemem SkyWAN 2570) wyposażone w stosowne filtry, falowody sztywne, okablowanie, osłony i uchwyty ułatwiające montaż ramienia do anteny: {5.}

Wykonawca oświadczy, że dostarczy jeden komplet sprzętu stanowiący przedmiot oferty do Odbiorcy tj. Jednostki Wojskowej 4724, ul. Tyniecka 45, 30-901 Kraków w celu przeprowadzenia testów akceptacyjnych oferowanego sprzętu - w terminie nie późniejszym niż 3 miesiące (90 dni) od dnia otwarcia ofert. Program testów został zawarty w załączniku nr 8 do SIWZ – dotyczy zadania nr 1.

Wykonawca oświadczy, że dostarczy do Zamawiającego protokół z przeprowadzonych testów kompatybilności, integracji oferowanego urządzenia/stacji z istniejącym i realizującym swoje zadania systemem Zamawiającego - w terminie nie późniejszym niż 3 miesiące (90 dni) od dnia otwarcia ofert – dotyczy zadania nr 1.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może łączyć od wykonawców wyłącznie oświadczenia lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje m.in. w SIWZ. W myśl § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może łączyć zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231; dalej zwanego w skrócie „rozporządzeniem w dokumentów”), zamawiający w celu potwierdzenia, sprawienie oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji może w szczególności, istotnych warunków zamówienia, łączyć aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu przedłożyli próbki oferowanych towarów. Tym samym należy przyjąć, iż przepisy rozporządzenia przesadzają o kwalifikacji próbki jako dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pzp.

Odwołujący zarzucił, że próbki winny zostać dołączone bezpośrednio do oferty, nie zaś – jak to określił Zamawiający – jeden komplet sprzętu stanowiący przedmiot oferty winien zostać dostarczony do przeprowadzenia testów akceptacyjnych w terminie nie późniejszym niż 3 miesiące (90 dni) od dnia otwarcia ofert. Samo uchylenie określenia „testy akceptacyjne” pozwoliło Odwołującemu na stwierdzenie, że na ich podstawie Zamawiający będzie oceniał, czy oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez niego w opisie przedmiotu zamówienia (załączniku nr 1 do SIWZ). Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie zawarł w rozdziale V SIWZ (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu*

Sygn. akt KIO 2015/13

dokonywania oceny spełnienia tych warunków) adnych postanowień stanowiących o obowiązku dołączenia do oferty sprzętu celem jego oceny jednego kompletu i potwierdzenia spełnienia przez niego zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Jako spełnienie warunków przedmiotowych Zamawiający w rozdziale V SIWZ wskazał jedynie, że wykonawca, aby potwierdzić, iż oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego powinien złożyć dokumenty potwierdzające wdrożenie systemu zarządzania jakością oraz katalogi, opisy i fotografie opisujące przedmiot zamówienia w języku polskim. Również kryteria oceny ofert opisane w rozdziale XIII SIWZ wskazują jednoznacznie, iż Zamawiający będzie oceniał oferty jedynie według kryterium cena = 100%. Według Odwołującego skoro jedynym kryterium oceny ofert jest cena, to nawet negatywny wynik testów urządzenia nie daje Zamawiającemu uprawnienia do odrzucenia takiej oferty. Odwołujący podsumował, że łącznie przez Zamawiającego dostarczenia jednego kompletu sprzętu stanowiącego przedmiot oferty w celu przeprowadzenia testów akceptacyjnych oferowanego sprzętu, w terminie nie późniejszym niż 3 miesiące (90 dni) od dnia otwarcia ofert, z jednoczesnym brakiem modyfikacji rozdziału V SIWZ, jak również brakiem opisanego wpływu testów na wybór oferty – poddaje w wątpliwość zasadność takiego łądania.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że sformułowane przez Zamawiającego łądanie dostarczenia jednego kompletu sprzętu do testów akceptacyjnych jest świadomym naruszeniem wykonawcy na ekonomiczne i finansowe, gdy cena konsekwencje przedmiotowego sprzętu charakteryzuje się znaczną wartością, tj. wynosi ok 1 mln zł. Zdaniem Odwołującego w przypadku tak kosztownego pojedynczego egzemplarza przedmiotu umowy Zamawiający winien rozważyć możliwość rezygnacji z łądania próbek, zwłaszcza z uwagi na fakt, iż nie pokrywa kosztów poniesionych przez wykonawców w związku z udziałem w przedmiotowym postępowaniu. Odwołującemu konieczne w takim przypadku wydaje się pewnej równowagi pomiędzy koniecznością zachowania zabezpieczenia interesu Zamawiającego a wielkością nakładów wykonawcy czynionych w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał również, że w świetle art. 96 ust. 2 w zw. z art. 97 ust. 1 i 2 pzp wszelkie dokumenty składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oferty, opinie biegłych, oświadczenia, zawiadomienia, wnioski oraz informacje składane przez wykonawców, a w konsekwencji również *próbki oferowanych dóbr*, stanowią załączniki do protokołu i winny być wraz z nim przechowywane w sposób gwarantujący jego

Sygn. akt KIO 2015/13

przechowywanej dokumentacji, ochronę przed zniszczeniem oraz nieuprawnionym dostępem – sformułowany w art. 97 pzp – ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, której stosowanie nie jest uzależnione od woli zamawiającego. Na gruncie przepisów ustawy pzp zamawiający może dokonać zwrotu dokumentów przedkładanych w toku postępowania tylko w okolicznościach wskazanych w art. 97 ust. 2 pzp na wniosek – co stanowi warunek *sine qua non* tej czynności – wykonawców, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze. Odwołujący wywiódł, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zmuszony byłby przechowywać jeden komplet sprzętu o wartości ok. 1 mln zł, który podlegał testom, będący sprzętem wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, jednocześnie nie płacąc za niego wykonawcy wynagrodzenia.

Odwołujący zarzucił również w podsumowaniu, że sformułowane przez Zamawiającego żądanie dostarczenia przez wykonawcę w terminie do 90 dni od dnia otwarcia ofert oferty w celu jednego kompletu sprzętu stanowiącego przedmiot przeprowadzenia testów akceptacyjnych – przy braku opisu wpływu przedmiotowych testów na wybór oferty oraz zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny ich spełnienia – spowoduje, że postępowanie obciążone będzie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu: wykreślenia zacytowanych na wstępie postanowień, analogicznych postanowień zamieszczonych w załączniku nr 2 do SIWZ pn. *Formularz oferty* oraz usunięcia w całości załącznika nr 8 do SIWZ pn. *Program testów – opis dotyczy zadania nr 1*.

{6}

– *podstawa anteny wykonana z aluminium wyposażona w trzy podpory wyposażone w nakładki balastowe i odciąg*;

Odwołujący zarzucił, że skoro Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne,

aby podstawa anteny była wyposażona w trzy to niczym nieuzasadnione jest

żądanie,

podpory. Zdaniem Odwołującego wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia, aby cały sprzęt funkcjonował w różnych warunkach polowych, i aby możliwa była realizacja za jego pomocą zadań stawianych Zamawiającemu przez przełożonych, a nie jest istotne w tym przypadku, aby podstawa anteny wyposażona była w trzy podpory. Odwołujący postawił retoryczne pytanie, czy podstawa anteny wyposażona w dwie, cztery lub pięć podpór spowoduje, że przedmiotowy sprzęt nie będzie spełniał funkcji, dla których został

zaprojektowany. Odwołujący

podkreślił również,

że podpora jest wyrobem firmy ND SatCom. Dla Odwołującego zadziwiający jest fakt,

Sygn. akt KIO 2015/13

że Zamawiający w tak wielu miejscach SIWZ wskazuje, a zarazem żąda, aby oferowane rozwiązania równoważne spełniały minimalne wymagania, takie jak np. podstawa anteny wyposażona w trzy podpory, które to wymogi jest w stanie spełnić tylko i wyłącznie firma ND SatCom.

Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu zmiany brzmienia zacytowanego na wstępie postanowienia na następujące:

– *podstawa anteny wykonana z aluminium wyposażona w podpory wyposażone w nakładki balastowe i odciąg*;

{7}

Ponadto Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania i otwarcia ofert na 2 października 2013 r., uzasadniając to bardzo dużym zakresem zmian

w opisie przedmiotu zamówienia.

30 sierpnia 2013 r. Zamawiający przesłał do Izby i Odwołującego odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie jako bezzasadnego.

W zakresie zarzutów opisanych w pkt 3, 4 i 6 uzasadnienia odwołania Zamawiający podniósł, że odwołanie wobec przywołanych tam postanowień SIWZ zostało wniesione z uchybieniem terminu i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp.

e kontestowane zapisy Według Zamawiającego

Odwołujący błędnie wywodzi,

znalazły się w treści SIWZ dopiero w wyniku jej modyfikacji z 9 sierpnia 2013 r., gdy znajdowały się zarówno w pierwotnej treści SIWZ, jak również ponownie znalazły się w treści SIWZ w wyniku modyfikacji z 2 lipca 2013 r. Zamawiający podniósł jako istotną okoliczność, że modyfikacja ta nastąpiła w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia poprzedniego odwołania wniesionego przez Odwołującego – w sprawie o sygn. akt KIO 1394/13. Zamawiający ponadto wywodzi, że ponieważ w zakresie postanowień objętych zarzutami z pkt 3 i 4 uzasadnienia wykonał czynności zgodnie z zdaniami zawartymi w poprzednim odwołaniu Odwołującego, aktualne odwołanie podlega w tym zakresie odrzuceniu również na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp.

Natomiast zawarte w pkt 5 uzasadnienia odwołania zarzuty dotyczące przeprowadzenia testów akceptacyjnych oferowanych zestawów sprzętowych Zamawiający uznał za całkowicie bezzasadne.

Zamawiający podał, że zbada zgodność oferowanej dostawy z wymaganiami opisanymi w SIWZ w dwojaki sposób: po pierwsze – na podstawie dokumentów opisanych w rozdziale V, pkt 6.2 (oraz rozdziale VI, pkt 2.5.2) SIWZ: *Katalogi opisy, fotografie opisujące przedmiot zamówienia w języku polskim – dotyczy zadania nr 1*; po drugie – na podstawie

12

Sygn. akt KIO 2015/13

testów akceptacyjnych, o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ po modyfikacji.

Zamawiający wyjaśnił, że testy akceptacyjne zostały wprowadzone do treści SIWZ, a co za tym idzie do procedury przedmiotowego postępowania, w wyniku ustaleń poczynionych w toku zebrania wykonawców, jakie miało miejsce w dniu 3 lipca 2013 r. w Krakowie (jako dowód Zamawiający wskazał na str. 4 informacji z zebrania wykonawców pt. *Notatka ze spotkania dotyczącego przetargu nieograniczonego na dostawę urządzeń łączności satelitarnej D/113/2013 realizowanego przez Jednostkę Wojskową 4226*). Wprowadzenie 90-dniowego terminu na realizację testów akceptacyjnych było wnioskowane przez wszystkich wykonawców oprócz Odwołującego. Wskazywano, że brak jest technicznej i handlowej możliwości uzyskania kompletu aparatury w krótszym terminie. Zamawiający, mając na uwadze fakt, że wykonawcy posiadają praktyczną możliwość zamówienia zestawów do testowania na jutro po zakończeniu zebrania wykonawców, wpisał do SIWZ 90-dniowy termin nie jako początek, lecz jako zakończenie procesu badania stawianych do jego dyspozycji zestawów.

Zdaniem Zamawiającego z punktu widzenia merytorycznego prowadzenie testów jest koniecznością, gdy przedmiotem zamówienia są kompletne zestawy terminali satelitarnych, które po wykonaniu dostawy, integracji oraz wdrożeniu, staną się integralną częścią istniejącego systemu łączności. W tej sprawie okoliczności mieści się tak – wspólne z innymi terminalami (już pracującymi) – zarządzanie z centrum kierowania znajdującego się u użytkownika (odbiorcy). Według Zamawiającego uwzględnienie odwołania wniesionego przez obecnego Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1394/13 wprowadziło na tyle otwarty opis przedmiotu zamówienia, że bez przeprowadzenia testów akceptacyjnych istnieje poważne zagrożenie nabycia urządzeń, które nie będą prawidłowo współpracować z już istniejącym systemem łączności. W ocenie Zamawiającego takie rozwiązanie jest nie do zaakceptowania zarówno z punktu widzenia merytorycznego, jak i prawnego. Zakup musi być celowy i oszczędny. Szczególnie jednak względy merytoryczne wprowadzają na tyle duże ryzyko, że nie można na pozwolić na dowolność w przedmiocie dostawy.

Zdaniem Zamawiającego wskazywanie przez Odwołującego na wysokie koszty po stronie wykonawców jest całkowicie nietrafne. Zamawiający podniósł, że dopuścił do dostarczenia w wyniku realizacji zamówienia zestawów, które będą uprzednio użyte do

testów. W opinii Zamawiającego art. 97 ust. 2 pzp – stanowiący, e zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, zło one przez nich plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały – nie zostanie przy tym naruszony, gdy zestaw aparatury technicznej nie jest „materiałem”, a przepis nie zabrania nabycia zestawu będącego przedmiotem testów przez

13

Sygn. akt KIO 2015/13

zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił ponadto, e zestawy postawione do jego dyspozycji przez wykonawców, których oferty nie zostaną wybrane zostaną im zwrócone. Natomiast dowodem, który – zgodnie z art. 97 ust. 1 pzp – pozostanie w dokumentacji postępowania będzie protokół z przeprowadzonych testów.

Zamawiający podniósł, e moment prowadzenia testów akceptacyjnych był przedmiotem jego głębokich analiz. Według Zamawiającego z punktu widzenia procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ocena właściwości technicznych testowanych urządzeń stanowi porównanie faktycznych, materialnych cech oferowanego przedmiotu z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Natomiast gwarancją istnienia cech technicznych oferowanych urządzeń na dzień upływu terminu składania ofert jest podanie ich nazw i typów oraz załączenie stosownych katalogów i opisów. Ocenie podczas testów akceptacyjnych będą podlegać wyłącznie te urządzenia, które stanowią przedmiot oferty. Testy nie mogą być prowadzone przed zło eniem ofert, gdy prowadziłyby to do wyjawienia treści oferty przed terminem składania ofert. Nie mo na ich prowadzić tak e po wyborze najkorzystniejszej oferty. W opinii Zamawiającego prowadziłyby to bowiem do *wynaturzenia systemowego*, polegającego na uprzednim dokonaniu czynności wyboru oferty obejmującej przedmioty, które materialnie nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia w SIWZ. Działanie takie sankcjonowałoby wybór oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, a tak e powodowało nieuzasadnione sankcje wobec wybranych wykonawców w postaci potrącenia wadium z uwagi na (spóźnione) stwierdzenie, e zawarcie umowy stało się niemo liwe z przyczyn le ących po stronie wybranego wykonawcy, gdy *de facto* treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający podsumował, e nie było zatem innej mo liwości prawnej i merytorycznej jak tylko ustalenie wykonania testów w okresie pomiędzy zło eniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Zamawiającego niesłuszny jest również zarzut dotyczący niewskazania jaki skutek odnoszą testy akceptacyjne. Skoro wskazano jednoznacznie na ich cel („testy akceptacyjne”) oraz zamieszczono w SIWZ ich program, jednoznacznie wskazujący na porównanie parametrów i funkcjonalności przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia przy współpracy z eksploatowanym systemem – sprawą oczywistą jest skutek negatywnego wyniku testów: oferta zostanie odrzucona. Zamawiający ocenił, e tak e Odwołujący wydaje się nie mieć adnej wątpliwości w tym zakresie {zacytowano fragment ze str. 7 odwołania}. Zamawiający oświadczył, e okoliczności będące podstawą odrzucenia oferty zostały wprost opisane w treści art. 89 ust 1 pzp. Przy czym ustawa pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku bardziej szczegółowego opisywania okoliczności odrzucenia ofert – w odró nieniu np. od oceny ofert na podstawie kryteriów opisanych w SIWZ, czy te

14

Sygn. akt KIO 2015/13

oceny spełniania warunków, których sposób dokonania oceny zgodnie z art. 22 ust. 3 pzp musi być zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający powołał się na to, e jego zdanie w przedmiotowej sprawie znajduje mocne wsparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Według Zamawiającego w wyroku z dnia 14 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1029/08) Izba potwierdziła konieczność prowadzenia testów akceptacyjnych, stanowiących w istocie rzeczy procedurę oceny technicznej ofert przed wyborem oferty, w odniesieniu do wszystkich zło onych ofert: *Izba wskazuje, i konieczne jest zachowanie równego traktowania wykonawców w taki sposób, aby weryfikacja ofert pod kątem zdolności współpracy zaoferowanych urządzeń z u ytkowanym przez Zamawiającego systemem,*

dokonywana była w stosunku do wszystkich ofert składanych w postępowaniu w toku ich badania, a więc przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Z kolei zdaniem Zamawiającego w wyroku z 28 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1117/13) Izba ponownie potwierdziła konieczność prowadzenia testów w odniesieniu do ofert równoważnych oraz konieczność wprowadzenia do SIWZ konkretnego, jednakowego dla wszystkich programu testów. Izba wskazała na kompromisowy charakter takiego rozwiązania jednakże uznała słuszność jego zastosowania: (...) *brak jest przeszkód, aby owe testy – będące swoistymi próbkami – przewidzianymi przez Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może używać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) odbyły się na właściwym etapie postępowania przetargowego. Izba wskazuje, że nie może na wybiórco odczytywać postanowień Rozdz. XVII SIWZ w oderwaniu od postanowień z Rozdz. I pkt 1.4.2 SIWZ. Jednakże, wychodząc naprzeciw uwarunkowaniom ekonomicznym istniejącym u Zamawiającego, tudzież zdając sobie sprawę z jego potrzeb, Izba nakazuje rozwiązanie kompromisowe i dokonanie stosownej modyfikacji postanowień SIWZ, tak aby wymagane przez Zamawiającego testy były przeprowadzone w ramach badania i oceny złożonych ofert, w odniesieniu do ofert zawierających sprzęt równoważny na koszt Wykonawcy. Niniejsze zminimalizuje koszty u Zamawiającego, a ewentualny koszt z tym związany, a ukryty w cenie oferty de facto zostanie ograniczony – ewentualnie do wybranej oferty. W następnej kolejności, odnośnie programów testów, Izba uznaje prawo Zamawiającego do określenia opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymiernymi potrzebami, przy czym nakazuje jako konsekwencje uwzględnienia wcześniejszego zarzutu, zamieszczenie programu testów w SIWZ. Należy wskazać ponownie, że chodzi o sprzęt równoważny dotychczas nieeksploatowany w Siłach Zbrojnych RP, których celem jest sprawdzenie zachowania kompatybilności, uzupełniania oraz naprzemiennej pracy z obecnie*

15

Sygn. akt KIO 2015/13

eksploatowanymi urządzeniami (...) Właściwym jest, w ocenie Izby, przygotowanie programu testów (...) Zamawiający musi wziąć pod uwagę kwestię zasadniczą, tj. kompatybilności, uzupełniania oraz naprzemiennej pracy. Implikuje powyższe, że Zamawiający musi określić program testów zawierający co najmniej niezbędne minimum określające, co będzie podlegać ocenie podczas testów, tzn. jaki poziom kompatybilności, uzupełniania ze sprzętem eksploatowanym oraz naprzemiennej pracy jest przez Zamawiającego oczekiwany względem Wykonawcy, który dostarczy sprzęt równoważny dotychczas nieeksploatowany (...) Inaczej mówiąc Zamawiający musi określić minimalne ramy, które będą porównawczo testowane w sprzęcie równoważnym dotychczas nieeksploatowanym w Siłach Zbrojnych RP, z określeniem oczekiwanego poziomu, którego osiągnięcie pozwoli na uznanie sprzętu za wystarczająco kompatybilny oraz spełniający wymóg uzupełniania oraz naprzemiennej pracy.

Zamawiający podsumował, że w adnej z powyższych spraw Izba nie wskazała na konieczność złożenia aparatury i sprzętu do testowania wraz z ofertą. Krajowa Izba Odwoławcza wykazała zrozumienie dla słuszych interesów zamawiających, którzy powinni prowadzić badanie i ocenę ofert w sposób prowadzący do wyboru najkorzystniejszej oferty obejmującej sprzęt techniczny i aparaturę zdolne do współpracy z istniejącymi już u zamawiającego systemami. Dopuszcza także dostosowanie rozwiązań proceduralnych do realiów konkretnych spraw, pod warunkiem równego traktowania wykonawców przez: prowadzenie testów wobec wszystkich ofert lub wobec wszystkich ofert równoważnych, umiejscowienie testów w procedurze badania i oceny ofert oraz umieszczenie w SIWZ programu testów. W ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie uczynił zadość wszystkim tym wytycznym.

Zamawiający poinformował, że zamieścił informację o wniesieniu odwołania oraz kopię odwołania na swojej stronie internetowej oraz przekazał kopię odwołania wykonawcom, którzy dotychczas ujawnili zainteresowanie ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Poniewa odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających,

16

Sygn. akt KIO 2015/13

e odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Izba zważyła, e odrzucenie odwołania może być wyłącznie w sytuacji, gdy w stosunku do każdego z zawartych w nim zarzutów zachodzi co najmniej jedna z przesłanek enumeratywnie wyliczonych w pkt 1-7 ust. 2 art. 189 pzp. Innymi słowy odrzucenie zawsze musi dotyczyć niepodzielnie całego odwołania, nawet jeżeli w przypadku poszczególnych zarzutów mogą zachodzić różne podstawy prawne wynikające z art. 189 ust. 2 pzp. Jednakże brak podstaw do odrzucenia odwołania w całości nie oznacza, e merytorycznemu rozpoznaniu podlegają zarzuty, w stosunku do których zachodzą przesłanki opisane w art. 189 ust. 2 pzp. Natomiast ponieważ nie ma możliwości częściowego odrzucenia odwołania, zarzuty te należy pozostawić bez rozpoznania, stosując odpowiednio art. 189 ust. 2 i 4 pzp.

