

Sygn. akt: KIO 1922/13

Sygn. akt: KIO 1949/13

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 08.08.2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o., EMITEL Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 17**

B. w dniu 09.08.2013 r. przez wykonawcę **Maxto Sp. z o.o. S.K.A., 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A., 42 – 500 Będzin, ul. Małobądzka 141**

przy udziale:

A. wykonawcy **Maxto Sp. z o.o. S.K.A., 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1922/13 po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o., EMITEL Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1949/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o., EMITEL Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** w sprawie o sygn. akt 1922/13,
2. uwzględnia odwołanie wykonawcy **Maxto Sp. z o.o. S.K.A., 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego przetargu, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny oferty Odwołującego w sprawie o sygn. akt 1949/13.

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o., EMITEL Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** oraz zamawiającego **Tauron Dystrybucja S.A., 42 – 500 Będzin, ul. Małobądzka 141** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o., EMITEL Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** oraz wykonawcę **Maxto Sp. z o.o. S.K.A., 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5** tytułem wpisów od odwołań.

 - 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o., EMITEL Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** na rzecz **Tauron Dystrybucja S.A., 42 – 500 Będzin, ul. Małobądzka 141** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

 - 3.3. zasądza od **Tauron Dystrybucja S.A., 42 – 500 Będzin, ul. Małobądzka 141** na rzecz wykonawcy **Maxto Sp. z o.o. S.K.A., 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w **Katowicach**.

Przewodniczący.....

Sygn. akt KIO 1922/13

Sygn. akt KIO 1949/13

Uzasadnienie

TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna, ul. Małobądzka 141, 42-500 Będzin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa radiowego, cyfrowego systemu łączności dyspozytorskiej TETRA na obszarze Oddziału Będzin” (nr postępowania: 07/ZKZ/1/2013/D).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 19 marca 2013 r., nr 2013/S 055-090807.

Pierwszy ustalony przez Zamawiającego termin składania ofert miał upłynąć w dniu 26 kwietnia 2013 r. o godzinie 9:30.

Sygn. akt 1922/13

W dniu 17 kwietnia 2013 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego PARTNERS TELCO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza17, 03-821 Warszawa oraz EMITEL sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Kamienna 21, 31-403 Kraków wniósł wadium - przekazując Zamawiającemu gwarancję przetargową z dnia 15 kwietnia 2013 r. nr 02157KTG13 ważną do dnia 30 czerwca 2013 r.

W dniu 22 kwietnia 2013 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert i wyznaczył nowy termin składania ofert na dzień 6 maja 2013 r. na godzinę 10:30.

W dniu 16 maja 2013 r. Odwołujący przesłał do Zamawiającego informację o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z aneksem do gwarancji przetargowej 02157KTG13, przedłużającym ważność złożonej gwarancji do dnia 30 września 2013 r.

Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2013 r. otrzymanym przez Odwołującego w dniu 31 lipca 2013 r. wykluczył Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp uznając, iż złożona przez Odwołującego gwarancja przetargowa nie zabezpiecza oferty w całym okresie jej obowiązywania.

Odwołujący dowiedział się o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 31 lipca 2013r.

Nie zgadzając się powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 8 sierpnia 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności niezgodnego z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej ustawa Pzp wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię tego przepisu i bezprawne wykluczenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego była zabezpieczona wadium;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W swoim odwołaniu w pierwszej kolejności wskazał, iż przepisy ustawy Pzp nie zawierają legalnej definicji wadium.

Zdaniem Odwołującego pomimo jej braku pod pojęciem tym rozumie się jednak zabezpieczenie, od wniesienia, którego Zamawiający uzależnia udział Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, wadium zabezpiecza interesy Zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana:

1. odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
2. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z

przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Powołał się także na art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że w przypadku zaistnienia którejkolwiek ze wskazanych wyżej sytuacji Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium. Wskazane przypadki zasadniczo dotyczą czynności związanych z zawarciem umowy, względnie z niemożliwością dokonania tej czynności z przyczyn, za który odpowiedzialny jest wybrany wykonawca.

Dalej wywodził, że do zawarcia umowy dochodzi na ogół w terminie związania ofertą, zatem w przypadku, gdyby w całym tym okresie oferta nie była zabezpieczona wadium, zamawiający nie mógłby skorzystać z wynikającego z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp uprawnienia, o ile zaszłyby jedna z okoliczności wskazanych w tym artykule.

Według Odwołującego powyższym celem służy także wynikające z art. 36 ust. 3 ustawy Pzp uprawnienie Zamawiającego do żądania ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Powyższe jednoznacznie wskazuje – w ocenie Odwołującego, iż celem żądania wadium jest wyłącznie funkcja zabezpieczająca, a wniesienie wadium nie jest wymogiem stricte formalnym, ale służącym określonej celowi i właśnie przez pryzmat celu powinny być interpretowane przepisy dotyczące tej instytucji Pzp.

Wyrażając powyższe przekonanie podkreślił, iż ustawodawca elastycznie traktuje formę, w jakiej powinno zostać one wniesione, dopuszczając możliwość wniesienia wadium zarówno w gotówce, jak i innych formach szczegółowo wyspecyfikowanych w pzp - pod warunkiem zachowania ciągłości wadium.

Odwołujący wyraził także pogląd, że funkcja zabezpieczająca jest możliwa do osiągnięcia jedynie pod warunkiem, iż zostanie zachowana ciągłość tego zabezpieczenia, a instytucje wadium oraz terminu związania ofertą są ze sobą immanentnie powiązane.

W swoim wywodzie powołał się także na art. 85 ust. 2 ustawy Pzp dającego podstawy Odwołującemu do przedłużenia okresu związania ofertą.

Zauważył przy tym, że sama czynności przedłużenia oferty będzie skuteczna wraz z

przedłużeniem ważności wadium, co wynika z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Według Odwołującego jest on dysponentem terminu związania ofertą i skorzystał z uprawnienia płynącego z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie można zastosować negatywnych konsekwencji dla Odwołującego z tego tytułu, że skorzystał z przysługującego mu uprawnienia.

Odwołujący nie zgodził się stanowiskiem Rzecznika Zamawiającego odnoszącym się do terminu związania ofertą i terminu ważności wadium, bez uwzględnienia kwestii, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu ofertę, którą związał się na 120 dni i wadium nieprzerwalnie ważne przez 130 dni, i że do takiego działania uprawniały Odwołującego przepisy prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego Zamawiający ponownie dokonując kontroli oferty winien mieć ww. okoliczność na względzie, bowiem unormowania określone art. 85 ust. 2 ustawy Pzp umożliwiają Odwołującemu określenie terminu związania ofertą, poprzez jej przedłużenie.

Zauważył także, że w sytuacji, gdy Odwołujący, korzysta z możliwości przedłużenia terminu związania ofertą nie ma w postępowaniu oferty ważnej przez okres 60 dni, lecz na okres dłuższy, wynikający z oświadczenia woli przedłożonego przez Odwołującego, podobna sytuacja zachodzi w odniesieniu do wadium.

Wskazał również, że instytucja związania ofertą odnosi dwojaki skutek. Do momentu upływu końcowego terminu związania chroni oblata (zamawiającego) i przyznaje mu prawo przyjęcia oferty i prawo żądania zawarcia umowy, zaś w przypadku uchylecia się składającego ofertę (wykonawcy) uprawnia oblata do zatrzymania wadium. Po upływie terminu związania ofertą instytucja ta chroni składającego ofertę, tj. daje mu prawo do uchylecia się od zawarcia umowy bez możliwości poniesienia tego negatywnych konsekwencji - nawet w przypadku przyjęcia oferty przez jej adresata i istnienia po jego stronie woli zawarcia umowy.

Nadto zwrócił uwagę, iż instytucja związania ofertą w Pzp jest ściśle powiązana z zabezpieczeniem oferty wadium, a współistnienie tych dwóch elementów oferty umożliwia Zamawiającemu ochronę jego interesów przez wyposażenie go w skuteczne ekonomiczne narzędzie sankcjonujące działania lub zaniechania wykonawcy zmierzające do pozbawienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jego zasadniczego celu, tj. zakończenia postępowania zawarciem umowy.

Zatem dla realizacji tego celu istotne jest, aby w momencie zawierania umowy istniała zgodna wola stron jej zawarcia oraz aby przed wyborem oferty najkorzystniejszej wykonawca uzewnętrznił Zamawiającemu swoją wolę - w tym również odnoszącą się do przedłużonego okresu związania.

Zaznaczył przy tym, że specyfika postępowania prowadzonego w oparciu o Pzp wymaga również, aby doszło do podpisania umowy z wykonawcą nie podlegającym wykluczeniu z postępowania, który złożył niewadliwą ofertę, jak również aby czynności podmiotu zamawiającego zmierzające do wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej były zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Dalej argumentował, że powiązanie instytucji związania ofertą z kwestią zabezpieczenia oferty wadium odnosi ten skutek, iż możliwość zatrzymania przez Zamawiającego wadium w przypadku odmowy przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, podpisania umowy stanowi sankcję ekonomiczną i tym samym stanowi skuteczne i dotkliwe finansowo narzędzie w rękach Zamawiającego mające na celu realizację uprawnień mających swoje źródło w instytucji związania ofertą.

Podniósł także, że ustawodawca dopuszcza formułę, w której wadium jest przedłużane lub dochodzi do zmiany jego formy, co wskazuje, iż ważność wniesionego wadium należy oceniać pod kątem jego ciągłości w zabezpieczeniu oferty, a nie jedynie w oparciu w termin wskazany w treści danej gwarancji, gdyż może dojść do sytuacji, w której jeden wykonawca złoży kilka dokumentów wadialnych, z których każdy będzie zabezpieczać ofertę w innym terminie, ale przez cały okres związania ofertą.

Konkludując stwierdził, iż:

- podstawową funkcją wadium jest funkcja zabezpieczająca;
- zabezpieczenie wadialne musi mieć zasadniczo charakter ciągły, nieprzerwany;
- wykonawcy składający swoje oferty muszą zabezpieczyć je wniesionym wadium przez cały okres związania ofertą.

Zdaniem Odwołującego żaden przepis ustawy Pzp nie stanowi, że zabezpieczenie wadialne musi od razu zabezpieczać całość okresu związania ofertą.

Zauważył, iż Odwołujący przedłożył aneks do gwarancji wadialnej w okresie ważności pierwotnej gwarancji, a zatem utrzymał ważność i ciągłość zabezpieczenia przez cały okres

związania ofertą.

Przyznał, że w dniu składania ofert wadium zabezpieczało ofertę, lecz nie na cały okres związania ofertą.

Jednak zaznaczył przy tym, że w okresie ważności gwarancji wadialnej Odwołujący wydłużył jej ważność w taki sposób, iż zabezpieczała ofertę do końca terminu związania ofertą.

Potwierdził, iż wykonawcy składający swoje oferty muszą zabezpieczyć je wniesionym wadium przez cały okres związania ofertą, lecz nie jest wskazane w żadnym przepisie ustawy Pzp, że zabezpieczenie wadialne musi od razu zabezpieczać całość okresu związania ofertą.

Twierdził, że spełniał przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z tego powodu, że:

1) wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert i utrzymał je przez cały okres związania ofertą - nie zachodziła w takim razie przesłanka nakazująca wykluczenie wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert;

2) Zamawiający nie wzywał do przedłużenia terminu składania ofert ani do ponownego wniesienia wadium zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp - nie zachodzi zatem przesłanka wykluczenia Odwołującego, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, ani też odwołujący nie odmówił przedłużenia terminu związania ofertą.

Podniósł, że z literalnego brzmienia ustawy Pzp wynika, iż wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wadium, lecz skutku wykluczenia nie łączy z „brakiem wniesienia wadium od razu na cały okres związania ofertą”, a jedynie używa się w ustawie terminu „wadium”.

Dokonując wykładni celowościowej wskazał, iż cel przepisu został w analizowanej sytuacji osiągnięty:

- wykonawca wniósł wadium w pełnej wysokości;
- wadium było w dyspozycji Zamawiającego w terminie składania ofert;
- ciągłość wadium została utrzymana przez cały okres związania ofertą.

Według Odwołującego bez znaczenia w takim razie pozostaje postanowienie SIWZ zgodnie, z którym „Wadium winno być wniesione na okres związania ofertą określony w pkt XIII niniejszej SIWZ” (pkt. XII, ppkt 6).

Wskazał należy, iż Zamawiający w treści SIWZ użył zwrotu „winno”, a nie słowa „musi” - według Słownika Języka Polskiego PWN (<http://sjp.pwn.pl/szukai/winno>) zwrot „winno” oznacza: jest pożądane, wskazane.

Stwierdził przy tym, iż użycie przez Zamawiającego słowa „winno” zamiast „musi” oznacza, iż Odwołujący nie był zobowiązany do wniesienia wadium na cały okres związania od razu, a jedynie złożenie takiego zabezpieczenia było wskazane.

Zastrzegł, że składa odwołanie na konkretną czynność Zamawiającego tj. wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2, zgodnie z którym Zamawiający wyklucza wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert.

Odnosząc się do zawartego w uzasadnieniu decyzji Zamawiający stwierdzenia, że: „Złożona przez w/w konsorcjum firm gwarancja przetargowa jest ważna do 30.06.2013 r., a więc nie zabezpiecza oferty w całym okresie jej obowiązywania” Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego dopiero w dniu 31.07.2013 r., podczas gdy Odwołujący w dniu 16 maja 2013 r. przesłał do Zamawiającego informację o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z aneksem do gwarancji przetargowej 02157KTG13, przedłużającym ważność tejże gwarancji do dnia 30 września 2013 r.

Zatem, według oceny Odwołującego w dniu dokonania przez Zamawiającego czynności wykluczenia dysponował on już aneksem do gwarancji wadialnej - zatem wadium zabezpieczało ofertę na cały okres związania ofertą.

W dniu 9 sierpnia 2013r.wykonawca: Maxto Sp. z o. o. S.K.A. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwany dalej Przystępującym.

Sygn. akt KIO 1949/13

Zamawiający w dniu 31 lipca 2013 r. przesłał do wykonawców faksem informację o odrzuceniu ofert, w tym oferty Odwołującego: Maxto Sp. z o. o. S.K.A.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący wniósł w dniu 9 sierpnia 2013r. odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego dotyczącej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oceny i badania ofert

oraz odrzucenia oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności, następujące przepisy:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego;

2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezprawne unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy jedna ze złożonych w postępowaniu ofert nie podlegała odrzuceniu;

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

z ostrożności;

4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego zwrócenia się do Odwołującego o przystąpienie do testów.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

5) wyboru oferty Odwołującego - jako jedynej oferty nie podlegającej odrzuceniu; z ostrożności;

6) ponownego wezwania Odwołującego do przeprowadzenia testów.

Jednocześnie twierdził, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ w wyniku uwzględnienia odwołania Odwołujący otrzyma możliwość uzyskania zamówienia, bowiem złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo, a jedynym kryterium oceny ofert jest w niniejszym postępowaniu cena.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podniósł, że Zamawiający bezprawnie i bezzasadnie odrzucił jego ofertę wskazując nie przystąpienie przez Odwołującego do testów zaproponowanych urządzeń radiowych.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego, że „brak przystąpienia do

testów uniemożliwiło sprawdzenie zaproponowanego rozwiązania, co w konsekwencji oznacza nie możliwość przyjęcia, iż zaproponowane urządzenia radiowe są zgodne z SIWZ”.

Nie zgodził również się z twierdzeniem Zamawiającego, że Odwołujący został wezwany do przeprowadzenia testów, termin testów został przesunięty oraz, że Odwołujący ostatecznie do testów nie przystąpił.

W pierwszej kolejności podkreślił, że podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego jest całkowicie niezasadna i niezgodna z okolicznościami sprawy, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się tylko do sytuacji, w której treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ i w żadnym wypadku nie może być interpretowany rozszerzająco, zaś niezgodność treści oferty z SIWZ oznacza, że zaoferowane rozwiązanie nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego lub zaoferowano niepełny zakres zamówienia. Innymi słowy treść oświadczenia Wykonawcy zawierającego zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb i wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ, jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ.

Zarzucił, że Zamawiający w szczególności nie wskazał, w jakim zakresie oferta nie odpowiada treści SIWZ, ani które jej elementy są niezgodne z jej wymaganiami, jak również Zamawiający nie stwierdził nawet, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a jedynie, że nie można stwierdzić, że jest z nią zgodna.

Z tego powodu podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego – jego zdaniem - nie znajduje oparcia w stanie faktycznym sprawy.

Wskazał, że ze złożonej przez Odwołującego oferty wynika, iż jest ona zgodna z wymaganiami Zamawiającego, bowiem w SIWZ znajdował się bardzo szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wskazujący nawet rozmiary urządzeń co do centymetra oraz ich wagę.

Według Odwołującego gdyby zachodziła jakakolwiek niezgodność zaoferowanych rozwiązań z SIWZ, Zamawiający winien wskazać je w podstawach odrzucenia oferty, czego nie uczynił, bowiem z oferty i złożonych wraz z nią dokumentów wynika wprost, że oferta ta spełnia jego wymagania.

Podkreślił przy tym, że w ofercie drugiego wykonawcy uczestniczącego w przedmiotowym postępowaniu - Konsorcjum IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o. i EMITEL Sp.

z o.o. znalazły się dokładnie takie same urządzenia w identycznych konfiguracjach.

Zauważył, że dla tej części oferty wykonawca Konsorcjum IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o. i EMITEL Sp. z o.o. przedłożył oświadczenie producenta, że oferowany przedmiot spełnia wymagania Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, jeżeli zaoferował on dokładnie taki sam system co do, którego producent potwierdził zgodność z SIWZ, nie sposób stwierdzić dlaczego Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego nie spełnia jego wymagań.

Na marginesie zaznaczył, że producent oferowanych przez Odwołującego i konkurencyjne Konsorcjum IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o. i EMITEL Sp. z o.o. rozwiązań, z niewiadomych przyczyn odmówił Odwołującemu wydania potwierdzenia zgodności analogicznego do zawartego w ofercie Konsorcjum IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o. i EMITEL Sp. z o.o., co nie zmienia to faktu, że skoro oświadczenie producenta o zgodności z SIWZ zostało wydane dla konkretnego rozwiązania oferowanego przez Konsorcjum IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o. i EMITEL Sp. z o.o., to w stosunku do rozwiązania identycznego, oferowanego przez Odwołującego, również zachodzi zgodność z SIWZ.

Podkreślił również, że ewentualne testy nie stanowią treści oferty, a istotą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp jest to, że Zamawiający zobowiązany jest wykazać, z jakiego powodu oferta jest niezgodna z SIWZ, a jeśli nie jest on w stanie wskazać, z jakich przyczyn oferta nie spełnia jego wymagań oraz gdzie tkwi niezgodność jej treści z SIWZ, nie ma podstawy do odrzucenia oferty.

Przyznał, że niesporne jest to, że Odwołujący nie przystąpił do testów urządzeń, jednakże nie może to stanowić podstawy do stwierdzenia, że oferowany przez niego sprzęt nie spełnia wymagań Zamawiającego, a szczególnie w sytuacji, kiedy z jego oferty wprost wynika, że jest dokładnie odwrotnie, czyli zaoferowane jest to rozwiązanie, którego Zamawiający wymagał.

Nie zgodził się ze stwierdzeniem Zamawiającego, że nieprzystąpienie do testów powoduje brak możliwości przyjęcia, że oferta jest zgodna z SIWZ, co w niniejszym stanie faktycznym nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Następnie zwrócił uwagę na zawarte w SIWZ postanowienia dotyczące testów, z których Zamawiający wywodzi prawo odrzucenia oferty Odwołującego.

Wskazał, że zgodnie z Rozdziałem IX SIWZ pkt. 2.2.5. b.: „Potwierdzenie spełniania wymagań technicznych: Na etapie oceny ofert Zamawiający zastrzega sobie możliwość testów zaproponowanych urządzeń radiowych. W w/w przypadku oferenci zobowiązani będą do dostarczeniu sprzętu w wymaganej konfiguracji: dwie stacje bazowe wraz z jedną centralą/węzłem centralnym, radiotelefony, instalacje antenowe. Zamawiający wskaże lokalizacje do testowych instalacji”.

W kontekście powyższych postanowień SIWZ argumentował, że Zamawiający nie wskazał, jakie będą następstwa nie przystąpienia do testów przez wykonawców, zaznaczając jedynie, że testy będą służyły do potwierdzenia wymagań technicznych, a także, że w SIWZ nie został przewidziany stosunek pomiędzy dokumentami składanymi na potwierdzenie zgodności z wymaganiami Zamawiającego a testami.

Ponadto zarzucił Zamawiającemu, że ten tylko ogólnie określił żądanie przeprowadzenia testów, formułując wymaganie w taki sposób, że wynika z niego konieczność dostarczenia określonych urządzeń, które sam przetestuje.

Zarzucił Zamawiającemu, że ten pismem z dnia 13 czerwca, wzywał go do przeprowadzenia testów i sprecyzował, że zażądał dostarczenia nie tylko urządzeń, ale także przeprowadzenia aż 25 szczegółowo określonych testów oraz wymagał dostarczenia do testów dodatkowych elementów, takich jak hardware i software, sprzęt do szyfrowania czy stanowiska zarządzania.

Zauważył także, że po wniosku Odwołującego z 21 czerwca 2013r. o doprecyzowanie zakresu testów, Zamawiający w dniu 4 lipca 2013r. przesłał obszerny dokument zawierający doprecyzowanie tym razem dwudziestu testów i kartę każdego z nich i wtedy okazało się, że wymagania Zamawiającego na tym etapie daleko wykraczają poza przewidziane w SIWZ „dostarczenie sprzętu w danej konfiguracji”.

Według Odwołującego powyższe potwierdza, że Zamawiający nieprawidłowo w SIWZ określił zakres planowanych testów, próbując obecnie przerzucić negatywne konsekwencje takiego działania na Odwołującego.

Odwołujący nie dostrzegł celowości przeprowadzania testów na obecnym etapie postępowania, skoro z oferty Odwołującego wynika, że zaoferował on sprzęt zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Ponadto wskazał także, że z zapisów SIWZ dotyczących testów wynika, że

przedmiotem testów miały być ewentualne rozwiązania równoważne przewidziane w pkt 1.1.1 Załącznika nr 1 do SIWZ - Specyfikacji Technicznej, a świadczy o tym fakt, że testy miały zostać przeprowadzone m.in. na centrali/węźle centralnym, który nie był elementem zamówienia w przypadku zaoferowania rozwiązania identycznego z tym opisanym w SIWZ.

W związku z powyższym wskazał, że zgodnie z pkt. 3.4.1. Specyfikacji Technicznej: „Realizacja węzła centralnego systemu oparta musi być o strukturę redundantną geograficznie - (redundantne względem siebie elementy każdego węzła systemu znajdują się w odrębnych geograficznie lokalizacjach (obiektach)). Zalecane jest wykorzystanie lokalizacji istniejącego systemu Zamawiającego.”

Podniósł, że powyższe postanowienie było przedmiotem wyjaśnień SIWZ, ponieważ nie było jasne, czy wykorzystanie lokalizacji istniejącego systemu oznacza możliwość wykorzystania również infrastruktury tam istniejącej (w tym węzła centralnego tzw. core switch), a w dniu 17 kwietnia 2013r. Zamawiający wyjaśnił (odpowiedź nr 26), że „w razie dostarczenia infrastruktury przez Oferenta należy wyspecyfikować koszty dostarczonych elementów jak w pytaniu”.

Stwierdził przy tym, że odpowiedź Zamawiającego była wymijająca, jednak została zinterpretowana w ten sam sposób przez obu uczestników postępowania, tzn. w przypadku oferty zawierającej rozwiązanie dokładnie takie, jakiego wymagał Zamawiający nie jest konieczne uwzględnianie m.in. węzła centralnego, natomiast w przypadku zaoferowania rozwiązań wymagających odrębnej infrastruktury (równoważnych) należy wycenić tę infrastrukturę w ofercie.

Wyjaśnił, że Centrala/węzeł centralny nie znalazły się ani w ofercie Odwołującego ani Konsorcjum IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o. i EMITEL Sp. z o.o., bowiem obie oferty oparte zostały o system jednorodny i homogeniczny z posiadany przez Zamawiającego, a opisane powyżej wymaganie jasno wskazywało, że do testów mogą być wezwane podmioty oferujące inne rozwiązanie - nie homogeniczne z posiadany przez Zamawiającego, w których ofercie będzie występowała centrala/węzeł centralny.

Wskazał także, że w załączniku do SIWZ - „Formularz oferta wraz z załącznikami” nie było nawet pozycji, gdzie możliwe byłoby umieszczenie (a tym samym zaoferowanie) centrali/węzła centralnego, do świadczy, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania rozwiązań identycznych, jak wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, a ewentualne testy miały być przeprowadzone w stosunku do rozwiązań równoważnych.

Zauważył, że zaoferowany przez Odwołującego system zawiera rozwiązania i urządzenia, jakie już Zamawiający posiada, jakich używa i są to rozwiązania znane Zamawiającemu i u niego funkcjonujące, stąd cel przeprowadzania testów takich rozwiązań jest całkowicie niezrozumiały, a sprawdzenie, czy rozwiązanie w całości funkcjonuje właściwie i tak możliwe będzie dopiero po zrealizowaniu przedmiotu umowy.

Z tego powodu – Odwołujący podniósł - Zamawiający w § 8 pkt 3.2 wzoru umowy przewidział przeprowadzenie szeregu testów, które mają na celu m.in. „sprawdzenie wszystkich wymagań funkcjonalnych dostarczanego produktu i potwierdzenie zgodności ze szczegółowym opisem przedmiotu Umowy”.

Oświadczył przy tym, że Zamawiający posiada już rozwiązania, które oferuje Odwołujący, co zostało wskazane wprost w pkt. 1.2 Specyfikacji technicznej: „Na terenie Zamawiającego działa obecnie system Dimetra IP w standardzie TETRA dostarczony przez firmę Motorola.”, w takiej sytuacji testowanie rozwiązań zaproponowanych przez Odwołującego, identycznych z wymaganymi w SIWZ, nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia i w tym kontekście odrzucenie oferty Odwołującego jest bezprawne.

Przyznał wprawdzie, że Zamawiający ma prawo korzystać z uprawnień, które przewidział w SIWZ, jednakże nie może dokonywać tego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tylko w celu eliminacji z postępowania prawidłowo złożonej oferty, odpowiadającej jego wymaganiom.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o ponowne przystąpienie do testów został podniesiony jedynie z ostrożności procesowej, gdyby Izba nie przyznała racji argumentacji potwierdzającej zgodność oferty Odwołującego z SIWZ, a w takiej sytuacji Zamawiający winien ponownie wezwać do przeprowadzenia testów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego testy, jak wskazał sam Zamawiający w SIWZ, służą potwierdzeniu spełniania wymagań przedmiotowych, a takie wymagania wynikają wprost z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zauważył także, że listę dokumentów, których Zamawiający może żądać na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ, zawiera rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, do których należą do m.in. próbki, a zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, za próbki uznawane są również testy urządzeń, jeśli służą potwierdzeniu wymagań

przedmiotowych.

Według Odwołującego testy przewidziane przez Zamawiającego stanowiły więc swego rodzaju „dokumenty” określone w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a wobec tego podlegały one uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a więc Zamawiający winien był wezwać ponownie do przeprowadzenia testów oferowanych przez Odwołującego.

Podkreślił jednak, że oferta Zamawiającego odpowiadała treści SIWZ, w związku z czym przeprowadzanie testów jest niczym nieuzasadnione i całkowicie zbędne.

W zakresie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezprawne unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy jedna ze złożonych w postępowaniu ofert nie podlegała odrzuceniu podniósł, że Zamawiający nie miał prawa unieważnić postępowania w sytuacji, gdy przynajmniej jedna z ofert nie podlegała odrzuceniu.

Ostatecznie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem nie wezwał on Konsorcjum IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o. i EMITEL Sp. z o.o. do przeprowadzenia testów, pomimo, że wykonawca ten zaoferował urządzenia identyczne z urządzeniami zawartymi w ofercie Odwołującego.

Niezrozumiałe jest dla Odwołującego, że jego urządzenia należy testować, a urządzeń konkurencyjnego wykonawcy już nie.

Powyższe zaniechanie wezwania do testów – według Odwołującego - w sposób oczywisty narusza zasadę równego traktowania wykonawców i potwierdza, że Zamawiający w sposób szczególny odnosi się do oferty konkurencyjnego Konsorcjum.

W dniu 12 sierpnia 2013r. wykonawca: Konsorcjum IT PARTNERS TELCO Sp. z o.o. i EMITEL Sp. z o.o. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 1922/13

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego, gwarancji przetargowej nr 02157KTG13 z dnia 15 kwietnia 2013r., zmiany nr 1 do powyższej gwarancji przetargowej, zawiadomienia o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 31 lipca 2013 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Odwołujący złożył ofertę uzasadniającą wykluczenie go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nie złożenia wadium zabezpieczającego okresu związania ofertą.

Badając przedmiotową sprawę Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego przedstawionej w odwołaniu.

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie zachodziła podstawa prawna do wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania wynikająca z art. 24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp z powodu nie wniesienia wadium na cały okres związania ofertą.

Stosownie do art.24 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Izba ustaliła, że ostateczny termin składania ofert upłynął w dniu 6 maja 2013r., zaś złożona przed tym terminem gwarancja wadialna ważna była jedynie do dnia 30 czerwca 2013r., podczas gdy termin związania ofertą wynosił 60 dni.

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że wniesione przez Odwołującego wadium nie zabezpieczało oferty w dniu jej złożenia – okresu lipcowego związania ofertą, lecz jedynie zabezpieczało ofertę do dnia 30 czerwca 2013r.

Według Izby już w momencie otwarcia ofert Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu.

Okoliczność dokonania tej czynności przez Zamawiającego po wniesieniu przez Odwołującego dodatkowej zmienionej gwarancji wadialnej z okresem ważności do 30 września 2013r. nie ma wpływu na powyższą ocenę Izby.

Izba reprezentuje pogląd w rozpoznawanej sprawie, że zmienione przez Odwołującego wadium nie mogło usunąć braku w ofercie w postaci wadliwej wcześniej złożonej gwarancji wadialnej niezabezpieczającej pełnego okresu związania ofertą.

Według zapatrywania Izby niewniesione wadium nie dotyczy tylko sytuacji zupełnego braku jego wniesienia, ale również jego wadliwego wniesienia, w tym w sposób spreczny z SIWZ.

Wymaga wskazania, że zgodnie z rozdziałem XII pkt. 6 zdaniem 1 SIWZ odnoszącym się do wymagań dotyczących wadium winno być ono wniesione na okres związania ofertą określonym w pkt. XIII niniejszej SIWZ, zaś w pkt. 7 tych postanowień SIWZ Zamawiający określił rygor w postaci wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty, w razie nie zabezpieczenia oferty.

Izba uznała również, że powyższe uregulowanie SIWZ ma charakter wiążący wykonawców i stanowi ich powinność, obowiązek, a nie jest tylko instrukcyjnym zaleceniem.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że w myśl rozdziału XIII SIWZ składający ofertę pozostaje nią związany przez okres 60 dni, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Izba przyjęła, że złożone wadium z dnia 15 kwietnia 2013r. było wadliwe, bowiem nie zabezpieczało oferty przez cały okres jej związania, a bieg terminu związania ofertą

rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert na zasadzie art.85 ust.5 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba doszła do przekonania, że powołany przez Odwołującego przepis art.85 ust.4 zd.1 ustawy Pzp przy oświadczeniu z dnia 16 maja 2013r. nie miał zastosowania przy „przedłużeniu o kolejne 60 dni kalendarzowe terminu związania ofertą”.

Cyt. wyżej przepis stanowi, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Nowe przedłużenie okresu ważności wadium – zdaniem Izby – obejmowało jedynie kolejne dni kalendarzowe po upływie pierwszego terminu związania ofertą, nie stanowiąc zabezpieczenia oferty w okresie od 1 do 5 lipca 2013r.

Reasumując Izba uznała, że Odwołujący nie przedłożył przed terminem otwarcia ofert w dniu 6 maja 2013r. właściwego wadium zabezpieczającego cały okres związania ofertą i próba poprawienia przez niego tego błędu nie mogła zostać potraktowana za skutecznie dokonaną.

W prawie zamówień publicznych instytucja wadium ma szczególnie doniosłe znaczenie i stanowi podstawowy instrument zabezpieczający ofertę, co przejawia się w tym między innymi, że ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia błędnie wniesionego wadium w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Z tego powodu Izba nie mogła w sposób zupełnie dowolny dokonać interpretacji przepisu art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp, przyjmując, iż wniesienie jakiegokolwiek wadium, czyni zadość wymaganiu ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Sygn. akt KIO 1949/13

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 maja 2013 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Odwołujący złożył ofertę uzasadniającą jej odrzucenie z powodu sprzeczności jej treści z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej SIWZ.

Na wstępie wymaga podkreślenia, że uruchomienie przepisu art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp następuje jedynie w przypadku wystąpienia sprzeczności pomiędzy treścią złożonej oferty a treścią SIWZ.

W rozpoznawanej sprawie taka kolizja nie nastąpiła z uwagi na brak badania przez Zamawiającego zaoferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego w ogóle nie wykazał sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, a zatem zakwalifikowana przez niego podstawa prawna odrzucenia oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp była chybiona.

Z racji złożoności przedmiotu zamówienia, będącego budową systemu łączności dyspozytorskiej, a niestanowiącego jedynie prostej dostawy urządzeń, Zamawiający w rozdziale IX pkt.2.5 lit.b SIWZ - wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał, że na etapie oceny ofert Zamawiający zastrzega sobie możliwość testów zaproponowanych urządzeń radiowych. W w/w przypadku oferenci zobowiązani będą do dostarczenia sprzętu

w wymaganej konfiguracji: dwie stacje bazowe wraz z jedną centralą/węzłem centralnym, radiotelefony, instalacje antenowe. Zamawiający wskaże lokalizacje do testowych instalacji.

Powyższe zastrzeżenie zgodnie z SIWZ miało na celu potwierdzenie spełniania wymagań technicznych koniecznych dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wprowadził uniemożliwił Zamawiającemu dokonanie oceny merytorycznej przedmiotu zamówienia poprzez niestawienie się na testy, ale okoliczność ta nie może stanowić samoistnej podstawy prawnej do uznania zachodzącej sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Dopiero przeprowadzenie testów umożliwiłoby Zamawiającemu ocenę spełniania wymagań technicznych przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła również stanowiska Zamawiającego, że żądane testy są elementem zaoferowanego świadczenia.

Zdaniem Izby zarówno charakter testów zaoferowanych urzędów, jak i usytuowanie wymagania odnoszącego się do nich w SIWZ wskazuje jednoznacznie, że jest to warunek ściśle dotyczący procedury potwierdzającej spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego, a niebędącej zaoferowanym przedmiotowym świadczeniem.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 25 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jednocześnie ust.2 powołanego wyżej przepisu stanowi delegację ustawową dla Prezesa Rady Ministrów nakazującą temu organowi określenie, w drodze rozporządzenia, rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości oraz że formy dokumentów

powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną, a także potrzebę zapewnienia ochrony informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Wykonanie tej delegacji ustawowej stanowi rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.).

Stosownie do § 6 ust.1 pkt.1 cyt. wyżej rozporządzenia w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Określone w powyższym przepisie wyliczenie ma charakter przykładowy i może zawierać również inne żądane przez Zamawiającego elementy przedmiotu zamówienia, które pozwalają na ustalenie czy przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ.

Izba jednak doszła do przekonania, że mający zostać dostarczony do testowania przedmiot zamówienia stanowi próbkę w rozumieniu § 6 ust.1 pkt.1 powołanego wyżej rozporządzenia niezbędną do stwierdzenia czy przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego, a zatem czy umożliwia on wykonawcy dalszy udział w postępowaniu przetargowym.

Jeżeli tak jest, to Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do przedłożenia tego przedmiotu zamówienia i udziału w teście w celu zbadania spełnienia przez wykonawcę warunków przedmiotowych udziału w postępowaniu na zasadzie art.26 ust.3 ustawy Pzp.

W myśl art.26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków

udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Co prawda Zamawiający wzywał tegoż wykonawcę do udziału w tym teście, jednak bez wskazania poprawnej podstawy prawnej cyt. wyżej art.26 ust.3 ustawy Pzp i bez wskazania ryguru w postaci wykluczenia go z przedmiotowego postępowania w przypadku niedostarczenia próbki systemu do testu.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:.....