

WYROK

z dnia 30 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 czerwca 2014 r.** przez wykonawcę: **KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp.j. ul. Żytnia 15 lok 22, 01-014 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową nr 4226 ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **TTcomm S.A. Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

1.1. Nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział XVII pkt 2.2 oraz postanowień § 12 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ - przez nadanie im następującego brzmienia „zmiana określonego producenta, typu i modelu przedmiotu umowy w przypadku zakończenia jego produkcji lub wycofania go z produkcji, z tym, że cena wskazana w § 2 umowy nie może ulec podwyższeniu, a parametry techniczne nie mogą być gorsze niż wskazane w załączniku do umowy.”

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową nr 4226 ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego: **KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp.j. ul. Żytnia 15 lok 22, 01-014 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej nr 4226 ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** na rzecz odwołującego: **KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp.j. ul. Żytnia 15 lok 22, 01-014 Warszawa** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa terminali satelitarnych VSAT typu SLAVE” (Dz. Urz. UE 2014/S106-186233 z 4.06.2014 r.), w dniu 13 czerwca 2014 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp.j. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało wniesione wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2014 r. i w tym również dniu zamawiający zamieścił SIWZ na swojej stronie internetowej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Skarbowi Państwa - Jednostce Wojskowej nr 4226 w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z ust. 4 i 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału osobowego w sposób niejednoznaczny, nie pozwalający na dokonanie oceny spełniania tych warunków ściśle zgodnie z opisem tych warunków, zapewniając zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;
- 2) art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz w zw. z § 1 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231) (dalej jako „rozporządzenie ws. dokumentów”) poprzez żądanie, celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentu, który nie został wymieniony w treści tego rozporządzenia;
- 3) art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczne określenie zasad prowadzenia testów akceptacyjnych, a także ustalenie tych zasad w sposób prowadzący do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji;
- 4) art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 31 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący oraz takie opisanie zasad równoważności, które skutkuje koniecznością zaoferowania sprzętu o parametrach przewyższających sprzęt wskazany w OPZ;
- 5) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 w zw. z art. 353¹ i 483 § 3 kodeksu cywilnego

poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających równowagę stron umowy i stanowiących nadużycie własnego prawa podmiotowego;

- 6) art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień mogących skutkować istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w przedmiocie wykonania zamówienia w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp;

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób zgodny z propozycjami odwołującego zawartymi w uzasadnieniu odwołania;
- 2) zmiany postanowień SIWZ w sposób zgodny z propozycjami odwołującego zawartymi w uzasadnieniu odwołania;
- 3) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w tym zakresie.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że jego interes w uzyskaniu tego zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, albowiem zastosowany opis w SIWZ nie pozwala stwierdzić - jakie konkretnie zamawiający ma wymagania co do przedmiotu zamówienia, w jaki sposób zostanie dokonana ocena ofert (w tym, w jakim przypadku oraz na jakich zasadach zostaną przeprowadzone testy akceptacyjne), a także pozostawia niepewność co do sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu realizacji zamówienia. Sytuacja, w której zamawiający nieprecyzyjnie określił istotne warunki zamówienia, stwarza ryzyko, iż dopiero na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz oceny ofert, wymagania te zostaną skonkretyzowane. W rezultacie może dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania, pomimo, iż w rzeczywistości byłby on w stanie wykazać spełnianie warunków udziału w przetargu. Ponadto sytuacja taka prowadzi do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert i naraża odwołującego na poniesienie szkody, polegającej na ograniczeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Utrzymanie kwestionowanych zapisów ogłoszenia oraz SIWZ przynajmniej znacznie utrudni, a nawet uniemożliwi odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe dowodzi

naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniającym do wniesienia odwołania.

Odwołujący podnosił, że zamawiający ustalił treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ w sposób naruszający ustawę Pzp, w szczególności w zakresie:

- dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz potencjału osobowego,
- dokonania opisu sposobu dokonywania oceny ofert poprzez prowadzenie testów akceptacyjnych,
- dokonania opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dopuszczenie rozwiązań równoważnych skutkujących koniecznością zaoferowania sprzętu o parametrach wyższych niż właściwych dla sprzętu wskazanego w OPZ;
- dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty w zakresie opisanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
- zamieszczenia we wzorze umowy zapisów skrajnie niekorzystnych dla wykonawców, naruszających zasadę równowagi stron umowy, a także zmierzających do ominięcia prawa.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 27 czerwca 2014 r. zamawiający złożył odpowiedź, w której wnosił o oddalenie odwołania. Stanowisko zamawiającego przedstawiono w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 16 czerwca 2014 r. pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w kopii przesłane stronom złożył w dniu 18 czerwca 2014 r. wykonawca TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie, który wnosił o oddalenie odwołania i w złożonej odpowiedzi na odwołanie oraz do protokołu rozprawy popierał stanowisko zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę TTcomm S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając iż przesłanki określone art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

I. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z ust. 4 i 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ustawy Pzp poprzez niezgodne z zasadami ustawy Pzp opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 22 ust. 4 oraz ust. 5 zdanie 1 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny ich spełniania powinny być

związane z przedmiotem zamówienia, proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a w rezultacie prowadzi do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp do zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z powyższego wyprowadzana jest zasada, iż opis spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być jednoznaczny. Można się posłużyć - poprzez analogię - wykładnią dokonaną przez Sąd Okręgowy w Warszawie w odniesieniu do sposobu opisywania kryteriów oceny ofert:

„Kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w SIWZ w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Nieprecyzyjne zdefiniowanie kryteriów i w konsekwencji konieczność ich doprecyzowania przez komisję przetargową uznaje się za równoznaczne ze zmianą kryteriów w trakcie postępowania, a tym samym niedopuszczalne” (Wyrok SO w Warszawie z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04).

Odwołujący podkreślał, iż zamawiający związany jest postanowieniami zawartymi w ogłoszeniu i w SIWZ w toku oceny ofert, nie może zatem odstąpić od ustalonego w tych dokumentach sposobu oceny ofert, nie może również go zmienić ani doprecyzować. Każde takie działanie prowadziłoby do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem przede wszystkim art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego tak istotne jest precyzyjne określenie istotnych warunków zamówienia, w tym warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego warunki udziału w postępowaniu zostały określone nieprecyzyjnie, a także odwołują się do nieaktualnego stanu faktycznego.

Zarzut I.1 (warunek wiedzy i doświadczenia). Zamawiający, zgodnie z zapisem zawartym w Sekcji III pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 1.2 SIWZ, wskazał, iż wykonawca powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane. Wartość dostaw winna być nie mniejsza niż 4 500 000 zł. Dodatkowo zamawiający podał, iż za dostawy tego samego rodzaju - uzna dostawy sprzętu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa terminali satelitarnych (tj. zestawów składających się z urządzeń takich jak m.in. anteny, nadajniki,

modemy oraz urządzenia i elementy towarzyszące) wraz z usługą integracji oraz szkoleniem. Podkreślał również, iż w ramach usługi integracji wykonawcy zobowiązani są do wykonania specjalistycznych usług związanych z systemem teletransmisji za pomocą łącz satelitarnych, ale także mają obowiązek dostarczyć określone przez zamawiającego urządzenia, takie jak m.in. routery i przełączniki. Przedmiotem zamówienia, poza samą dostawą terminali satelitarnych, objęte są również usługi towarzyszące [integracja, konfiguracja, itp.] oraz dostawy sprzętu sieciowego. Zgodnie z wskazaniem SIWZ, w tym wzorem Formularza oferty (załącznik nr 2 do SIWZ), wykonawcy zobowiązani są w cenę terminali satelitarnych wliczyć koszt usługi integracji, a zatem również koszt dostawy urządzeń innych niż terminale satelitarne oraz koszt pozostałych usług towarzyszących (np. usług montażu urządzeń, konfiguracji, integracji). W kontekście tak sformułowanego przedmiotu zamówienia, istnieje wątpliwość, jakie doświadczenie wykonawcy zamawiający uzna za potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Po pierwsze zamawiający wskazuje, iż należy wykazać się, co najmniej jedną dostawą, odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, przy czym dalej wskazuje, iż chodzi o dostawy sprzętu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia. Stąd też nie jest wiadome:

- czy w zakres (a zarazem wartość) wykazywanych dostaw dopuszczalne jest „wliczenie” wartości sprzętu tożsamego ze sprzętem, który będzie dostarczany w ramach przedmiotowego zamówienia, ale w ramach usługi integracji (np. routery),
- czy konieczne jest wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu dostawy, która obejmowała wszystkie elementy sprzętowe objęte przedmiotowym zamówieniem, czy też wystarczające jest dostarczanie niektórych z tych urządzeń (w tym np. tylko routerów),
- w kontekście wymogu, wykazania się dostawą sprzętu „o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia” - czy wystarczy, iż sprzęt dostarczany był w celu zapewnienia łączności satelitarnej, czy też musiał stanowić element systemu teletransmisji, bądź musiał być dodatkowo wykorzystywany w ramach systemów wojskowych? W zasadzie w ogóle trudno domniemywać, szczególnie przy tak złożonym przedmiocie zamówienia, co zamawiający miał na myśli przez określenie „sprzęt przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia”;
- czy dostawy, mając na uwadze istotę i cel określania warunków udziału w postępowaniu, powinny obejmować również wykonanie usług niezbędnych do prawidłowego wykonania dostaw [tj. usług towarzyszących takich jak instalacja, uruchomienie, szkolenie] - szczególnie, iż w ramach przedmiotowego zamówienia cena urządzenia obejmuje cenę tych usług;
- czy dostawę sprzętu należy rozumieć tylko - jako umowę sprzedaży, czy też wszelkiego

rodzaju inne umowy, które w ramach wykonywanych świadczeń obejmowały dostawę nowego sprzętu (np. modernizację istniejącego systemu poprzez m.in. wymianę starego sprzętu na nowy, rozbudowę systemu poprzez dostawę nowych elementów tworzących łącznie system łączności satelitarnej). Odwołujący zaznaczał, że specyfika przedmiotu zamówienia tj. dostawa szeregu urządzeń tworzących system łączności nie pozwala na proste zdefiniowanie dostawy. Z tego względu zamawiający winien doprecyzować jakiego rodzaju dostawy miał na myśli formułując warunek.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że zamawiający wskazał, iż należy wykazać się przynajmniej jedną dostawą, natomiast dodał, iż wartość dostaw powinna być nie mniejsza niż 4 500 000 zł. Zapis taki rodzi kolejną wątpliwość, czy należy wykazać się 1 dostawą o wskazanej wartości, czy dopuszczalne jest łączenie wartości kilku dostaw. Przedmiotem zamówienia jest co do zasady dostawa, dlatego też, z punktu widzenia oceny wiedzy i doświadczenia wykonawcy, istotne jest zbadanie, czy posiada on w określonym czasie określone doświadczenie. Bez znaczenia jest zatem, czy doświadczenie to zdobył w ramach wykonywania jednej dostawy, czy też w ramach kilku odrębnych dostaw.

Za istotne zagadnienie wynikające z zapisu, który znajduje się wyłącznie we wzorze Wykazu dostaw odwołujący poczytał pkt 3: „*Data wykonania to data zakończenia umowy*”. Z uwagi na fakt, iż wiele umów obejmujących dostawę urządzeń łączności satelitarnej wiąże się z wykonywaniem innych, często bardziej znaczących i długotrwałych świadczeń, niż sama dostawa, a wykonywanych dopiero w następstwie wykonania dostawy, zastosowanie się do takiego zapisu, prowadziło by częstokroć do wykazania się doświadczeniem nabytym *de facto* wcześniej, niż w okresie ostatnich trzech lat przed datą składania ofert Zapis taki prowadzi według odwołującego do uprzywilejowania wykonawców, którzy wykonywali umowę obejmującą dostawę, a następnie długookresowe świadczenie usług łączności, utrzymania, czy też konserwacji.

Mając na uwadze powyższe, a także okoliczność, iż prawie identycznie sformułowany warunek udziału w analogicznym przedmiotowo postępowaniu prowadzonym uprzednio przez zamawiającego (postępowanie o nr ref. D/113/2013), budził duże wątpliwości interpretacyjne na etapie oceny ofert, w celu zapewnienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, konieczne jest dokonanie zmiany przedmiotowych zapisów ogłoszenia oraz SIWZ.

Żądanie: odwołujący postulował o doprecyzowanie przedmiotowego warunku w następujący sposób: „wykonawca powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje,

dostawy sprzętu łączności satelitarnej lub sieciowego (z wyłączeniem sprzętu do odbioru telewizji satelitarnej), takiego jak anteny polowe, nadajniki, modemy lub routery służące na potrzeby systemów teletransmisji z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane. Łączna wartość dostaw winna być nie mniejsza niż 4 500 000 zł. Wartość dostaw może obejmować koszt usług towarzyszących dostawie (takich jak instalacja, konfiguracja, uruchomienie lub integracja dostarczanego sprzętu). Wartość usług nie może obejmować innych usług, w tym usług związanych z łącznością satelitarną. Przez dostawy rozumie się dostawy ww. sprzętu wykonywane w ramach wszelkich rodzajów umów, w tym budowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji stacji łączności satelitarnej, o ile jednym ze świadczeń w ramach takiej umowy była dostawa ww. sprzętu."

Odwołujący wnosił również o zobowiązanie zamawiającego do wykreślenia zapisu: „za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy sprzętu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia”. A także do zmiany zapisu we wzorze Wykazu dostaw w pkt 3 na proponowany: „Data wykonania dostawy to data należytego wykonania świadczenia obejmującego dostawę sprzętu stwierdzona protokołem odbioru dostawy."

Stanowisko zamawiającego: odniesieniu do zarzutu I.1 naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp - zamawiający podtrzymał wskazania SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadanej wiedzy i doświadczenia. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, zamawiający zawarł zapisy, które jednoznacznie wskazują w jakim zakresie należy spełnić ten warunek. Słusznym jest podnoszenie argumentu, iż zamawiający winien określić ten warunek w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Właśnie poprzez wskazanie wartości dostawy oraz określenie jej przedmiotu, zamawiający w sposób precyzyjny opisuje - co zostanie uznane za spełnienie tego warunku. Zamawiający wyjaśniał, iż użyte sformułowanie: Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy sprzętu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia, stanowi jednocześnie wykładnię co do przedmiotu dostaw potwierdzających zakres wiedzy i doświadczenia. W tym zakresie, powołał się na treść uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 724/13: „... Zamawiający nie zdefiniował także w SIWZ pojęcia „ubiorów tożsamych co do funkcji i przeznaczenia”, a zatem pojęcie to należy rozumieć w powszechnie przyjętym znaczeniu...”. Przenosząc tę wykładnię Izby - funkcję i przeznaczenie należy rozumieć w powszechnie przyjętym znaczeniu.

Z uwagi na fakt, iż brak jest definicji legalnej „dostaw tego samego rodzaju”, zamawiający pozostawał na stanowisku, iż odniesienie co do funkcji i przeznaczenia - staje się jak najbardziej uprawnione.

Zamawiający podnosił, iż wykonawca winien wykazać się realizacją co najmniej jednej dostawy, która odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, przy czym wskazano, że za dostawy tego samego rodzaju należy rozumieć dostawy sprzętu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia. Wyznaczona wartość dostawy w wysokości 4 500 000,00 zł, wskazuje, iż wymagane jest wykazanie się przez wykonawców co najmniej 1-ą dostawą o minimalnej wartości, a nie sumą kilku dostaw. Zgodnie z dyspozycją art. 7 ustawy Pzp, zamawiający wymaga od wszystkich wykonawców wykazaniem się minimum 1-ą dostawą, a nie, jak sugeruje odwołujący „sumą kilku dostaw”. Doświadczenie w dostawie o wartości 4 500 000,00 zł, nie może być porównywalne z np. 10-oma dostawami o wartości 450 000,00 zł każda. Zdaniem zamawiającego, rozwiązania sugerowane przez odwołującego umożliwiłyby zawężenie dostępu do przedmiotowego zamówienia. Bezpośrednim zagrożeniem staje się wyszczególnienie usług towarzyszących, które w ocenie zamawiającego stanowią marginalną wartość zamówienia, a w myśl art. 6 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - przedmiotem zamówienia jest dostawa i stosuje się przepisy dotyczące dostaw.

Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, przez „dostawy” należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Literalna wykładnia przywołanego przepisu wskazuje na całkowite wyłączenie możliwości uznania za dostawę świadczenia będącego usługą. O charakterze świadczenia przesądził zamawiający formułujący treść ogłoszenia i SIWZ oraz, poprzez wzór umowy i opis przedmiotu zamówienia.

Stanowisko Izby: Izba podzieliła argumentację zamawiającego. Nie ma żadnej niejasności, że wymagane jest wykazanie się co najmniej jedną zrealizowaną dostawą o minimalnej wartości 4 500 000,00 zł, która to kwota nie jest wygórowana wobec szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia wyliczonej na poziomie 14 mln złotych. Nie zachodzi więc przypadek, aby możliwe było łączenie kilku dostaw - elementów składających się na przedmiot zamówienia w tym postępowaniu. Potwierdza to wprost omówienie do formularza Wykazu dostaw (niezgodność redakcyjna została skorygowana przez zamawiającego). Wartość referencyjna ma dotyczyć samych dostaw - podstawowej aparatury wraz z urządzeniami towarzyszącymi, bez wliczania ewentualnych innych usług.

Nie budzi również zastrzeżeń Izby skarżone sformułowanie SIWZ i ogłoszenia, że za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy sprzętu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia. Określenie to jest na tyle ogólne i pojemne, że pozwala na szeroką interpretację, a zatem szeroki dostęp do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Wbrew poglądom odwołującego wprowadzenie kazuistycznych wyszczególnień ze szczegółowym doprecyzowaniem zakresu dostawy referencyjnej – prowadziłyby do ograniczenia możliwości udziału w przetargu dla wykonawców zdolnych należycie wykonać zamówienie, którzy nie legitymowaliby się którymkolwiek z wyspecyfikowanych elementów takiej dostawy, w tym o charakterze urządzeń peryferyjnych. Wskazanie jako terminu zakończenia realizacji dostawy – zakończenia umowy na dostawę referencyjną, pozwala na jednoznaczną ocenę spełnienia omawianego warunku.

Definicja legalna zawarta w art. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, wystarczająco precyzuje, iż przez „dostawę” należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

W ocenie Izby, omawiany warunek pozostaje związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, pozwala na zweryfikowanie zdolności wykonawcy do podjęcia się realizacji zamówienia. Zarzut art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 4 i 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ustawy Pzp - poprzez niezgodne z zasadami ustawy Pzp opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut I.2 (warunek dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym). Zamawiający zgodnie z zapisem zawartym w Sekcji III pkt II1.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 1.3 SIWZ, wskazał, iż wykonawca powinien wykazać, iż dysponuje osobą/osobami (zespołem), które posiadają łącznie lub każda z osobna aktualne certyfikaty do świadczenia usług serwisowych, doświadczenie w zakresie wsparcia technicznego oraz uprawnienia upoważniające do dostępu do informacji niejawnej. Jako wymagane przeszkolenia i certyfikaty wymienione zostały:

- Station Commissioner - SkyWAN IDU 7000 Series
- Expert SKYWAN 7000 - Network Operator
- SkyWAN IDU 7000 Network Designer
- CCSP - Cisco Certificate Security Professional
- CCNP - Cisco Certificate Network Professional.

Odwołujący wskazywał, iż część z ww. certyfikatów nie jest już wydawana bądź została przez wystawców zamieniona na inne nazwy:

- certyfikat CCSP aktualnie ma status „RETIRED” w wyniku, czego nie można go zdobyć ani przedłużyć jego ważności,
- certyfikat "Station Commissioner - SkyWAN IDU 7000 Series" został zastąpiony przez "Expert SKYWAN 7000 Station Commissioner",
- certyfikat "SkyWAN IDU 7000 Network Designer" został zastąpiony przez Expert

SKYWAN 7000 Network Designer.

W związku z powyższym, w stosunku do powyższych certyfikatów nie ma obecnie możliwości ich uzyskania w wersji wymaganej przez zamawiającego.

Żądanie: usunięcie wymagań w zakresie tych certyfikatów z treści ogłoszenia oraz treści SIWZ (zarówno w zakresie opisu warunku udziału, jak i opisu wymaganych dokumentów, wzoru Wykazu osób i innych miejsc, w których wymieniono ww. certyfikaty).

Ewentualnie: dopuszczenie możliwości złożenia ww. certyfikatów, o ile ich ważność nie wygasła nie więcej niż 6 miesięcy przed datą składania ofert.

Stanowisko zamawiającego: W odniesieniu do zarzutu I.2. naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informował, iż dokonał stosownej modyfikacji oraz zmiany ogłoszenia, o czym powiadomił wykonawców w dniu 26.06.2014 r., jak również zamieścił informację na własnej stronie internetowej. Wspomniana modyfikacja treści SIWZ oraz zmiana treści ogłoszenia dotyczy zarzutu sformułowanego w pkt. I.2, a dotyczącego art. 25 ust 1 pkt 1 oraz ust 2 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdził, iż dokonana modyfikacja obejmuje swym zakresem wprowadzenie wymogu posiadania aktualnie obowiązujących certyfikatów z jednoczesnym wskazaniem żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia o terminie ważności tych dokumentów. Zdaniem zamawiającego - nie możliwe jest całkowite - proponowane przez odwołującego - wykreślenie żądania posiadania certyfikatów przy formułowaniu warunku potencjału osobowego.

Warunek uznał zamawiający za uprawniony i całkowicie zasadny z jego punktu widzenia. Zamawiający w rozdziale V, w pkt. 1.3. SIWZ, wskazał, iż w celu potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - uzna, że warunek został spełniony, jeżeli wykonawca dysponuje osobą/osobami (zespołem), które posiadają łącznie lub każda z osobna aktualne certyfikaty do świadczenia usług serwisowych, doświadczenie w zakresie wsparcia technicznego oraz uprawnienia upoważniające do dostępu informacji niejawniej. Warunki udziału w postępowaniu to jeden z najważniejszych segmentów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Celem ustalenia warunków udziału w postępowaniu - jest niedopuszczenie do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego.

Opis warunków udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wskazanie wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu

należy do wyłącznych praw i obowiązków zamawiającego. Zamawiający utrzymywał, że w tym zakresie ograniczył się do ustalenia poziomu niezbędnego, zapewniającego, że wykonawca, który spełni opisane przez niego warunki udziału w postępowaniu wykona zamówienie w sposób określony w warunkach przetargu. Opis warunków udziału w postępowaniu powinien być adekwatny do celu, jaki zamierza osiągnąć zamawiający. Tym celem jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Opis warunków udziału w postępowaniu powinien, zatem wykazać, że wykonawcy niespełniający tych warunków nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego. Tym samym, dyspozycja art. 22 ust 5 ustawy Pzp, została przez zamawiającego wykonana w sposób prawidłowy. Odwołujący zawarł własne propozycje zapisów w zakresie warunku określonego na podstawie art. 22 ust 1 pkt. 3 ustawy, w brzmieniu: *„...W związku z powyższym, w stosunku do powyższych certyfikatów nie ma obecnie możliwości ich uzyskania w wersji wymaganej przez Zamawiającego. Dlatego też wnoszę o usunięcie wymagań w zakresie tych certyfikatów z treści Ogłoszenia oraz treści SIWZ (...). Ewentualnie wnoszę o dopuszczenie możliwości złożenia ww. certyfikatów, o ile ich ważność nie wygasła nie więcej niż 6 miesięcy przed datą składania ofert...”*

Zamawiający pozostawał na stanowisku, iż posiada uprawnienia do określenia warunku posiadania potencjału osobowego a sposób jego spełnienia nie narusza art. 7 ustawy Pzp. Natomiast, w kolizji z obowiązującymi przepisami prawa, jest propozycja odwołującego o dopuszczeniu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu za pomocą certyfikatów, których ważność wygasła nie więcej niż 6 miesięcy przed otwarciem ofert. Zastosowanie przez zamawiającego zapisu w takim brzmieniu skutkowałoby drastycznym naruszenie art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, a propozycje odwołującego odczytał, jako nakłanianie do popełnienia czynu niezgodnego z prawem.

Zamawiający stwierdził, iż dokonana modyfikacja w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, została przeprowadzona w kontekście pytania zadanego przez innego niż odwołujący uczestnika postępowania, a nie uznania „propozycji” odwołującego.

W trakcie rozprawy odwołujący złożył oświadczenie, że w odniesieniu zarzutu I.2 - modyfikację dokonaną przez zamawiającego uznaje za wyczerpującą zgłaszany zarzut i żądania w tym zakresie. Zdaniem odwołującego, skoro postawił taki zarzut w odwołaniu, to dokonaną modyfikację należy uznać, jako uwzględnienie tego zarzutu.

Stanowisko Izby: Faktem jest, że zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2014 r. zmodyfikował postanowienia ogłoszenia oraz SIWZ w zakresie Sekcji III pkt II1.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 1.3 SIWZ, nadając mu nowe brzmienie:

„1.3. dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia
- Zamawiający uzna, że warunek został spełniony, jeżeli wykonawca dysponuje osobą/osobami (zespołem), które posiadają łącznie lub każda z osobna aktualne certyfikaty do świadczenia usług serwisowych doświadczenie w zakresie wsparcia technicznego oraz uprawnienia upoważniające do dostępu do informacji niejawnej w zakresie:

- Expert SKYWAN 7000 – Station Commissioner
- Expert SKYWAN 7000 - Network Operator
- Expert SKYWAN IDU 7000 Network Designer
- CCSP - Cisco Certificate Security Professional lub CCNP security - Cisco Certificate Network Professional security
- CCSP - Cisco Certificate Professional.

III. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział VI, str. 8, pkt. 2.2., ppkt 2.2.1., litera a: Zamawiający modyfikuje treść przytaczanego zapisu i nadaje mu nowe brzmienie:

2.2. W celu potwierdzenia spełnienia warunku dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający żąda następujących dokumentów:

2.2.1., Wykaz osób - osobą/osobami (zespołem) którymi dysponuje Wykonawca, które posiadają łącznie lub każda z osobna kwalifikacje zawodowe, doświadczenie z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 6 do SIWZ w zakresie: a) Aktualne przeszkolenia i certyfikaty:

- Expert SkyWAN 7000 Station Commissioner
- Expert SkyWAN 7000 - Network Operator
- Expert SkyWAN 7000 Network Designer
- CCSP - Cisco Certificate Security Professional
lub CCNP security - Cisco Certificate Network Professional security
- CCNP - Cisco Certificate Network Professional.

IV. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, załącznik nr 5 do SIWZ (Wzór umowy), § 5, ust 1, pkt. 15, str. 12 i 13: Zamawiający modyfikuje treść przytaczanego zapisu i nadaje mu nowe brzmienie:

15. Osoba lub osoby (zespół) do realizacji integracji, konfiguracji sprzętu, muszą posiadać łącznie lub każda z osobna aktualne przeszkolenia i certyfikaty do wymaganych poniżej zakresów:

- 1) Expert SkyWAN 7000 Station Commissioner

- 2) *Expert SkyWAN 7000 - Network Operator*
- 3) *Expert SkyWAN 7000 Network Designer*
- 4) *CCSP - Cisco Certificate Security Professional*
lub CCNP security - Cisco Certificate Network Professional security
- 5) *CCNP - Cisco Certificate Network Professional.*

V. *W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, załącznik nr 5 do SIWZ (Wzór umowy), załącznik nr 1 do umowy - Opis przedmiotu umowy, uprawnienia wykonawców, str. 21 Zamawiający modyfikuje treść przytaczanego zapisu i nadaje mu nowe brzmienie:*

Oświadczenie wystawione przez Wykonawcę, że dysponuje osobą lub osobami (zespołem) do realizacji integracji, konfiguracji sprzętu, które posiadają łącznie lub każda z osobna aktualne przeszkolenia i certyfikaty do wymaganych poniżej zakresów: Komplet ważnych certyfikatów:

- *Expert SkyWAN 7000 Station Commissioner*
- *Expert SkyWAN 7000-NetworkOperator*
- *Expert SkyWAN 7000 Network Designer*
- *CCSP - Cisco Certificate Security Professional*
lub CCNP security - Cisco Certificate Network
- *CCNP - Cisco Certificate Network Professional.*

Bez znaczenia pozostawało, że w odniesieniu do wymaganych certyfikatów osób przeznaczonych do realizacji zamówienia - pytania do SIWZ zadawał jeszcze inny wykonawca, zgłaszający podobne zastrzeżenia jak odwołujący. Nie można czynić takiego rozróżnienia, że dokonana modyfikacja była wynikiem uwzględnienia pytań innego wykonawcy do zapisów SIWZ, a nie skutkiem trafności zarzutów odwołania. Bezsprzecznie postanowienia te były objęte też zarzutami wniesionego odwołania. Odwołanie zostało złożone w dniu 13 czerwca 2014 r., zaś modyfikacji postanowień ogłoszenia i SIWZ dokonano dopiero 26 czerwca 2014 r.

Zasadność zarzutów odwołania Izba ocenia na moment jego wniesienia. Modyfikacja SIWZ i ogłoszenia - prowadząca do wyeliminowania niezgodności podnoszonych w odwołaniu - uznawana jest za przyznanie zarzutu w rozumieniu art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, niewymagające dalszego dowodzenia. Skoro jednak zamawiający po zawiśnięciu sporu skorygował błędne postanowienia SIWZ, nie zachodziła również konieczność nakazywania zamawiającemu dokonania stosownych czynności. Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania - na moment zamknięcia rozprawy – jak nakazuje art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Stanowisko powyższe znajduje zastosowanie również do

dalszych zarzutów odwołania, w odniesieniu do których zamawiający zmodyfikował postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ.

Zarzut I.3 Naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz w zw. z § 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez żądanie, celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, dokumentu, który nie został wymieniony w treści tego rozporządzenia.

Zamawiający, zgodnie z zapisem zawartym w Sekcji III pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale VI pkt 1.3 lit a oraz w Rozdziale VI pkt 2.2.1 lit. a SIWZ wymagał złożenia - w celu potwierdzenia spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - oświadczenia wystawcy certyfikatów, że na dzień składania ofert certyfikaty są aktualne.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazywał, iż dokument taki, w szczególności stanowiący oświadczenie podmiotu innego niż wykonawca, jako niewymieniony w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, nie może być wymagany przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po drugie natomiast, data ważności certyfikatów przeważnie uwidaczniana jest w treści samych certyfikatów bądź też możliwe jest uzyskanie potwierdzenia elektronicznego ważności posiadanego certyfikatu. Stąd też, żądanie uzyskania oświadczenia wystawcy, jest tym bardziej nadmierne i nieuzasadnione.

Żądanie: Odwołujący wnosił o zobowiązanie zamawiającego do wykreślenia ww. zapisu.

Stanowisko zamawiającego: Dokonując modyfikacji postanowień SIWZ w dniu 26 czerwca 2014 r. zamawiający wyeliminował wymóg przedstawienia oświadczenia wystawcy certyfikatów, że na dzień składania ofert certyfikaty są aktualne. Zamawiający przestał na oświadczeniu wykonawcy, że osoby podane w ofercie dysponują ważnymi certyfikatami w oznaczonym zakresie, tj. żądał złożenia przez wykonawcę oświadczenia o terminie ważności tych dokumentów.

W trakcie rozprawy odwołujący złożył oświadczenie, że w odniesieniu zarzutu I.3 - modyfikację dokonaną przez zamawiającego uznaje za wyczerpującą zgłaszany zarzut i żądania w tym zakresie. Zdaniem odwołującego, skoro postawił taki zarzut w odwołaniu, to dokonaną modyfikację ogłoszenia i SIWZ należy uznać, jako uwzględnienie tego zarzutu.

Stanowisko Izby: Dokonana modyfikacja SIWZ i zmiana ogłoszenia o zamówieniu po wszczęciu procedury odwoławczej - prowadząca do wyeliminowania niezgodności z ustawą Pzp podnoszonych w odwołaniu - uznawana jest za przyznanie zarzutu w rozumieniu art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, niewymagające dalszego rozpatrywania. Skutki modyfikacji pozostają analogiczne jak wymienione w stanowisku Izby do zarzutu I.2.

Zarzut II. Naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne określenie zasad prowadzenia testów akceptacyjnych, a także ustalenie tych zasad w sposób prowadzący do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający, w Rozdziale III pkt 10.6 i 10.7 SIWZ zawarł wymagania dotyczące przeprowadzenia testów akceptacyjnych oraz testów kompatybilności i integracji. Program testów akceptacyjnych został opisany w Załączniku nr 7 do SIWZ, zaś załącznik nr 8 do SIWZ stanowi wzór protokołu testów kompatybilności i integracji.

Odwołujący podnosił, że informacje o konieczności przeprowadzenia ww. testów na etapie oceny ofert, nie zostały zawarte w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Z treści SIWZ nie wynika wprost, czy testy, o których mowa w pkt 10.6 i 10.7 SIWZ to te same testy. W przypadku testów określonych w pkt 10.7 SIWZ nie określono kto i kiedy ma je przeprowadzić i jaka jest relacja pomiędzy zapisem zawartym w pkt 10.6 i 10.7 SIWZ. Porównując natomiast treść wzoru Protokołu (Załącznik nr 8 do SIWZ) z treścią Programu testów (Załącznik nr 7 do SIWZ), a także mając na uwadze zapis zawarty na ostatniej stronie Programu testów, odwołujący przyjął, iż pkt 10.7 SIWZ mówi o protokole z testów wskazanych w pkt 10.6 SIWZ. Za tym bardziej niezrozumiałe uznał - dlaczego wykonawca, w tym samym terminie co dostarczenie zestawu do testów akceptacyjnych (pkt 10.6 SIWZ), zobowiązany jest do dostarczenia protokołu z przeprowadzonych testów (10.7 SIWZ).

Żądanie: usunięcie zapisu zawartego w pkt 10.7 SIWZ (oraz dalszych odpowiednich zapisów SIWZ), ewentualnie doprecyzowanie SIWZ w zakresie opisanego testów, o których mowa w pkt 10.7 SIWZ.

Ewentualnie, jeśli testy objęte zakresem pkt 10.7 SIWZ to te same testy, o których mowa w pkt 10.6 SIWZ, wykonywane u odbiorcy sprzętu, żądał zmiany zapisu 10.7 SIWZ w ten sposób, iż protokół z testów przeprowadzonych zgodnie z Programem testów u odbiorcy, sporządzony według Załącznika nr 8 do SIWZ, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zamawiającemu w ciągu trzech dni roboczych od dnia zakończenia testów, o których mowa w pkt 10.6 SIWZ.

Zarzut II.1. Odwołujący stwierdził, iż nie kwestionuje samego faktu wymagania przeprowadzenia testów na etapie oceny ofert, gdyż w świetle orzecznictwa, w tym w wyroku z dnia 2 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2015/13) wydanym w uprzednio prowadzonym przez zamawiającego analogicznym postępowaniu, możliwość taka została potwierdzona. Przyjęto, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego, dopuszczalne jest żądanie przeprowadzenia prezentacji oferowanych towarów w formie testów akceptacyjnych. Odwołujący zdaje sobie

również sprawę z faktu, iż dopuszcza się wymóg prowadzenia testów jedynie w odniesieniu do rozwiązań równoważnych. Zaznaczał jednak, iż rozwiązanie takie służyć może swojemu celowi jedynie w sytuacji, gdy przedmiotem dostawy ma być wyłącznie sprzęt preferowany przez zamawiającego bądź jego odpowiednik (produkt równoważny), a testy polegałyby jedynie na zbadaniu parametrów tego urządzenia.

Odwołujący zwracał uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę zestawu urządzeń, z których tylko część została określona za pomocą nazw własnych, a w konsekwencji dopuszczono rozwiązania równoważne. Każdy zestaw, nawet taki, który zawiera urządzenia wprost wskazane przez zamawiającego, musi tworzyć spójną całość i zapewniać łącznie spełnienie określonych, wskazanych przez zamawiającego funkcjonalności. Testowaniu nie podlega zatem pojedyncze urządzenie, ale cały zestaw. Za niezrozumiały, w tym kontekście, uznał zatem wymóg, aby tylko w przypadku oferowania rozwiązań równoważnych, wykonawca miał obowiązek przedstawić jeden komplet sprzętu do testów akceptacyjnych. Zestaw zawierający urządzenia wskazane wprost przez zamawiającego, ale również inne urządzenia (gdzie wykonawca ma dowolność, pod warunkiem spełnienia wymagań przedmiotowych) może łącznie nie spełniać wymaganych funkcjonalności. Najlepszym dowodem na tą okoliczność, jest fakt, iż testy sprzętu oferowanego przez jednego z wykonawców biorących udział w poprzednim analogicznym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, mimo zaoferowania urządzeń preferowanych przez zamawiającego, nie spełniały w toku testów wszystkich funkcjonalności.

Dodatkowo odwołujący zaznaczał, że z Programu testów (Załącznik nr 7 do SIWZ) wynika wyraźnie, iż testom będą podlegały także urządzenia, co do których nie mają zastosowania zapisy o równoważności, zaś celem testów jest również wykazanie się w trakcie testów wiedzą i samodzielnością w rozwiązywaniu ewentualnych problemów (co zresztą zostało podkreślone w wyroku z dnia 2 września 2013 r. sygn. akt KIO 2015/13). Zamawiający w toku ówczesnego postępowania odwoławczego zaznaczał również, iż celem testów jest porównanie parametrów i funkcjonalności przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia przy współpracy z eksploatowanym systemem. Dlatego też zdaniem odwołującego oczywiste jest, iż niezależnie od tego czy oferowany zestaw zawiera urządzenia preferowane, czy też nie, konieczna jest ocena jego kompatybilności i funkcjonalności, jako zestawu współpracującego z eksploatowanym systemem.

Żądanie: Z uwagi na powyższe, mając na uwadze cel prowadzonych testów akceptacyjnych wskazany w Programie testów (załącznik nr 7 do SIWZ), odwołujący wnosił o wykreślenie z zapisów SIWZ (w szczególności w pkt 10.6 i 10.7), sformułowań wskazujących, iż zapisy te

mają zastosowanie tylko do sytuacji, gdy wykonawca składa ofertę obejmującą sprzęt równoważny.

Pozostawienie ww. zapisów w sposób nieuprawniony pogarsza sytuację wykonawców oferujących rozwiązania równoważne, zaś wykonawcy oferujący urządzenia wskazane przez zamawiającego nie będą zobligowani do wykazania zgodności swojej oferty z SIWZ, pomimo, iż taka oferta również może nie spełniać wymaganych funkcjonalności.

W sytuacji, gdyby jednak powyższy wniosek został uznany za niezasadny - konieczne jest doprecyzowanie - w jakim przypadku zamawiający uzna, iż zachodzi konieczność dostarczenia kompletu sprzętu do testów.

Jak wskazano powyżej, komplet składa się z szeregu urządzeń, z których tylko część została określona poprzez użycie nazwy własnej. A zatem istnieje możliwość zaoferowania zestawu w różnej konfiguracji, tj. z różną ilością urządzeń równoważnych, np. jedno urządzenie będzie urządzeniem preferowanym przez zamawiającego, zaś pozostałe równoważne oraz takie, do których nie stosuje się równoważności, itp.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosil o wskazanie, iż w przypadku zaoferowania, co najmniej jednego urządzenia określonego przez zamawiającego poprzez użycie nazwy własnej, nie zachodzi konieczność przeprowadzania testów, o których mowa w pkt 10.6 i 10.7 SIWZ.

Stanowisko zamawiającego: W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 25 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne określenie zasad prowadzenia testów akceptacyjnych, a także ustalenie tych zasad w sposób prowadzący do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji, zamawiający informował, iż we wcześniej prowadzonym postępowaniu na dostawę terminali satelitarnych (D/113/2013) zostały wykonane takie testy dla oferowanego przez wykonawców sprzętu. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2015/13), gdzie przedmiotem odwołania była kwestia stosowania przez zamawiającego wymogu przeprowadzenia testów. Przywołał wcześniejsze orzecznictwo dotyczące przedmiotu sporu, a przede wszystkim wyroki KIO/UZP 1029/08 oraz KIO 1117/13. Zamawiający zaznaczał, iż w żadnej 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 dążąc do wyboru najkorzystniejszej oferty, obejmującej sprzęt techniczny i aparaturę zdolne do współpracy z istniejącymi już u zamawiającego systemami.

Izba dopuściła także dostosowanie rozwiązań proceduralnych do realiów każdej ze 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 przedmiotowej sprawie zamawiający stwierdził, że uczynił zadość wszystkim tym wytycznym.

Wyrokiem KIO 2015/13, Izba uznała, iż 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. Ponieważ w odwołaniu nie przedstawiono jakichkolwiek okoliczności związanych z naruszeniem art. 7 ustawy Pzp, gdyż poza wymieniem tej ogólnej jednostki redakcyjnej na wstępie odwołania, uzasadnienie w żaden sposób nie precyzuje zarzutu naruszenia art. 7 w związku z wprowadzeniem testów akceptacyjnych.

Zamawiający zaznaczał, iż testy akceptacyjne nie stanowią warunków udziału w postępowaniu, gdyż 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 czy finansowej, czyli warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1- 4 ustawy Pzp, dla których wymagane jest podanie opisu sposobu dokonania oceny ich spełnienia według reguł opisanych w art. 22 ust. 3 - 5 ustawy Pzp.

Odwołanie uznał za niespójne, poprzez przywołanie art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp, kwalifikujące wymóg dostarczenia sprzętu do testów, jako żądanie próbki, czyli dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Jednocześnie zamawiający wskazywał, iż nie określił „testów akceptacyjnych” jako warunku przedmiotowego - co skutkuje, iż brak wyszczególnienia odnośnych informacji w ogłoszeniu staje się zasadne.

Testy nie stanowią także kryterium oceny ofert, a zamawiający w rozdziale XIII SIWZ, wskazał, że to cena stanowi jedyne kryterium oceny. Samo określenie „testy akceptacyjne” wskazuje na to, że to na ich podstawie zamawiający zweryfikuje, czy oferowany sprzęt spełnia wymagania techniczne opisu przedmiotu zamówienia.

Równocześnie podkreślił celowość przeprowadzenia testów - jest nią zweryfikowanie, sprawdzenie zachowania kompatybilności, oraz prawidłowej pracy sprzętu równoważnego, dotychczas nieeksploatowanego w Siłach Zbrojnych RP. Powyższe implikuje, 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 - jest oczekiwany względem wykonawcy, który dostarczy sprzęt równoważny dotychczas nie eksploatowany w Siłach Zbrojnych. Tym samym, brak jest uzasadnienia ponownego przeprowadzenia testów dla sprzętu znajdującego się już na wyposażeniu wojska, a w tym zakresie zamawiający realizując zakupy takich pozycji, posiada wiedzę, który sprzęt przeszedł pomyślnie testy akceptacyjne. Jednocześnie wskazywał, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ oraz sporządził wyjaśnienia w zakresie jej brzmienia.

Zamawiający przekonywał, że dokonana przez niego modyfikacja oraz wyjaśnienia w zakresie testów akceptacyjnych, stanowią pochodną wniosków, zapytań zadanych przez innego niż odwołujący uczestnika postępowania, i nie należy powyższego odczytywać, jako uznania przez zamawiającego treści odwołania.

Dowód: treść zapytań od wykonawców, wyjaśnienia i modyfikacja sporządzona przez zamawiającego, oraz zmiana treści ogłoszenia, stanowiące załączniki do odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający stwierdził, iż mając doświadczenie w przeprowadzonych uprzednio postępowaniach, nie może wyrazić zgody na udział innych wykonawców w przeprowadzanych testach danego oferenta.

Testy, jak wynika z treści SIWZ, zostaną przeprowadzone w Jednostce niezależnej, niepozostającej w podległości zamawiającego. Ponadto, w trakcie przeprowadzanych testów, stronami będą obok wykonawcy także przedstawiciele komisji powołanej przez zamawiającego oraz żołnierze i pracownicy wojska, tj. Jednostki, która korzysta z systemów łączności satelitarnej.

W przypadku wymagania zademonstrowania przedmiotu oferty - wszelkie informacje tego dotyczące - zamawiający zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 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, a nawet koniecznym 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 zażądanych 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.

Zamawiający podkreślił, iż w wyniku przeprowadzenia wcześniej takich testów akceptacyjnych, posiadał wiedzę co do sprzętu o określonej konfiguracji, który spełnia wymagane warunki i współpracuje z istniejącym systemem satelitarnym. Istotnym zagadnieniem jest kwestia ponownego testowania już wcześniej testowanego sprzętu - jest to, zdaniem zamawiającego, czynność zbędna. W ocenie zamawiającego, tylko sprzęt o odmiennej, nowej konfiguracji oraz nowy (równoważny) - inny typ sprzętu, winien być poddany testom. Przeprowadzenie testów dla oferowanego sprzętu nie stanowi warunków udziału - a zatem zasadnym staje się żądanie zamawiającego, iż oferowany sprzęt tylko raz poddany zostaje testom.

Stanowisko Izby: Izba podzieliła argumentację zamawiającego. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wypowiada się w kwestii przeprowadzania testów akceptacyjnych. Nie mniej jest to procedura coraz szerzej stosowana zwłaszcza w postępowaniach na dostawę systemów informatycznych wraz ze sprzętem i oprogramowaniem. Przepis art. 1 pkt 12 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2013 r., poz. 235 ze zm.) definiuje testy akceptacyjne, jako udokumentowane wartości danych wejściowych wprowadzanych do systemu teleinformatycznego i powiązanych z nimi wartości oczekiwanych danych wyjściowych, opisujące zestawy poprawnych odpowiedzi systemu teleinformatycznego na podawane dane wejściowe, pozwalające na sprawdzenie poprawności wdrożenia oprogramowania interfejsowego.

Przeprowadzenie testów akceptacyjnych oferowanego sprzętu i oprogramowania stanowi tego rodzaju prezentację jego poprawnego działania i współdziałania z urządzeniami i systemami zamawiającego.

Prezentacja sprzętu wraz z oprogramowaniem, celem przeprowadzenia testów nie stanowi *stricto* próbki wyrobu, w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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 2013 r. poz. 231), sprzęt do testów nie jest przedstawiany wraz z ofertą, ale w terminie odrębnie wyznaczonym. Przesądza to zatem, iż prezentacja wyrobu i możliwości jego działania oraz współdziałania z innymi urządzeniami posiadanymi przez zamawiającego odbywa się jednokrotnie, bez wzywania do uzupełniania braków w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – np. w przypadku, gdy w wyznaczonym terminie nie dostarczono sprzętu do testów, wykonawca nie stawiał się celem

uczestnictwa w testach, lub gdy wypadły one niepomyślnie według ustalonego programu, co znalazłoby odzwierciedlenie w stosownym protokole z tych czynności.

Nie podlega dyskusji, że testy akceptacyjne przeprowadzane są w celu wykazania, iż zaoferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego - stanowiącym opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ, z uwzględnieniem faktu dokonania opisu sprzętu o parametrach równoważnych, stanowiąc narzędzie do przeprowadzenia takiej weryfikacji. Jeżeli oferowany wyrób nie przejdzie próby testów akceptacyjnych oznacza to, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i powinnością zamawiającego jest jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie dostrzegła naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w ustaleniu, że obowiązek poddania się testom akceptacyjnym ustalony w SIWZ ma dotyczyć zaoferowania rozwiązań równoważnych do ujętych w Opisie przedmiotu zamówienia. Przesądza o tym celowość przeprowadzenia testów – którą jest zweryfikowanie, sprawdzenie zachowania kompatybilności, oraz prawidłowej pracy sprzętu równoważnego, dotychczas nieeksploatowanego w Siłach Zbrojnych RP.

Powyższe implikowało, że zamawiający musiał określić program testów zawierający, co najmniej niezbędne minimum określające, co będzie podlegać ocenie podczas testów, tzn. jaki poziom kompatybilności, uzupełniania ze sprzętem eksploatowanym pracy jest przez zamawiającego oczekiwany względem wykonawcy, który dostarczy sprzęt równoważny, dotychczas nie stosowany w jednostkach Sił Zbrojnych.

Tym samym, brak jest uzasadnienia ponownego przeprowadzenia testów dla sprzętu znajdującego się już na wyposażeniu wojska i sprawdzonego w zastosowaniach praktycznych, gdyż w tym zakresie zamawiający realizując zakupy takich pozycji, posiada wiedzę, który sprzęt przeszedł pomyślnie testy akceptacyjne i działa poprawnie. Zakres stosowania równoważności w ofercie wykonawcy będzie wynikał z porównania jej treści z opisem podstawowym przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby procedura testowa została opisana jednoznacznie. Opis do protokołu testów podaje, że niespełnienie któregokolwiek z wymogów stanowi o niezaliczeniu testu. Zamawiający doprecyzował, że testom będzie podlegało zaoferowanie jako sprzętu równoważnego – tylko innego w stosunku do tego, który został podany z nazwy własnej (choćby jednego elementu zestawu). Procedura testowa będzie prowadzona z udziałem wykonawcy, w ciągu 2 dni, (w tym jeden dzień na przygotowanie) – przez wyznaczoną jednostkę organizacyjną zamawiającego – wskazaną w SIWZ.

Żaden przepis nie obliguje zamawiającego do zapewnienia udziału innym wykonawcom uczestnictwa podczas testów sprzętu oznaczonego wykonawcy. Protokoły z

testów podlegają natomiast udostępnieniu na zasadach ogólnych. Zarzuty nie podlegały uwzględnieniu.

Zarzut II. 2. Niedoprecyzowania terminu na dostarczenie kompletu urządzeń do testów w kontekście zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji podczas prowadzonych testów.

Żądanie: Zobowiązanie zamawiającego wprowadzenia do SIWZ zapisów regulujących następujące kwestie:

- termin na dostarczenie kompletu urządzeń do testów powinien zostać uznany za zgłoszenie gotowości do przeprowadzenia testów - nie zaś, jak wynika to ze wspólnego czytania pkt 10.6 i 10.7 SIWZ jest terminem jednocześnie na dostarczenie sprzętu do testów, przeprowadzenie tych testów oraz dostarczenie zamawiającemu protokołu z tych testów. Aktualnie, z treści SIWZ wynika, iż w terminie 30 dni od daty składania ofert, zamawiający powinien już dysponować protokołem z przeprowadzonych testów akceptacyjnych dostarczonym przez wykonawcę:

- po dniu wyznaczonym na dostawę ww. kompletu, zamawiający powinien komisyjnie (podczas jawnego posiedzenia) przeprowadzić losowanie terminów przeprowadzenia testów;

- podczas testów należy zapewnić możliwość udziału przedstawicieli pozostałych wykonawców, z prawem zgłaszania do protokołu zastrzeżeń co do prawidłowości prowadzenia testów;

- z uwagi na fakt, iż prezentacja (testy akceptacyjne) stanowią „dokument” na potwierdzenie spełniania wymagań przez oferowane dostawy w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zastosowanie znajduje do prowadzonych testów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z tego też względu, a także z uwagi na specyfikę tego „dokumentu” należy w SIWZ uregulować kwestię stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, np. w następujący sposób:

- w toku testów powinny brać udział - ze strony wykonawcy - osoby będące w stanie samodzielnie naprawić ewentualne błędy w pracy testowanego kompletu urządzeń lub rozwiązać ewentualne problemy związane z uruchomieniem i prawidłowym działaniem testowanego sprzętu.

W przypadku, gdy wynik testu będzie negatywny, wykonawcy będzie przysługiwało - w ciągu 24 h od daty przeprowadzenia testów - prawo dokonania poprawy sprzętu i przedstawienia do ponownych testów. W przypadku, gdy ponowny test akceptacyjny będzie negatywny (w zakresie przynajmniej jednej z pozycji wskazanych we wzorze Protokołu - Załącznik nr 8 do SIWZ), oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

- informacja o skutku testów, tj. wyjaśnienie, iż „osiągnięcie pozytywnego wyniku końcowego testów jest możliwe tylko i wyłącznie pod warunkiem, że wszystkie wyniki cząstkowe będą pozytywne” została zawarta jedynie w przypisie, na ostatniej stronie wzoru Protokołu z testów (załącznik nr 8 do SIWZ). Konieczne jest jednak jednoznaczne ustalenie, w sposób wiążący, w jakiej sytuacji wynik testu będzie negatywny, z uwagi na fakt, iż w toku testów mogą wyniknąć - tak jak miało to miejsce w ramach uprzednio prowadzonego analogicznego postępowania przez zamawiającego - sytuacje awaryjne leżące po stronie zamawiającego. Może bowiem się zdarzyć, iż część testów będzie niewykonalna z winy zamawiającego (taka sytuacja miała miejsce w toku uprzedniego postępowania, gdyż jedno z urzędzeń zamawiającego współpracujących w systemie miało awarię i było niezastępowalne. W wyniku tego nie wykonano 3 testów). Stąd konieczne jest doprecyzowanie, w jakiej sytuacji, z powodu jakich zdarzeń, uznaje się wynik testu za negatywny, ewentualnie zachodzi konieczność jego powtórzenia.

Żądanie: Zmiany terminu na dostarczenie kompletu sprzętu stanowiącego przedmiot oferty do odbiorcy celem przeprowadzenia testów akceptacyjnych (wskazanego w pkt 10.6 SIWZ - jako 30 dni od daty składania ofert).

W przypadku nieuwzględnienia konieczności wykreślenia pkt 10.7 SIWZ, bądź zmiany tego zapisu zgodnie z powyżej wskazaną propozycją (zmiana na 3-dniowy termin, od daty zakończenia testów, na dostarczenie protokołu do zamawiającego), odwołujący wnosił o zmianę pkt 10.7 SIWZ przynajmniej w zakresie wskazanego 30-dniowego terminu, gdyż z uwagi na specjalistyczny charakter sprzętu, termin ten jest zdecydowanie za krótki.

Odwołujący podkreślał, iż jeden z komponentów terminala objętego zamówieniem - nadajnik/odbiornik na pasmo X - podlega kontroli obrotu (pozycja LU 111a z Listy Uzbrojenia - Dz. U. z dnia 9 maja 2013 r. poz. 541). Z tego też względu, producent/dostawca musi występować o uzyskanie licencji eksportowej do właściwych władz swojego kraju, przedstawiając świadectwo końcowego użytkownika, a wykonawca ewentualnie również o certyfikat importowy dla producenta/dostawcy wystawiany przez Ministerstwo Gospodarki. Procedury formalne dla spełnienia tych wymogów znacznie przekraczają ramy czasowe wyznaczone przez zamawiającego, gdyż np. procedura uzyskania licencji eksportowej władz USA trwa min. ok. 30-60 dni, uzyskanie Certyfikatu Importowego z polskiego Ministerstwa Gospodarki - ok. 3-4 tygodni.

Powyższy problem dyskutowany był już pomiędzy wykonawcami a zamawiającym w uprzednio prowadzonym postępowaniu na analogiczny przedmiot zamówienia. W toku postępowania odwoławczego związanego z poprzednim postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (patrz: wyrok z dnia 2 września 2013 r., sygn. akt KIO 2015/13), sam zamawiający podkreślał, iż wszyscy wykonawcy wnioskowali o co najmniej 90-dniowy

termin na realizację testów akceptacyjnych, z uwagi na brak technicznej i handlowej możliwości uzyskania kompletu aparatury w krótszym terminie. Na marginesie odwołujący zaznaczał, że wyznaczenie tak krótkiego terminu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający uświadamia sobie brak możliwości dostarczenia kompletu urządzeń w tak krótkim terminie, prowadzi wprost do preferowania jednego wykonawcy, który aktualnie dostarcza zamawiającemu takie same urządzenia i jest w stanie, przed dostawą w ramach zawartej uprzednio umowy, jedno z nich poddać testom akceptacyjnym - bez konieczności sprowadzania tych urządzeń jedynie w celu wykonania testów na potrzeby niniejszego postępowania. Wykonawca ten jest zatem jedynym, który jest w stanie spełnić wymagania terminowe, o których mowa w pkt 10.6 i 10.7 SIWZ.

Żądanie: Zmiany terminów w pkt 10.6 (oraz w 10.7 - w przypadku nie uwzględnienia pozostałych zarzutów dotyczących tego punktu) SIWZ, na co najmniej 90-dniowy.

Stanowisko zamawiającego: Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ regulujących kwestie organizacyjne przeprowadzenia testów akceptacyjnych. W trakcie rozprawy poinformował, że modyfikacją z dnia 26 czerwca 2014 r. zmienił kwestionowany termin na nie późniejszy niż 90 dni od dnia otwarcia ofert na przeprowadzenie testów i przedłożenie protokołu z testów. Zarówno program testów, jak i protokół z przeprowadzonych testów podaje precyzyjnie jakie elementy będą podlegały testom dla proponowanego urządzenia i dla jakich parametrów i funkcjonalności. Nie zaliczenie chociażby jednej pozycji z tych testów powoduje negatywny wynik testów i oznacza on niespełnienie wymogu SIWZ. Osiągnięcie pozytywnego wyniku końcowego jest możliwe tylko i wyłącznie pod warunkiem, że wszystkie wyniki cząstkowe będą pozytywne i tak zostało to zawarte w wyjaśnieniach do protokołu z testów, dlatego zamawiający uznawał, że postanowienia w tym zakresie są jasne. Zamawiający nie przewidział powtarzania testów, gdzie wynik wypadł negatywnie, albowiem byłoby to sprzeczne z celem w jakim zostały te testy wyznaczone, polegającym na sprawdzeniu czy sprzęt równoważny posiada niezbędne cechy kompatybilności. Testowany sprzęt ma być podłączony do systemu zamawiającego i gwarantuje on, że urządzenia po jego stronie będą działały poprawnie i nie będą miały wpływu na negatywny wynik testów. Zamawiający dla każdego przedstawionego do testów zestawu przewidział po 2 dni, pierwszy dzień na konfigurację, drugi na testy.

Zdaniem zamawiającego terminy przedstawienia sprzętu do testów i protokołów z testów nie muszą się zbiegać, ponieważ jest to wystarczający czas, aby przedstawić sprzęt do testów i aby przedstawić protokół z testów nie później niż 90 dni po otwarciu ofert.

W trakcie rozprawy odwołujący oświadczył, że skoro został zmieniony termin testów i przedstawienia protokołu z testów na 90 dni od otwarcia ofert, modyfikacja ta wyczerpuje jego zarzut i żądania. Zarzut uznał za przyznany nie wymagający dalszego rozpatrywania.

Stanowisko Izby: W dniu 26 czerwca 2014 r. zamawiający zmodyfikował SIWZ w następujący sposób: „ VI. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia str. 3 jest:

10.6. W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę sprzętu równoważnego w stosunku do sprzętu, preferowanego przez Zamawiającego, Wykonawca 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 1 miesiąc (30 dni) od dnia otwarcia ofert. Program testów został zawarty w załączniku nr 7 do SIWZ. 10.7. Wykonawca dostarczy do Zamawiającego protokół (załącznik nr 8 do SIWZ) z przeprowadzonych testów kompatybilności, integracji oferowanego urządzenia/stacji z istniejącym i realizującym swoje zadania systemem Zamawiającego - w terminie nie późniejszym niż 1 miesiąc (30 dni) od dnia otwarcia ofert. Zamawiający modyfikuje treść przytaczanego zapisu i nadaje mu nowe brzmienie:

10.6. W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę sprzętu równoważnego w stosunku do sprzętu preferowanego przez Zamawiającego (zaoferowanie choćby jednego rozwiązania równoważnego w stosunku do rozwiązania pożądanego przez Zamawiającego, opisanego za pomocą nazw własnych), Wykonawca 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 7 do SIWZ.

10.7. Wykonawca dostarczy do Zamawiającego protokół (załącznik nr 8 do SIWZ) 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.

VIII. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, załącznik nr 7 do SIWZ (Program testów - opis) Ograniczenia i wymagania ogólne, Czas trwania testów, str. 1 jest:

1. Ograniczenia i wymagania ogólne

Ze względu na wymogi: uruchomienia dostarczanych stacji w istniejącym systemie i realizacji wsparcia technicznego na rzecz Zamawiającego. Oferent musi wykazać się w trakcie testów wiedzą i samodzielnością w rozwiązywaniu ewentualnych problemów.

Zamawiający stwierdza, że wymienione w poniższym programie testów zasoby informacyjne, sprzętowe i organizacyjne pozostawione do dyspozycji oferentów są

całkowicie wystarczające do wykonania wszystkich testów z użyciem terminali satelitarnych będących na wyposażeniu zamawiającego. Stąd też Zamawiający tylko w uzasadnionych przypadkach prześle ewentualne dodatkowe informacje konieczne do skonfigurowania sprzętu oferentów, natomiast ewentualne zapewnienie dostępu do jakichkolwiek innych zasobów pozostaje w całości po stronie oferentów.

W trakcie testów należy zachować szczególną ostrożność we wszelkich działaniach, gdyż testy będą polegały na wprowadzeniu stacji do istniejącego i realizującego swoje zadania systemu, a za wszelkie zakłócenia w pracy systemu odpowiedzialność ponosi realizujący testy Oferent. Dokument stanowi zbiór wymagań opisujący jakie funkcje mają zostać zaprezentowane, uruchomione i przetestowane. Opracowanie sposobów realizacji wymagań pozostaje po stronie Oferenta, a Zamawiający, ze względu na bezpieczeństwo systemu, zastrzega sobie prawo do akceptacji lub odrzucenia proponowanych sposobów.

Negatywny wynik przeprowadzonych testów akceptacyjnych, oznaczać będzie, że Wykonawca zaoferował sprzęt, niezgodny z wymogami SIWZ.

Czas trwania testów

Testy przewiduje się przeprowadzić w jednym z dni roboczych od poniedziałku do piątku, w godz. 08.00-15.00.

Zamawiający modyfikuje treść przytaczanego zapisu i nadaje mu nowe brzmienie:

2. Ograniczenia i wymagania ogólne

Ze względu na wymogi: uruchomienia dostarczanych stacji w istniejącym systemie i realizacji wsparcia technicznego na rzecz Zamawiającego, Oferent musi wykazać się w trakcie testów wiedzą i samodzielnością w rozwiązywaniu ewentualnych problemów.

Zamawiający stwierdza, że wymienione w poniższym programie testów zasoby informacyjne, sprzętowe i organizacyjne pozostawione do dyspozycji oferentów są całkowicie wystarczające do wykonania wszystkich testów z użyciem terminali satelitarnych będących na wyposażeniu zamawiającego. Stąd też Zamawiający tylko w uzasadnionych przypadkach prześle ewentualne dodatkowe informacje konieczne do skonfigurowania sprzętu oferentów, natomiast ewentualne zapewnienie dostępu do jakichkolwiek innych zasobów pozostaje w całości po stronie oferentów.

W trakcie testów należy zachować szczególną ostrożność we wszelkich działaniach, gdyż testy będą polegały na wprowadzeniu stacji do istniejącego i realizującego swoje zadania systemu, a za wszelkie zakłócenia w pracy systemu odpowiedzialność ponosi realizujący testy Oferent.

Negatywny wynik przeprowadzonych testów akceptacyjnych, oznaczać będzie, że Wykonawca zaoferował sprzęt, niezgodny z wymogami SIWZ.

3. Czas trwania testów

Testy przewiduje się przeprowadzić w dwóch następujących po sobie dniach roboczych od poniedziałku do piątku, w godz. 08.00-15.00, nieprzerywanych świętami i dniami wolnymi od pracy."

Przytaczana modyfikacja SIWZ, na podstawie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp w swoich skutkach równoznaczna jest z uwzględnieniem zarzutów odwołania w tym zakresie – nie wymagających dalszego udowadniania. Z uwagi na dokonanie żądanych czynności w trakcie procedury odwoławczej (art. 191 ust. 2 Pzp), Izba nie nakazała umieszczenia postulowanych zmian w SIWZ.

Inne związane z testami zarzuty nie podlegały uwzględnieniu. Program testów, jak i protokół z przeprowadzonych testów podaje precyzyjnie jakie elementy będą podlegały testom dla proponowanego urządzenia i dla jakich parametrów i funkcjonalności. Nie zaliczenie chociażby jednej pozycji z tych testów powoduje negatywny wynik testów i oznacza on niespełnienie wymogu SIWZ. Osiągnięcie pozytywnego wyniku końcowego jest możliwe tylko i wyłącznie pod warunkiem, że wszystkie wyniki cząstkowe będą pozytywne, tak jak zostało to zawarte w objaśnieniach do protokołu z testów. Postanowienia SIWZ w tym zakresie są jednoznaczne. Brak podstaw, aby dopuścić do powtarzania testów, gdzie wynik wypadł negatywnie. Testowany sprzęt ma być podłączony do systemu zamawiającego i gwarantował on, że urządzenia po jego stronie będą działały poprawnie i nie będą miały wpływu na negatywny wynik testów. Jeżeli wystąpiłyby ekstremalne sytuacje, np. silne wyładowania atmosferyczne w ramach własnych kompetencji uwzględniłby takie sytuacje. Zamawiający dla każdego przedstawionego do testów zestawu przewidział po 2 dni, pierwszy dzień na konfigurację, drugi na testy. Terminy przedstawienia sprzętu do testów i protokołów z testów nie muszą się zbiegać, ponieważ są to terminy maksymalne, ich dochowanie zależy od tego kiedy wykonawca zgłosi gotowość poddania oferowanego sprzętu do przeprowadzenia testów przez jednostkę wskazaną przez zamawiającego. Zamawiający w odniesieniu do zarzutów jw. nieuwzględnionych, nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Zarzut II. 3. Niezgodności pomiędzy zapisami Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ, str. 9) a Programem testów (Załącznik nr 7 do SIWZ, str. 8 pkt 5.2.b).

W parametrach równoważności anteny (Opis przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”) czytamy: "manualny napęd zapewniający naprowadzenie anteny w poziomie w zakresie do+180 do -

180, pionie od 0 do 90 oraz zmianę polaryzacji pionowej w zakresie od +90 do -90 i przełączenie polaryzacji kołowej pomiędzy lewą i prawą".

W Programie testów natomiast opis parametrów testowanych wskazuje na inne wymagania, niż zawarte w OPZ, tj. zgodnie z pkt 5.2.b Programu testów, zakres ruchów anteny z zastosowaniem napędu powinien wynosić „w pionie (EI) w zakresie od 5 do +80”. Również taka wartość („w pionie (EI) w zakresie od 5 do +80”) wskazana została we wzorze protokołu z testów (Załącznik nr 8, str. 5 pkt 3.2.b).

Odwołujący podsumował, że zakres regulacji anteny w pionie w testach i protokole testów wynosi od 5 do 80, zaś w OPZ w opisie w wymaganiach równoważności anteny: 0-90. Istnieje zatem ewidentna rozbieżność w opisie wymagań zamawiającego - co do wymaganych parametrów anteny.

Żądanie: zmiany zapisów SIWZ w tym zakresie poprzez jednolite określenie wymagań zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego: Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się wprost do powyższego zarzutu. Powołał się ogólnie na dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ. W trakcie rozprawy informował, że dokonał modyfikacji OPZ i ujedynolcił ten wymóg techniczny, aby regulacja anteny, manualny napęd wynosiła od 10 do 80 stopni, zarówno dla OPZ, jak i dla programu testów i protokołu kompatybilności.

W następstwie odwołujący złożył oświadczenie, że w odniesieniu zarzutu II. 3. - modyfikację dokonaną przez zamawiającego uznaje za wyczerpującą zgłaszany zarzut i żądania w tym zakresie. Zdaniem odwołującego, skoro postawił taki zarzut w odwołaniu, to dokonaną modyfikację SIWZ należy uznać, jako uwzględnienie tego zarzutu.

Stanowisko Izby: W dniu 26 czerwca 2014 r. zamawiający zmodyfikował SIWZ w następujący sposób: *VII. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, załącznik nr 7 do SIWZ (Program testów - opis), pkt. 5, ppkt 5.2., litera b jest:*

b) W pionie (EI) w zakresie od 5° do +80° Zamawiający modyfikuje treść przytaczanego zapisu i nadaje mu nowe brzmienie:

b) W pionie (EI) w zakresie od 10° do +80°

Przytaczana modyfikacja SIWZ na podstawie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, w swoich skutkach równoznaczna jest z uwzględnieniem zarzutów odwołania w tym zakresie – nie wymagających dalszego rozpatrywania. Z uwagi na dokonanie żądanych czynności w trakcie procedury odwoławczej, Izba nie nakazała umieszczenia postulowanych zmian w SIWZ.

Zarzut II.4. Naruszenia art. 29 ust. 1 i 3 w zw. z art. 31 ustawy Pzp poprzez opisanie

przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz takie opisanie zasad równoważności, które skutkuje koniecznością zaoferowania sprzętu o parametrach przewyższających sprzęt wskazany w OPZ.

Odwołujący zaznaczał, że zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W wyroku z dn. 31 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 136/12), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: *"Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaferować, aby spełniał on wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty"*. Jednocześnie na mocy art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, jeśli zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, winien dopuścić rozwiązania równoważne. Ponadto, jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO i licznych orzeczeń pokontrolnych, w przypadku dopuszczenia rozwiązań równoważnych konieczne jest również opisanie warunków równoważności.

W przedmiotowym postępowaniu w Załączniku nr 1 do SIWZ, w stosunku do anteny Ranger, Zamawiający na str. 9 zawarł szczegółowy opis warunków równoważności. Parametry tam wskazane w ocenie odwołującego - są albo niemożliwe do spełnienia albo też przekraczają parametry, którymi charakteryzuje się wskazana antena Ranger.

Wymaganie zamawiającego brzmi: *„elektryczny napęd zapewniający naprowadzenie anteny w poziomie w zakresie od +180° do - 180°, pionie od 0° do 90° oraz zmianę polaryzacji liniowej w zakresie od +90° do - 90°"* - wymaganie to jest niezgodne z rzeczywistym zakresem naprowadzania, zweryfikowanym w trakcie testów terminala Ranger w poprzedniej procedurze przetargowej - naprowadzanie w pionie, przy zastosowaniu napędu elektrycznego jest możliwe jedynie w zakresie ~ 10° do ~ 80°.

Żądanie: zmiany zapisów SIWZ w zakresie opisu parametrów urządzeń równoważnych, poprzez określenie ich odpowiednio do rzeczywistych parametrów posiadanych przez urządzenie opisane poprzez wskazanie nazwy własnej (a w konsekwencji dostosowanie zapisów zawartych w Programie testów oraz protokole z testów).

Stanowisko zamawiającego: W odniesieniu do zarzutów sformułowanych w pkt. II.4, tj. naruszenia art. 29 ust 1 i 3 w zw. z art. 31 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz takie opisanie zasad równoważności, które skutkuje koniecznością zaoferowania sprzętu o parametrach

przewyższających sprzęt wskazany w OPZ, zamawiający informował, iż w powyższym zakresie dokonał modyfikacji SIWZ na wniosek innego wykonawcy niż odwołujący, w wyniku czego zmienił kwestionowany parametr i nadał mu brzmienie: w pionie od 10 do 80 stopni, a więc naprowadzanie anteny urządzenia równoważnego będzie odpowiadało parametrom wskazanej z nazwy anteny Ranger.

Odwołujący oświadczył, że wyczerpuje to jego zarzut w tym zakresie i związane z tym zarzutem żądania.

Stanowisko Izby: Dokonana modyfikacja SIWZ na podstawie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, swoich skutkach równoznaczna jest z uwzględnieniem zarzutów odwołania w tym zakresie – nie wymagających dalszego rozpatrywania. Z uwagi na dokonanie żądanych czynności w trakcie procedury odwoławczej, Izba nie nakazała umieszczenia postulowanych zmian w SIWZ.

Zarzut II.5. W tym samym załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 11.13., określono parametry urządzenia TIU. Istnieje urządzenie o nazwie TIU będące elementem składowym terminala RANGER, którego funkcjonalność jest niezgodna w istotnym zakresie z opisem TIU z pkt 11.13 OPZ (niezgodność ta została potwierdzona w trakcie testów w poprzednim postępowaniu na dostawę terminali RANGER, prowadzonym przez tego samego zamawiającego).

W szczególności w odniesieniu do:

- a) wymagania 1 „*translacje komunikacji sterowania nadajników na warstwie fizycznej Ethernet - RS 485 i warstwie łącza danych oraz aplikacji umożliwiająca komunikację i sterowanie pomiędzy SkyWAN IDU 7000/2570 i nadajnikami*” - urządzenie TIU dostarczane do testów z zestawami RANGER nie realizowało wymaganej funkcji, co więcej konstrukcyjnie nie było wyposażone w elementy potencjalnie pozwalające na implementację tego wymagania;
- b) wymagania 4 „*Monitoring parametrów systemu RX i TX poprzez interfejs GUI*” - urządzenie TIU nie posiada interfejsu GUI, co więcej, konstrukcyjnie nie jest wyposażone w elementy potencjalnie pozwalające na implementację tego wymagania;
- c) wymagania 9 „*Regulowane tłumienie toru RX do 20dB*” - w dostarczonych do testów urządzeniach TIU wymagania te były zrealizowane w sposób bezużyteczny, gdyż do zmiany tłumików konieczne było rozmontowanie obudowy urządzenia.

Żądanie: jednoznacznego określenia przez zamawiającego, iż wymienione w SIWZ urządzenie TIU mające spełniać wymagania zamawiającego, nie jest urządzeniem oferowanym w ramach zestawów RANGER, (które to z wymienionych wyżej powodów nie

może być urządzeniem referencyjnym dla urządzeń równoważnych wobec wymagań zamawiającego) oraz sprecyzowanie parametrów i funkcjonalności urządzenia „TIU” rozumianego, jako urządzenie pośredniczące w komunikacji pomiędzy elementami zewnętrznymi i wewnętrznymi terminala satelitarnego - jednoznacznie formułując opis i wymagane parametry, przytaczając szczegółowy opis np. zawarty poniżej:

„11.13 System zasilania LNB, dystrybucji sygnału referencyjnego, monitoringu parametrów i translacji protokołów sterowania pomiędzy modemami IDU2570 i nadajnikami.

Urządzenie ma zapewnić:

- 1. Translacje komunikacji sterowania nadajników na warstwie fizycznej pomiędzy interfejsem Ethernet i dwoma interfejsami RS 485 [jeden do IDI i jednym do nadajnika], warstwie łącza danych oraz komunikacyjnej i aplikacyjnej aplikacji umożliwiającej komunikację i sterowanie pomiędzy nadajnikiem, modemem i interfejsem GUI urządzenia;*
- 2. Zasilanie oferowanych modeli LNB na pasmo Ku i X;*
- 3. Dystrybucja sygnału referencyjnego 10MHz od IDU 2570 do RFT i LNB na poziomie +9dBm/przy stabilności sygnału na poziomie 0,05 ppm;*
- 4. Monitoring i konfiguracja parametrów systemu RX i TX poprzez interfejs GUI realizowany poprzez przeglądarkę www z dowolnego komputera pozwalający, co najmniej na:*
 - wybór i zapamiętanie protokołu sterowania nadajnika*
 - podgląd wszystkich udostępnionych przez producenta nadajnika, parametrów pracy nadajnika*
 - sterowania parametrami nadajnika, wszystkimi udostępnionymi przez producenta nadajnika, a nieobsługiwanymi poprzez protokół SMCP-v3*
 - dostęp do interfejsu GUI musi być zabezpieczony poprzez możliwość konfiguracji nazw użytkowników ich haseł oraz zróżnicowanie typów użytkowników na uprawnionych wyłącznie do odczytu parametrów i uprawnionych także do zapisu*
- 5. Separację (zabezpieczenie) torów Rx i TX pomiędzy IDU i ODU*
- 6. Dystrybucję sygnału Rx i Tx do portów pomiarowych poprzez rozdzielenie sygnałów główny głównych i pomiarowych w sposób gwarantujący stratę mocy w kanale głównym na poziomie mniejszym niż 0,6 dB oraz obniżenie sygnału pomiarowego nie więcej niż od 25dB*
- 7. Wizualny monitoring (diodowy) stanu LNB i RFT*
- 8. Wzmocnienie toru RX 24 dB*
- 9. Regulowane tłumienie toru RX od 0 do 24dB krokiem, co 4 dB zmieniane poprzez realizację funkcji protokołu SMCP-V3 w sposób obsługiwany przez automatykę modemów IDU2570.*
- 10. Zabezpieczenie przeciwprzepięciowe interfejsów Rx i Tx służących do podłączenia*

nadajników oraz interfejsu RS485 służącego do podłączenia sterowania nadajnika

11. *Zasilanie urządzenia: 90 - 240 VAC 50-60 Hz*

12. *Producent urządzenia musi pisemnie zagwarantować możliwość zaimplementowania sterowania innymi modelami nadajników, które Zamawiający posiada na wyposażeniu lub zakupi w przyszłości w ramach rozbudowy i/lub modernizacji systemu".*

W ocenie odwołującego - powyżej postulowana zmiana jest niezbędna dla doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, bowiem urządzenie TIU było punktem sporu w poprzednio prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu na dostawę zestawów VSAT i właśnie w odniesieniu do tego urządzenia wynik testu jednego z wykonawców był negatywny.

Ponadto, odwołujący podnosił, iż brak w warunkach równoważności kluczowych parametrów wyspecyfikowanych urządzeń, który skutkuje uniemożliwieniem doboru stosownych urządzeń równoważnych (literalnie dopuszczaliby oferowanie dowolnych urządzeń byleby tylko spełniały pojedyncze, mało istotne użytkowo parametry jak np. protokół sterujący, z pominięciem parametrów podstawowych).

W odniesieniu do mocy nadajnika, odwołujący zauważył brak jednoznacznego określenia jakiego rodzaju i typu mocy wymaga zamawiający. Zakładając, że określenie „100 W” odnosi się do mocy emisyjnej nadajnika, a nie np. do mocy pobieranej ze źródła zasilania.

Żądanie. Odwołujący wnosil o jednoznaczne określenie, czy w przypadku mocy emisyjnej zamawiający pod pojęciem 100W wymaga mocy:

- emisyjnej nasycenia
- emisyjnej punktu 1 dB poniżej mocy nasycenia
- mocy liniowej - jeżeli tak, to zgodnie z jaką definicją (tj. w rozumieniu jakiej normy).

Biorąc pod uwagę powyższe, uznał za niezbędne doprecyzowanie parametrów ww. urządzeń. Ewentualnie, zamawiający powinien w SIWZ zawrzeć zapis, z którego wynikałoby wprost, iż zaakceptuje nadajniki o dowolnych gabarytach i wadze oraz dowolnym zapotrzebowaniu na rodzaj i moc zasilania.

Odwołujący wskazywał również na niski poziom wymagań zamawiającego w zakresie nadajników Ku, nadajników X, odbiorników Ku, odbiorników X - według odwołującego - może to skutkować otrzymaniem przez użytkownika końcowego terminali wyposażonych w nadajniki i odbiorniki praktycznie uniemożliwiające ich eksploatację, jakkolwiek w całości spełniające wymagania zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego: Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się wprost do powyższego zarzutu. Powołał się ogólnie na dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ. W tym modyfikacji, w zakresie treści załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu

zamówienia, w zakresie treści załącznika nr 1 do formularza oferty – parametry techniczne sprzętu oferowanego przez wykonawcę. Ponadto zamawiający dokonał modyfikacji treści Załącznika nr 8 do SIWZ (protokół z przeprowadzonych testów kompatybilności, integracji oferowanego urządzenia/stacji z istniejącym i realizującym swoje zadania systemem zamawiającego /w przypadku zaoferowania urządzeń równoważnych/) poprzez anulowanie i dodanie aktualnego załącznika nr 8 do SIWZ po modyfikacji (protokół z przeprowadzonych testów kompatybilności, integracji oferowanego urządzenia/stacji z istniejącym i realizującym swoje zadania systemem zamawiającego/w przypadku zaoferowania urządzeń równoważnych/po modyfikacji). Wszędzie tam, gdzie chodziło o opis urządzenia TIU dokonał wykreślenia trzech elementów technicznych, na które odwołujący złożył odwołanie, tj. translację komunikacji, monitoring parametrów oraz regulowanie tłumienia. W zakresie mocy nadajnika również została dokonana modyfikacja polegająca na doprecyzowaniu parametrów.

W trakcie rozprawy odwołujący oświadczył, że zgodnie z jego żądaniem zostały wykreślone trzy parametry urządzenia TIU – przez co zarzut w tym zakresie został uwzględniony. Zmiany te nie zadawały odwołującego, gdyż jego zdaniem zamawiający nie dokonał wyboru rozwiązań optymalnych, spośród możliwych i dostępnych rynkowo.

Stanowisko Izby: W zakresie w jakim w dniu 26 czerwca 2014 r. zamawiający zmodyfikował SIWZ - na podstawie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, modyfikacja ta w swoich skutkach równoznaczna jest z uwzględnieniem tych zarzutów odwołania – nie wymagających dalszego udowadniania, ani rozpatrywania. Z uwagi na dokonanie żądanych czynności w trakcie procedury odwoławczej, Izba nie nakazała umieszczenia postulowanych zmian w SIWZ.

W odniesieniu do pozostałych elementów zarzutu II.5., Izba uznała, że nie zasługują na one na uwzględnienie. Opis przedmiotu zamówienia, o ile tylko nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp i innych bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, należy do wyłącznej kompetencji zamawiającego. Jeżeli nawet istnieją na rynku urządzenia, które by w sposób bardziej optymalny mogły zaspokoić potrzeby zamawiającego – nie jest rolą odwołującego się wykonawcy domaganie się takich zmian, gdyż wykracza to poza dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ma prawo chronić swój własny interes, a nie występować w roli doradcy zamawiającego. Odwołujący nie udowadniał naruszenia swego interesu w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienia poprzez uchybienie przepisom ustawy Pzp, lecz twierdził, że sprzęt został opisany w sposób, który nie gwarantuje jego wysokiej jakości, albowiem proponowany przez niego byłby lepszy. Z reguły wykonawcom używającym takich argumentów, chodzi o dostosowanie opisu przedmiotu zamówienia do możliwości własnych złożenia oferty na sprzęt, który są w stanie zaoferować po konkurencyjnej cenie. Zamawiający nie musi uwzględniać takich propozycji.

Zarzut III naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 w zw. z art. 353¹ i 483 § 3 kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających równowagę stron umowy i prowadzących do nadużycia prawa podmiotowego zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający w Załączniku nr 5 do SIWZ, w § 9 Wzoru Umowy, zawarł postanowienia dotyczące opustu cenowego. Opust cenowy naliczany byłby w przypadku zwłoki w terminie realizacji dostaw. Odwołujący zwracał uwagę, że opust - wobec treści zapisów zawartych we Wzorze umowy - *de facto* zastępuje karę umowną naliczaną w przypadku wystąpienia zwłoki w wykonaniu dostaw, co wprost zmierza do omięcia przepisów dotyczących naprawienia szkody w przypadku zwłoki oraz do uniknięcia stosowania zasad dotyczących kar umownych wynikających m.in. z orzecnictwa sądów powszechnych. Zaznaczył, że w przypadku opustu, nie znajdują zastosowania m.in. przepisy o miarkowaniu kar umownych, a także zakaz kumulacji kar umownych naliczanych z tytułu zwłoki i z tytułu odstąpienia od umowy z powodu zwłoki (wynikający z orzecnictwa Sądu Najwyższego). Z tego względu zamawiający winien wykreślić w całości postanowienia dotyczące opustu i zastąpić je postanowieniami dotyczącymi kar umownych, z zastrzeżeniem, że kary umowne za ewentualne odstąpienie z powodu zwłoki nie będą naliczane łącznie z karami za zwłokę. Zwracał uwagę, że zamawiający w § 10 Wzoru Umowy przewidział również kary umowne, w tym, kary umowne za odstąpienie od umowy z powodu zwłoki.

W przekonaniu odwołującego - tak ukształtowane zapisy Wzoru Umowy są wprost niezgodne 483 § 3 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Wskazane postanowienia wykraczają poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów, o której mowa w art. 353¹ kodeksu cywilnego, gdyż kształtują treść stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego, w taki sposób, że zamawiający - jako silniejsza strona stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym - narzuca obowiązek udzielenia przez wykonawcę opustu, podczas gdy opust nie stanowi konstrukcji prawnej przewidzianej przepisami, szczególnie - jako forma odszkodowania, stąd utrudnia jakikolwiek sposób dochodzenia praw wykonawcy w przypadku niezasadności żądania opustu.

Odwołujący zwracał uwagę, że zasada swobody umów doznaje ograniczeń w szczególności w związku z celem i treścią stosunku prawnego oraz zakazem używania swego prawa podmiotowego niezgodnie z jego przeznaczeniem lub zasadami współzycia społecznego. To zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem SIWZ, która w

swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, ogólne warunki umowy lub jej wzór - które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazano w wyroku KIO z 27 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2649/11): „to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak; że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje”

Z tego względu wnosił o modyfikację zaskarżonych zapisów zgodnie z wnioskiem wskazanym na wstępie niniejszego punktu.

Stanowisko zamawiającego: W odniesieniu do zarzutu punktu III dotyczącego naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 w zw. z art. 353(1) i 483 § 3 kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających równowagę stron umowy i nadużycie własnego prawa podmiotowego - zamawiający informował, iż zgodnie z decyzją Ministerstwa Obrony Narodowej Departamentu Budżetowego, w celu ujednoczenia treści umów zawieranych z kontrahentami na realizację zadań inwestycyjnych finansowanych z Funduszu Modernizacji Sił Zbrojnych wprowadzono obowiązek umieszczania w umowach zapisów, iż w przypadku niedotrzymania terminu wykonania umowy - faktura musi uwzględniać przysługujący opust określony w treści umowy. Jednocześnie, zamawiający przedstawił kopię pisma w załączeniu i zwracał uwagę na fakt, iż we wzorze umowy zostały rozgraniczone opusty za nieterminową realizację dostaw od kar za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w przypadkach jej rozwiązania. Konstrukcja tych zapisów dotyczy przede wszystkim potrzeby rozgraniczenia:

- a) nieterminowego wykonania umowy - z zastosowaniem opustów;
- b) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy - gdzie dochodzi do jej rozwiązania w przypadkach określonych poniżej:
 - kara umowna w wysokości 20 % wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy przysługuje Zamawiającemu w razie odstąpienia lub rozwiązania umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego.
 - Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy, gdy Zamawiający odstąpi lub rozwiąże umowę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jak również od niego niezależnych, w tym z powodu wad dostarczonego przedmiotu umowy.
 - Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy w razie zaistnienia sytuacji, o której mowa w § 11 ust. 6.

Tym samym, za niezasadnie i nieznajdzące potwierdzenia w stanie faktycznym poczytał zarzuty formułowane w odwołaniu. Jako dodatkową kwestię warunkującą taki rozdział skutków nienależytego wywiązywania się przez wykonawcę z umowy - podał odmienną kwalifikację budżetową. O ile opusty stanowią zwrot środków do dysponenta I-go stopnia, to kary umowne należy klasyfikować jako przychody budżetowe.

Stanowisko Izby: Odwołanie przysługuje wykonawcy w razie naruszenia przepisów ustawy Pzp rzutujących na interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. W przypadku odwołań wnoszonych wobec postanowień SIWZ najczęściej dochodzi do naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez braki w opisie przedmiotu zamówienia: brak jednoznaczności, brak wyczerpującego charakteru, używanie niejednoznacznych określeń, nie podanie kompletnych wymagań – które to braki mogą mieć niekorzystny wpływ na sporządzenie oferty i możliwość skalkulowania ceny, lub też poprzez stwarzanie dla niektórych wykonawców – uprzywilejowanych warunków w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto podstawę do żądania zmian w SIWZ, stwarzałyby wykazanie naruszenia bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa.

Odwołujący w odniesieniu do stawianego zarzutu okoliczności takich nie przedstawił. Obowiązki stron – zamawiającego oraz wykonawcy – nie muszą być ustalone w SIWZ (we wzorze umowy) w sposób w pełni symetryczny. Dozwolone jest dla osiągnięcia celu zamierzonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – nałożenie na wykonawcę dodatkowych obciążeń i ryzyk, które jednakże nie mogą prowadzić do znaczącego zawężenia kręgu wykonawców, decydujących się na złożenie oferty, gdyż wówczas stanowiłoby to utrudnienie uczciwej konkurencji.

Okoliczności, o których mowa powyżej nie zostały przez odwołującego wykazane. Stosowanie upustów cenowych, w przypadku niedotrzymania wskazanych zobowiązań umownych wynika z praktyki zamawiającego, nie jest równoznaczne z dublowaniem kar umownych z tego samego tytułu. Ewentualne ryzyka z tego tytułu wykonawca może skalkulować w cenie oferty. Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut IV. Naruszenia art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień mogących skutkować istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w przedmiocie wykonania zamówienia w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zakazane jest wprowadzanie istotnych zmian do umowy, chyba, że zamawiający przewidział możliwość ich wprowadzenia i określił warunki takiej zmiany. W § 12 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy

Zamawiający podał m.in., że: „*Podstawą dokonania zmiany zapisów umowy będą: zmiana określonego producenta, typu; modelu przedmiotu umowy, w szczególności w przypadku zakończenia jego produkcji lub wycofania go z produkcji, z tym, że cena wskazana w § 2 nie może ulec podwyższeniu a parametry techniczne nie mogą być gorsze niż wskazane w załączniku do umowy.*” Tak określony warunek zmiany umowy poprzez użycie sformułowania „*w szczególności*” w żaden sposób nie wypełnia przesłanek umożliwiających wprowadzenia do umowy istotnych zmian.

Określenie warunku wprowadzenia zmiany zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, powinno polegać na konkretnym określeniu sytuacji kiedy zmiana może być wprowadzona, a tworzenie w takim przypadku katalogu otwartego okoliczności powoduje, że zmiana może zostać wprowadzona za zgodą obu stron z każdej przyczyny.

Taki zapis wprost narusza również art. 140 ust 1 ustawy Pzp, gdyż może doprowadzić do braku tożsamości pomiędzy zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie a faktycznie spełnionym świadczeniem. Przedmiotowe zapisy, tj. otwarty katalog przyczyn możliwej do wprowadzenia zmiany, uzależnia możliwość wprowadzenia tej zmiany w zasadzie jedynie od zgodnej woli stron. Taka konstrukcja jest wprost niezgodna z art. 141 (144) ust 1 ustawy Pzp.

Żądanie: nakazanie zamawiającemu wykreślenia z § 12 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy słów „*w szczególności*”.

Stanowisko zamawiającego: w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 140 ust 1 oraz art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień mogących skutkować istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w przedmiocie wykonania zamówienia w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie zawarte w treści § 12 wzoru umowy, zamawiający argumentował, że okoliczności tam wskazane zostały opisane w SIWZ w rozdziale XVII. Zamawiający pozostawał na stanowisku, że zawarty zapis warunkujący zmianę treści umowy w brzmieniu „... z tym że cena wskazana w § 2 umowy nie może ulec podwyższeniu, a parametry techniczne nie mogą być gorsze niż wskazane w załączniku do umowy..”, nie naruszają dyspozycji art. 140 ustawy Pzp. Tożsamość zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie jak również ewentualna zmiana nie będzie wykraczała poza określony przedmiot zamówienia opisany w SIWZ. Przy tym wskazał, iż zamawiający podaje w Opisie przedmiotu zamówienia parametry minimalne, a tym samym dopuszczając zmianę treści umowy warunkuje je w sposób jednoznaczny.

Stanowisko Izby. Izba uznała zarzut za zasadny. Zamawiający nie uwzględnił zarzutu i dokonał żądanej modyfikacji SIWZ w tym zakresie. Należało zważyć, iż ustawodawca dopuścił zmiany postanowień zawartej umowy – nawet istne, ale pod warunkiem, że

zamawiający przewidział możliwość takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Wolą ustawodawcy objęte jest w tym przypadku dokładne enumeratywne wyliczenie możliwych zmian umowy w trakcie realizacji zamówienia. Zmiana określonego producenta, typu; modelu przedmiotu umowy, (...) w przypadku zakończenia jego produkcji lub wycofania go z produkcji – jest jak najbardziej uzasadniona, ale zamawiający używając określenia „w szczególności” – podał ten przypadek jako przykładowy. Inne okoliczności niż w sytuacji zakończenia produkcji danego sprzętu – mogłyby stanowić zatem podstawę zmian umowy np. na wniosek wykonawcy, co byłoby niedozwolone nawet, gdyby nie miało to wpływu na cenę i parametry techniczne.

Nie można też było pominąć, że w przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych, wykonawca zobowiązany będzie poddać zaoferowany produkt testom akceptacyjnym. Dla uniknięcia testów poszczególni wykonawcy mogliby zaoferować sprzęt taki - jak zawarty w Opisie przedmiotu zamówienia – preferowany przez zamawiającego, a na etapie dostawy po zawarciu umowy - wnosiliby by o zmianę dowolnego komponentu dostawy - na co zezwala kwestionowany § 12 wzoru umowy. Parametry techniczne, które nie mogą być gorsze niż wskazane w załączniku do umowy – są rzeczą oceną i mogą zależeć od punktu widzenia oceniającego. Z kolei za sprzęt równoważny zamawiający uznawał taki, gdzie zaoferowano chociażby jedno rozwiązanie równoważne w stosunku do rozwiązania pożądanego przez zamawiającego, opisanego za pomocą nazw własnych.

Pozostawienie zapisu § 12 wzoru umowy – załącznika 5 do SIWZ w jego obecnym brzmieniu - mogłoby prowadzić do wprowadzania szerokiego zakresu zmian umowy, a w konsekwencji do niedozwolonej utraty tożsamości świadczenia wykonawcy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie – co przesądza o niezgodności z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 144 ust 1 tej ustawy. Skarżone postanowienia wzoru umowy naruszają wskazane przepisy ustawy Pzp i prowadzą do uchybienia zasadom równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z przestrzeganiem reguł uczciwej konkurencji.

Postępowanie dowodowe wykazało, że w znacznej części zarzuty odwołania zostały uwzględnione przez zamawiającego poprzez wprowadzenie modyfikacji postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Bez względu na to, że inni wykonawcy, włącznie z odwołującym zgłaszali zapytania do SIWZ, istotne jest, że zmienione zapisy SIWZ były objęte zarzutami odwołania. W przypadku ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie da się wykluczyć potencjalnego istotnego wpływu wadliwych postanowień SIWZ na wynik postępowania, chociażby ze względu na decyzję wykonawców, co do uczestnictwa w takim postępowaniu. Gdyby sytuacja była odmienna,

zamawiający nie decydowałby się na wprowadzanie zmian i modyfikacji SIWZ oraz ogłoszenia.

Jak była mowa wyżej dokonanie modyfikacji w zakresie związanym z zarzutami odwołania, wyczerpującej treść żądania stanowi o uwzględnieniu zarzutu odwołania. W sytuacji przeprowadzenia wnioskowanych zmian – nakazywanie ich dokonania przez Izbę byłoby bezprzedmiotowe w oparciu o art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Nakazywanie dokonania czynności, powtórzenie czynności, unieważnienia czynności jest uprawnieniem Izby, jeżeli stwierdzi zaistnienie przesłanek ustawowych – jak wynika z treści art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto w procedurze odwoławczej w sprawach zamówień publicznych, uwzględnienie przez Izbę chociażby jednego z zarzutów przedstawionych w odwołaniu jest równoznaczne z uwzględnieniem odwołania w całości - ze skutkami orzeczenia o kosztach stosownie do wyniku sporu.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do postanowień § 3 i 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....