W rozstrzyganej sprawie Izba stwierdziła, e zawarte w odpowiedzi na odwołanie stanowisko – co do podniesienia po terminie wszystkich, z wyjątkiem jednego, zarzutów odwołania – jest słuszne, gdy znajduje oparcie w ustalonym stanie rzeczy odnośnie postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący pominął bowiem w odwołaniu istotną okoliczność faktyczną, e postanowienia s.i.w.z. objęte zarzutami zawartymi w pkt 3, 4 i 6 uzasadnienia odwołania nie uległy żadnej zmianie na skutek modyfikacji s.i.w.z. z 9 sierpnia 2013 r. W stosunku do poprzednio obowiązującego opisu przedmiotu zamówienia nie uległo zmianie nie tylko brzmienie tych postanowień, ale nawet kolejność i umiejscowienie w załączniku nr 1 do s.i.w.z. (nie licząc przesunięcia stron wynikłego z dodania na początku załącznika postanowień związanych z testami akceptacyjnymi). Przy czym postanowienia objęte zarzutami z pkt 3 i 6 uzasadnienia odwołania nie uległy zmianie w stosunku do pierwotnego brzmienia z maja 2013 r., natomiast brzmienie postanowień objętych zarzutami z pkt 4 uzasadnienia odwołania zostało ustalone na skutek modyfikacji treści s.i.w.z. z 2 lipca 2013 r. Z tego względu akcentowane przez Odwołującego anulowanie dotychczasowego załącznika i wprowadzenie w jego miejsce nowego, choć rzeczywiście miało miejsce 9 sierpnia 2013 r., należy rozpatrywać jako swoiste ogłoszenie tekstu jednolitego opisu przedmiotu zamówienia, w związku z wprowadzonymi do niego zmianami, które nastąpiły jednak w innych postanowieniach. Natomiast opis przedmiotu zamówienia w zakresie postanowień zacytowanych w pkt 3, 4 i 6 uzasadnienia odwołania zarówno przed 9 sierpnia 2013 r., jak i po tej dacie pozostał niezmienny. W konsekwencji zarzuty zawarte w pkt 3, 4 i 6 uzasadnienia odwołania należy uznać za niepodlegające rozpatrzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, gdy podniesione z przekroczeniem 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp {zarzuty z pkt 3 i 6 uzasadnienia odwołania} lub art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp {zarzuty z pkt 4 uzasadnienia odwołania}. Ponadto

17

Sygn. akt KIO 2015/13

nie sposób nie zauważyć, e postanowienia objęte pkt 4 uzasadnienia odwołania zostały wprowadzone modyfikacją treści s.i.w.z. z 2 lipca 2013 r. dokładnie w takim brzmieniu, jakiego domagał się Odwołujący w poprzednio wniesionym odwołaniu z 10 czerwca 2013 r., które zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego. Paradoks ten wynika z tego,

e Odwołujący „na raty” skarży pojedyncze elementy tych samych postanowień, a poprzednio przedmiotem zarzutów było wymaganie integrowania ramienia anteny z nadajnikiem, które zostało zniesione. Tym bardziej potwierdza to, e Odwołujący mógł

w zakresie pkt 1 i powinien w poprzednio

wniesionym odwołaniu {o analogicznej treści uzasadnienia} kwestionować wszystkie elementy tych postanowień.

Odmienne przedstawia się sytuacja z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia objętymi zarzutami zawartymi w pkt 5 uzasadnienia odwołania, gdy zostały one

wprowadzone do treści załącznika nr 1 do s.i.w.z. właśnie na skutek modyfikacji z 9 sierpnia 2013 r. Izba nie uznała za zasadne zmodyfikowanego stanowiska przez Zamawiającego, który podniósł na posiedzeniu, a równie w tym zakresie odwołanie zostało wniesione po terminie, gdy o wprowadzeniu testów akceptacyjnych mo na było powziąć wiedzę ju podczas zebrania wykonawców, które odbyło się w Krakowie 3 lipca 2013 r. Izba ustaliła na podstawie notatki z tego spotkania, e istotnie Zamawiający poinformował wykonawców o zamiarze wprowadzenia testów akceptacyjnych, a tak e zasięgał ich opinii w tym zakresie. Jednak e w oczywisty sposób zapowiedź i konsultowanie kształtu przyszłych postanowień, to jest czynności poprzedzające wprowadzenie ich w określonym brzmieniu, są bez znaczenia z punktu widzenia rozpatrywania zarzutów odwołania od postanowień s.i.w.z., które zaczęły obowiązywać dopiero od 9 sierpnia 2013 r.

Z powy szych względów Izba na posiedzeniu z udziałem Stron postanowiła o skierowaniu do merytorycznego rozpoznania na rozprawie odwołania wyłącznie w zakresie zarzutów objętych pkt 5 uzasadnienia odwołania.

Podczas rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje stanowiska wyra one w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a tak e wyra one ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole i w zło onym przez Odwołującego na rozprawie piśmie – Izba ustaliła i zwa yła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja

18

Sygn. akt KIO 2015/13

do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz mo e ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie mo e się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp mogą nara ać na szkodę Odwołującego, skoro zarzucił, e ich utrzymanie uniemo liwia mu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została równie przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami i zmianami, poprzednio wniesionego odwołania przez Odwołującego, notatki z zebrania wykonawców, a tak e z protokołu postępowania,

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, e odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności zawarte w pkt 5 uzasadnienia odwołania nie wskazują na naruszenie przez Zamawiającego art. 7, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5, 6 i 13, ustawy pzp – w związku z wprowadzeniem obowiązku dostarczenia przez wykonawcę składającego ofertę jednego kompletu sprzętu stanowiącego przedmiot oferty w celu jego przetestowania, czyli wprowadzenia tzw. testów akceptacyjnych.

Na wstępie nale y odnotować, e ponieważ w odwołaniu nie przedstawiono jakichkolwiek okoliczności związanych z naruszeniem art. 29 ust. 1 pzp, *de facto* odwołanie nie zawiera w tym zakresie zarzutu. Analogiczna sytuacja dotyczy art. 7 pzp, gdy poza wymieniem tej ogólnej jednostki redakcyjnej na wstępie odwołania, pkt 5 uzasadnienia w aden sposób nie precyzuje zarzutu naruszenia art. 7 w związku z wprowadzeniem testów akceptacyjnych. Z kolei za bezprzedmiotowe nale y uznać zarzuty naruszenia pkt 5, 6 i 13 ust. 1 art. 36 pzp, który reguluje obligatoryjną zawartość s.i.w.z. Po pierwsze – ponieważ testy akceptacyjne nie stanowią warunków udziału w postępowaniu, gdy nie dotyczą

posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, ani posiadania wiedzy i doświadczenia, ani dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, ani wreszcie sytuacji ekonomicznej

19

Sygn. akt KIO 2015/13

i finansowej, czyli warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1 - 4 pzp, dla których wymagane jest podanie opisu sposobu dokonania oceny ich spełniania według reguł opisanych w ust. 3 - 5 art. 22 pzp. Odwołanie jest w tym zakresie niespójne, gdy w innym miejscu klasyfikuje wymóg dostarczenia sprzętu do testów jako załączanie próbek, czyli dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Tymczasem art. 25 ust. 1 odróżnia te dokumenty z pkt 2 od dokumentów potwierdzających spełnianie powyżej wspomnianych warunków udziału w postępowaniu, do których odnosi się w pkt 1. Po drugie – w odwołaniu nie sprecyzowano w jaki sposób wprowadzenie testów akceptacyjnych miałoby naruszać obowiązek podania kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert. Odwołanie zawiera wręcz – zgodną z rzeczywistym stanem rzeczy – konstatację, że zgodnie z rozdziałem XIII s.i.w.z. cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący adekwatnie ponadto zauważył, że samo

e na ich podstawie Zamawiający określił „testy akceptacyjne”

wskazuje na to,

zweryfikuje, czy oferowany sprzęt spełnia wymagania techniczne opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący w ten sposób sam sobie odpowiedział na podnoszoną w innym miejscu wątpliwość co do skutku negatywnego wyniku testów dla losów oferty. Stwierdzenie niezgodności przedmiotu oferty z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia stanowi przecie klasyczny przypadek ziszczenia się przesłanki, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Z tego względu niezrozumiała jest konkluzja Odwołującego, że skoro jedynym kryterium oceny ofert jest cena, negatywny wynik testów akceptacyjnych nie może być podstawą do odrzucenia oferty. Odwołujący nie wskazał żadnych przepisów, na których miałyby się opierać takie zależności pomiędzy wyłącznie cenowym kryterium oceny ofert a możliwością odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.

Przeważająca część pkt 5 uzasadnienia odwołania poświęcona została wykazaniu, że załączanie do testów jednego kompletu sprzętu objętego ofertą nie stanowi w świetle art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp prawidłowego załączania próbek w rozumieniu pkt 1 ust. 1 § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdy, po pierwsze – sprzęt nie musi być złożony wraz z ofertą, a w ciągu 90 dni od upływu terminu składania ofert, po drugie – nie zostało to uregulowane w części rozdziału V poświęconej dokumentom załączanym na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego, obok załączanych dokumentów potwierdzających wdrożenie systemu zarządzania jakością oraz katalogów, opisów i fotografii opisujących przedmiot oferty, po trzecie – narządy wykonawców na nadmierne koszty z uwagi na konieczność zatrzymania przez Zamawiającego próbek jako załączników do protokołu postępowania przez okres 4 lat, zgodnie z art. 96 ust. 2 w zw. z art.

20

Sygn. akt KIO 2015/13

97 ust. 1 pzp. W ocenie liczby powyższych zarzutów są niezasadne, ściślej rzecz biorąc, bezprzedmiotowe, gdy załączanie do testów jednego kompletu sprzętu stanowiącego przedmiot oferty do testów akceptacyjnych nie stanowi *stricto* załączania próbek w rozumieniu przywołanych powyżej przepisów. Co więcej, Odwołujący doskonale musiał sobie z tego zdawać sprawę sporządzając odwołanie, gdy przywołane przez niego w pkt 5 uzasadnienia argumenty stanowią powielenie odpowiednio dobranych fragmentów zamieszczonej na portalu internetowym Urzędu Zamówień Publicznych {www.uzp.gov.pl} opinii prawnej pt. *Niedopuszczalność zwrotu próbek załączonych do oferty wybranego wykonawcy*. Odwołujący w – w związku pominął oczywiście fragment, którym UZP zaleca z niedogodnościami związanymi z próbkami o dużej wartości, których w przypadku wybranego wykonawcy nie można zwrócić nawet po wykonaniu przez niego umowy –

co następuje: *Jednocześnie, biorąc pod uwagę konsekwencje ekonomiczne i finansowe na jakie mogą zostać narażeni wykonawcy w związku z koniecznością złożenia próbek oferowanych towarów, w szczególności w przypadku dóbr charakteryzujących się znaczną wartością, zasadnym wydaje się rozważenie możliwości rezygnacji z gładania próbek na rzecz przeprowadzenia przez wykonawcę prezentacji oferowanych towarów. W takim przypadku wszelkie informacje dotyczące konieczności zademonstrowania przedmiotu oferty, zamawiający powinien zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym przepisy ustawy Pzp ani aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie nie sprzeciwiają się, aby zamawiający określił pod jakim kątem ma zostać przeprowadzona demonstracja oraz jakie cechy przedmiotu zamówienia mają zostać zaprezentowane. Jednocześnie, w celu zapewnienia transparentności procedury oraz realizacji zasady pisemności zasadnym wydaje się obowiązek sporządzenia protokołu dokumentującego przebieg powyższych czynności. Zawarte w odwołaniu okoliczności wręcz potwierdzają, że przeprowadzenie testów akceptacyjnych oferowanego sprzętu stanowi tego rodzaju prezentację jego poprawnego działania. Właśnie dlatego nie zostało to uregulowane wśród innych dokumentów załączanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego, a dodatkowo – w przeciwieństwie do tych dokumentów – komplet sprzętu przeznaczony do testowania nie musi być złożony wraz z ofertą przed upływem terminu składania ofert. Ponadto Odwołujący przemilczał okoliczność potwierdzenia przez Zamawiającego w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 9 sierpnia 2013 r., że jeżeli do testów zostanie przedstawione nowe urządzenie, będzie ono mogło być później dostarczone przy realizacji zamówienia {odpowiedź na pytanie nr 21 z grupy pytań dotyczących serwisu}. Gdyby była to próbka nie byłoby takiej możliwości. Natomiast odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności podważających konieczność przeprowadzenia testów akceptacyjnych z uwagi*

21

Sygn. akt KIO 2015/13

na specyfikę przedmiotu zamówienia, czy też kwestionujących procedurę ich przeprowadzenia, opisaną przez Zamawiającego w nowo wprowadzonym 9 sierpnia 2013 r. załączniku nr 8 do s.i.w.z. W odwołaniu ledwo wspomniano o istnieniu takiego załącznika – wyłącznie w gładaniu jego usunięcia. Z tego względu złożone na rozprawie pismo zmierzające do wykazania braku celowości przeprowadzania testów sprzętu należy uznać za niedopuszczalną próbę rozszerzenia na rozprawie sporu ponad zarzuty objęte odwołaniem. Nie ma przy tym znaczenia, że Zamawiający uznał za celowe przedstawienie w odpowiedzi na odwołanie merytorycznego uzasadnienia dla konieczności wprowadzenia testów akceptacyjnych. Zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W konsekwencji negatywnego rozstrzygnięcia powyższych zarzutów za niezasadny należy również uznać sformułowany – jako ich podsumowanie, bez wskazania odrębnych okoliczności uzasadniających – zarzut, że w związku z wprowadzeniem testów akceptacyjnych postępowanie obciążone będzie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie zostało to w adekwatny sposób wykazane przez Odwołującego. Podobnie Odwołujący bezskutecznie domaga się nakazania przesunięcia terminu składania i otwarcia ofert, gdy gładanie to zostało oparte wyłącznie na ogólnikowym powołaniu się na duży zakres zmian wprowadzonych do opisu przedmiotu zamówienia. Tymczasem większość postanowień objętych zarzutami odwołania nie została wcale zmieniona, natomiast nie wiadomo z jakiego powodu wprowadzenie testów akceptacyjnych miało by uzasadniać takie gładanie, gdy odwołanie milczy na ten temat.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis

oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: