

WYROK
z dnia 5 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2012 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "MWM" Sp. z o.o., Alphatec Communication Sp. z o.o., Symetra - W Wielogórski, Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek, ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław.**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: "MWM" Sp. z o.o., Alphatec Communication Sp. z o.o., Symetra - W Wielogórski, Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek, ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: "MWM" Sp. z o.o., Alphatec Communication Sp. z o.o., Symetra - W Wielogórski, Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek, ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Konsorcjum: "MWM" Sp. z o.o., Alphatec Communication Sp. z o.o., Symetra - W Wielogórski, Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek, ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice na rzecz Gminy Wrocław - Urząd Miejski

Wrocławia, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław kwotę **2 000 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Wrocław -Urząd Miasta Wrocławia ul. Kromera 44, 51-163 Wrocław , zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn „Budowa monitoringu prewencyjnego jako elementu polityki poprawy bezpieczeństwa na Obszarze Wsparcia”

Zamawiający informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty PHU Telsat Grzegorz Kawka przekazał wykonawcy –konsorcjum firm: 1) „MWM” Sp. z o.o.44-100 Gliwice ul. Grottgera 35- lider konsorcjum 2) Alphatec Communication Sp. z o.o. 58-500 Jelenia Góra ul. Morcinka 33a 3) Symetra - W Wielogórski 28-100 Busko Zdrój ul. Kilińskiego 16 4) Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek 34-120 Andrychów, ul S.Batorego 35, zwanych dalej „Odwołującym”, w formie faksu w dniu 14 maja 2012.

Konsorcjum to wniosło odwołanie od ww. czynności i ustaleń Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty PHU Telsat Grzegorz Kawka (dalej TELSAT) jako niezgodnej z zapisami SIWZ i przepisami ustawy,
- zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia oferenta PHU Telsat Grzegorz Kawka z postępowania
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty PHU Telsat Grzegorz Kawka z naruszeniem przepisów ustawy.

Uszczegóławiając zarzucane Zamawiającemu czynności, Odwołujący sformułował w uzasadnieniu odwołania następującą treść dwóch zarzutów:

I. oferowanie przez Telsat urządzeń, które zostały wycofane przez producenta ze sprzedaży przed terminem składania ofert - kamery PTZ AutoDome serii 500i produkcji BOSCH oraz klimatyzatorów LG ART COOL C12AH

II. oferowana przez TELSAT macierze dyskowe typu Tel-iSCSI nie były testowane przez producenta oprogramowania działającego obecnie w systemie monitoringu wizyjnego miasta Wrocław - Bosch VRM/BVMS i nie gwarantują pełnej kompatybilności z działającym systemem.

Odwołujący stwierdził że w/w czynności Zamawiającego naruszają przepisy Ustawy, a mianowicie

- art. 7 ust. 3 ustawy nakazującego udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;

- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty PHU TELSAT Grzegorz Kawka z powodu niezgodności z ustawą
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty PHU TELSAT Grzegorz Kawka z powodu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

Wskazując na powyższe naruszenia przepisów ustawy Pzp wniósł, o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem faktu, że oferta PHU Telsat Grzegorz Kawka podlega odrzuceniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał iż w zakresie zarzutu oznaczonego nr I Zamawiający określił w SIWZ, aby sprzęt użyty do wykonania całości zamówienia był:

- a) był sprzętem nowym, nie używanym wcześniej w innych projektach,
- b) posiadał świadczenia gwarancyjne oparte na gwarancji świadczonej przez producenta sprzętu,
- c) był sprzętem zakupionym w oficjalnym kanale sprzedaży producenta, co zgodnie z punktem a) i b) oznacza, że będzie on sprzętem nowym i posiadającym stosowny pakiet usług gwarancyjnych kierowanych do użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej.

Tymczasem zgodnie z oficjalną informacją producenta sprzętu (komunikat o Wycofaniu z oferty) oferowana kamera PTZ BOSCH AutoDome VG4 serii 500i została wycofana ze sprzedaży od dnia 20 października 2011 - czyli prawie 5 miesięcy przed terminem składania ofert. Od tego czasu kamera nie jest dostępna w oficjalnym kanale sprzedaży firmy BOSCH. Tak więc w terminie składania ofert nie było możliwe dostarczenie kamer VG4 serii 500i, spełniających powyżej przywołane wymagania SIWZ.

Wskazał również, że kamery PTZ BOSCH AutoDome VG4 serii 500i są objęte na terenie RP pakietem usług gwarancyjnych producenta przez okres 36 miesięcy od daty zakupu, dlatego też nawet gdyby przyjąć teoretyczną możliwość, że oferent TELSAT zakupił większą ilość kamer przed datą zaprzestania ich produkcji, to kamery takie utracą gwarancje producenta najpóźniej w dniu 21 października 2014.

Zamawiający tymczasem wymagał objęcia kamer gwarancją producenta przez okres 36 miesięcy od daty odbioru końcowego czyli minimum do września 2015r.

Za nierealne uznał, aby TELSAT lub jego dostawcy zakupili wystarczającą ilość kamer VG4 przed datą zaprzestania ich sprzedaży. Jeżeli TELSAT jest jednak w posiadaniu odpowiedniej ilości kamer to należałoby uznać, że musiały być one zakupione w celu wykorzystania w innym projekcie, którego TELSAT z jakichś przyczyn nie zrealizował. Ponadto zakupione musiały być na długo przed zaprzestaniem sprzedaży kamer VG4, bo

trudno uznać za realne i sensowne kupowanie dużej ilości wycofywanych z produkcji kamer kiedy już za kilka dni w tej samej cenie można zakupić kamery nowszej generacji.

Biorąc to pod uwagę powyższe wskazał, że na podstawie wybranej oferty nie może zostać zawarta ważna umowa o udzielenie zamówienia, gdyż miałyby ona cechy umowy o świadczenie niemożliwe - oferent TELSAT nie może spełnić świadczenia które oferował, gdyż oferowane kamery PTZ de facto nie istnieją.

Stwierdził, że zgodnie z art. 387 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

W przedmiotowym stanie faktycznym ma miejsce niemożliwość pierwotna świadczenia, a więc niemożliwość istniejąca w chwili zawarcia umowy. Uprzednia obiektywna niemożliwość świadczenia oznacza stan niewykonalności świadczenia, który istnieje już w chwili zawarcia umowy. Jest to zatem nieważność bezwzględna, wynikająca z mocy prawa. Ponadto podniósł, że podobna sytuacja jak w przypadku kamer ma miejsce odnośnie zaoferowanych przez TELSAT klimatyzatorów produkcji LG, które zostały wycofane z oferty producenta w roku 2011. Zawarty w ofercie PHU TELSAT Grzegorz Kawka klimatyzator produkcji LG typ ART COOL C12AH został wycofany ze sprzedaży około 3 lat temu. Tak więc ofertę PHU TELSAT również w tym zakresie należy uznać za niezgodną z SIWZ, a ewentualne podpisanie umowy musiałoby skutkować jej nieważnością

W zakresie zarzutu II wskazał, że Zamawiający wymagał aby oferowany w niniejszym postępowaniu system (czyli wszystkie tworzące go elementy) był w pełni kompatybilny z działającym systemem monitoringu zrealizowanym w Etapie I i Etapie III. Działający obecnie system obejmuje oprogramowanie zarządzające VRM/BVMS produkcji firmy Bosch, który odpowiedzialny jest za przeprowadzanie operacji zapisu danych wizyjnych na macierzach dyskowych.

Tymczasem z oświadczenie firmy BOSCH z dnia 23 maja 2012 wynika, że oferowane przez TELSAT macierze dyskowe nie są kompatybilne z systemem BVMS - brak ich na liście urządzeń kompatybilnych.

Tym samym zarzucił, że w zakresie macierzy dyskowych zostały zaoferowane urządzenia niespełniające wymogów SIWZ i w związku z tym oferta powinna ulec odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i podniósł iż Zamawiający w wyniku wyjaśnień treści SIWZ sprecyzował wymóg aby sprzęt do wykonania całości zamówienia był fabrycznie nowy i wyprodukowany nie wcześniej niż w 2011 roku.

Odnosnie kamer Zamawiający w załączniku nr 2 w rozdz. VII na str 72 wskazał przykładowo urządzenia, które spełniają w tym zakresie wymagania Zamawiającego. Wśród wykazu tych urządzeń katalogowych jest karta katalogowa kamery która została zaoferowana przez wykonawcę TELESAT. Tym samym brak jest podstaw do

kwestionowania tych kamer jako niespełniających wymagań Zamawiającego. Wskazał, że podnoszony przez Odwołującego zarzut jakoby kamery te zostały wycofane ze sprzedaży jest informacją nieudowodnioną, gdyż informacja ta pochodzi tylko od jednego z dystrybutorów producenta kamer. Nawet fakt wycofania kamer ze sprzedaży, jak twierdzi Odwołujący nie powoduje niezgodności w tym zakresie treści oferty z postanowieniami SIWZ gdyż Zamawiający dopuścił zaoferowanie urządzeń wyprodukowanych w całym 2011 roku, a wg. informacji Odwołującego wycofanie kamer z oficjalnego kanału dystrybucji firmy Bosch nastąpiło z dniem 21 października 2011 roku.

Niezasadny zdaniem Zamawiającego jest również zarzut iż zaoferowane przez wykonawcę urządzenia nie będą objęte wymaganym okresem 36 miesięcznej gwarancji. Wykonwca TELESAT w złożonym oświadczeniu zapewnił udzielenie na oferowane urządzenia 36 miesięcznej gwarancji i Zamawiający nie ma podstaw aby na obecnym etapie takie oświadczenie kwestionował.

W zakresie oferowanych przez wykonawcę TELESAT klimatyzatorów Zamawiający jest zdania, że dowody przedstawione w tej kwestii przez Odwołującego nie mogą stanowić podstawy dla Zamawiającego do uznania złożonej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Stanowisko Odwołującego w tej kwestii jest sprzeczne gdyż najpierw informuje, że przedmiotowe klimatyzatory zostały wycofane ze sprzedaży około 3 lata temu, a następnie wskazuje, że zostały wycofane z oferty producenta w 2011r. Zamawiający ponadto poddaje w wątpliwość takie stanowisko Odwołującego gdyż na stronach internetowych różnych dystrybutorów można jeszcze obecnie odnaleźć oferty sprzedaży, zaoferowanych przez TELESAT klimatyzatorów. Przedstawiony na tą okoliczność przez Odwołującego jako dowód wyciąg z poczty e-mailowej nie jest dokumentem który dowodzi prawdziwości tez stawianych w odwołaniu.

W zakresie zarzutu drugiego Zamawiający stwierdził, że w żadnym miejscu SIWZ nie wymagał przedstawienia przez wykonawców składających oferty oświadczeń producentów sprzętu o kompatybilności oferowanych urządzeń z systemem monitoringu BVMS, a tylko wskazał, że oferowany system musi być w pełni kompatybilny z działającym systemem monitoringu realizowanym w Etapie I i III. Zapewnienie tej kompatybilności jest zadaniem wykonawcy w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, a jest to inna okoliczność niż twierdzi Odwołujący, że kompatybilność winna być już wskazana w ofercie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy oraz przedłożone w trakcie rozprawy dokumenty, ustaliła co następuje.

Odwołanie jest niezasadne, gdyż twierdzenia Odwołującego, pozostały bez wskazanych na ich potwierdzenie dowodów. Dlatego też odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż uwzględnienie odwołania może spowodować wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca P.H.U. TELSAT Grzegorz Kawka, ul. Jana Dąbskiego 1A, 72-300 Gryfice. Jednakże ze względu na niewykazanie przesłania kopii przystąpienia Odwołującemu, który podniósł zarzut w tym zakresie, Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego.

Stan faktyczny sprawy został w pełni przedstawiony przez strony i nie wymagał potrzeby dalszych ustaleń w tym zakresie. Tym samym za podstawę orzekania został przyjęty przez Izbę stan faktyczny wykazany przez strony.

W zakresie niezgodności z SIWZ zaoferowanych w ofercie kamer, Izba stwierdza, że Zamawiający wymagał aby oferowany sprzęt był sprzętem zakupionym w oficjalnym kanale sprzedaży producenta oraz posiadał świadczenia gwarancyjne oparte na gwarancji świadczonej przez producenta sprzętu. Odwołujący zasadność podniesionego zarzutu opierał na piśmie Firmy R. Bosch sp. z o.o z 23 maja 2011 roku w którym to forma Bosch oświadczyła, że kamery AutoDome 4 generacji o wskazanych modelach zostały wycofane z oferty sprzedaży w dniu 21 października 2011 roku oraz, że na tego typu kamery udzielana jest (była) 3 letnia (36 miesięcy) gwarancja producenta rozpoczynająca się od daty ich sprzedaży.

Zdaniem Izby niezasadne jest twierdzenie Odwołującego jakoby wycofanie tych kamer z oferty firmy Robert Bosch mającej siedzibę w Warszawie, pozbawiało wykonawcę możliwości ich zakupu u innego polskiego dystrybutora, czy od dystrybutora mającego siedzibę za granicą RP. Zamawiający nie zakazał zakupu sprzętu u zagranicznych dystrybutorów, a ponadto nie zakazał zakupu u innych dystrybutorów niż w firmie Bosch.

Z pisma firmy Bosch wynika tylko to, że kamery te zostały wycofane z jego oferty handlowej, co wcale nie musi oznaczać wstrzymania ich produkcji i możliwości ich nabycia od innych dystrybutorów, czego Odwołujący w żaden sposób nie wykazał.

Niezasadne również jest zdaniem Izby, twierdzenie Odwołującego jakoby wycofanie tych kamer z oferty handlowej firmy Bosch sp. z o.o. powodowało, że ewentualnie zamontowane

przez wykonawcę będą mogły być objęte tylko gwarancją maksymalnie do dnia 21 października 2014- czyli nie dłużej przez okres 36 miesięcy od daty ich wycofania ze sprzedaży przez dystrybutora Bosch sp. z o.o..

Zasadne zdaniem Izby, jest stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, że postawił w SIWZ warunek dotyczący gwarancji, który należy interpretować w ten sposób, aby sprzęt był objęty świadczeniem gwarancyjnym wykonawcy zamówienia, a zakres tej gwarancji odpowiadał zakresowi gwarancji świadczonej przez producenta sprzętu.

Postanowienie wymogu w SIWZ o *świadczeniu gwarancyjnym opartym na gwarancji świadczonej przez producenta* nie może być utożsamiane z gwarancją producenta. Inne rozumowanie tego postanowienia SIWZ w świetle ww. pisma firmy Bosch byłoby nielogiczne i w świetle procesu wykonania zamówienia nierealne, gdyż powodowałoby sytuacje, że wykonawca aby zapewnić 36 miesięczny okres gwarancji musiałby w dniu zakupu kamer dokonać ich instalacji i oddania Zamawiającemu przedmiotu zamówienia do eksploatacji, gdyż zgodnie z wymogiem SIWZ okres gwarancji biegnie od daty końcowego odbioru wykonania zamówienia.

Stwierdzić należy również, że wykonawca TELESAT złożył w zakresie gwarancji właściwe stosowne oświadczenie iż *„Udzielę 36 miesięcznej gwarancji na dostarczony i wbudowany sprzęt, podzespoły, urządzenia i Inne przedmioty dostarczone w ramach przedmiotu zamówienia, a także na wykonane roboty - zgodnie z postanowieniami zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”*. Tym samym Izba nie stwierdza niezgodności tej części oferty wykonawcy TELESAT z odpowiednimi postanowieniami SIWZ.

Izba odnosząc się do podniesionego zarzutu dotyczącego oferowanych przez PHU TELESAT klimatyzatorów, Izba stwierdza, że zarzut ten jest niezasadny, a w szczególności nie udowodniony. Dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci wydruku korespondencji e-mailowej nie mogą stanowić podstawy dla uznania zarzutu i uznania w tym zakresie oferty TELESAT jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący na poparcie tego zarzutu wskazał, że według otrzymanej informacji od dystrybutora przedmiotowych klimatyzatorów zostały one wycofane ze sprzedaży około 3 lata temu i zostały wycofane z oferty producenta w 2011 r,

Przywołane określenie, że te klimatyzatory są nie sprzedawane „jakieś 3 lata” nie stanowi dowodu że wymóg Zamawiającego o wyprodukowaniu sprzętu nie wcześniej niż w 2011 r. został naruszony. W zakresie okresu gwarancji, ustalenia i stanowisko Izby co do zasad objęcia gwarancją ww. kamer jest w pełni aktualne do przedmiotowych klimatyzatorów.

Izba stwierdza, że zasadność tego zarzutu nie została w jakikolwiek sposób wykazana. Ponadto Izba wskazuje, że wielokrotnie w swoich orzeczeniach stwierdzała, że dowody przedstawione przez strony postępowania stanowią źródło poznania stanu faktycznego przez Izbę. Dlatego też informacje zamieszczone w Internecie nie mają cech dokumentu

mogącego stanowić dowód w oparciu o którego treść, Izba może uwzględnić zarzut. Wynika to między innymi z następujących przyczyn. Po pierwsze, treści zawarte w Internecie nie mają charakteru wyczerpującego. Zmierzają one zwykle do przedstawienia pewnych informacji w oznaczonym zakresie. Ich celem jest rozpowszechnienie wiedzy na określony temat, w taki sposób, żeby użytkownik Internetu, poszukując wiadomości w tym przedmiocie, powziął wiedzę w tym zakresie, w różnych jej aspektach. Informacje internetowe, nawet pochodzące z oficjalnej strony producenta urządzeń, nie mogą stanowić wystarczającego dowodu skutkującego obaleniem prawdziwości treści oświadczenia wykonawcy złożonego w ofercie. Nie można bowiem traktować niesprawdzonych informacji reklamowo-marketingowych zawartych w Internecie czy wykazanych w ramach zwykłej korespondencji e-mailowej, jako bardziej wiarygodnych niż oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie.

W zakresie zarzutu II dotyczącego zaoferowania przez TELSAT macierzy dyskowych, które nie są kompatybilne z systemem BVMS, Izba uznaje ten zarzut w świetle postanowień SIWZ za niezasadny. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wymagał przedstawiania przez wykonawców składających oferty oświadczeń producentów sprzętu o kompatybilności oferowanych urządzeń z systemem monitoringu BVMS, a ponadto wskazał że zapewnienie kompatybilności oferowanego sprzętu z systemem monitoringu należy do zadań wykonawcy, który będzie realizował przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, że wykonawcy nie mogli z góry zaoferować sprzętu i oprogramowania kompatybilnego ze sprzętem działającym w systemie monitoringu zrealizowanym w Etapie I i Etapie III, gdyż oprogramowanie w oparciu o które te systemy funkcjonują zostały zainstalowane dopiero w ubiegłym tygodniu, a więc po terminie zarówno składania ofert jak i wniesienia odwołania. Tym samym kompatybilność sprzętowo-systemowa wykonanych już etapów z etapem objętym przedmiotowym zamówieniem należy do zadań wykonawcy tego zamówienia. Zamawiający w postanowieniach SIWZ wymagał zaistnienia kompatybilności dopiero na etapie oddania systemu, a nie na etapie składania ofert.

Powoływanie się przez Odwołującego na pismo firmy Bosch sp. z o.o. z którego wynika, że „inne rozwiązania” macierzy iSCSI nie są kompatybilne z systemem monitoringu BVMS gdyż dotychczas nie były pod tym względem testowane jest niezasadne, gdyż nie wyklucza zdaniem Izby możliwości / po wykonaniu odpowiednich testów/ ich faktycznej kompatybilności z systemem BVMS zaoferowanej przez PHU TELSAT macierzy.

Nadto sam Odwołujący nie sformułował tego zarzutu w formie kategorycznej, jako braku kompatybilności, lecz podniósł tylko wątpliwość, że *macierze dyskowe typu Tel-iSCSI nie były testowane przez producenta oprogramowania i tym samym nie gwarantują pełnej kompatybilności z działającym systemem.*

Tym samym Izba stwierdza, że Odwołujący nie udowodnił zasadności podniesionego zarzutu.

Podsumowując powyższe ustalenia, Izba wskazuje, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sformułowania przywołanego przepisu „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Tym samym biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba nie stwierdziła wykazywanych przez Odwołującego w ramach podnoszonych zarzutów w treści odwołania, aby oferta złożona przez Przystępującego była sprzeczna z SIWZ, a tym samym, aby ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej były dokonane przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Ponadto wskazać należy, że Odwołujący żadnych bezpośrednich dowodów na poparcie swoich twierdzeń nie przedstawił. Izba stwierdziła, że przedstawione przez Odwołującego w sprawie dowody są niewystarczające dla potwierdzenia stawianego przez Odwołującego zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W okolicznościach niniejszej sprawy ciężar dowodu w tej mierze spoczywał na Odwołującym.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), czynność Zamawiającego nieodrzczenia oferty wykonawcy TELESAT, Izba uznała, że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie kosztu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego Izba przyznała częściowy zwrot kwoty wykazanej w przedłożonej fakturze, tj. w kwocie 2 tys. złotych, uznając iż przy tym zakresie postępowania jest to kwota adekwatna.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący