

Sygn. akt: KIO 1854/14

WYROK

z dnia 24 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2014 r. przez wykonawcę: **NETIA S.A. w Warszawie (02-822), ul. Poleczki 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w Warszawie (00-909), ul. Żwirki i Wigury 9/13**

przy udziale wykonawców:

- **Exatel S.A. w Warszawie (04-164), ul. Perkuna 47,**
- **Orange Polska S.A. w Warszawie (02-326), Al. Jerozolimskie 160**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **NETIA S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **NETIA S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na realizację zadania: *„Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa”* zostało wszczęte przez Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w Warszawie, zwanym dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 094-165308) w dniu 16 maja 2014 r.

W dniu 9 września 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: NETIA S.A. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym. Zarzucał on Zamawiającemu, iż ten:

- *„wadliwie dokonał odrzucenia oferty wstępnej złożonej przez Netię S.A. poprzez stwierdzenie jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla obu części zamówienia;*
- *wadliwie zaniechał poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty wstępnej Netii S.A. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;*
- *wadliwie zaniechał wezwania wykonawcy Netia S.A. do złożenia wyjaśnień w sprawie treści oferty wstępnej.”*

Tak zidentyfikowane działania Zamawiającego miały stanowić, w ocenie Odwołującego, naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 87 ust. 2 pkt 3), art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu *„powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert wstępnych oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wstępnej złożonej przez wykonawcę Netia S.A.”.*

W dniu 12 sierpnia 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli Prezesowi Izby wykonawcy (każdy odrębnie): Exatel S.A. w Warszawie oraz Orange Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej Przystępującymi lub uczestnikami postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego przekazane przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem dokumenty, a ponadto odwołanie oraz protokół z posiedzenia i rozprawy przez Izbą sporządzonych w sprawie KIO 1042/14, jak również tabele przedstawione przez Odwołującego w tym zakresie, w jakim zostały one przekazane stronie przeciwnej. Nie mogło bowiem zostać uwzględnione jako dowód w sprawie tabelaryczne zestawienie sporządzone przez Odwołującego, raz: z uwagi na charakter tegoż zestawienia, które *de facto* było oświadczeniem Odwołującego, a więc jedynie jego pisemnym stanowiskiem w sprawie, dwa: nie zostało ono przekazane Zamawiającemu, stąd też druga strona sporu nie mogła się ustosunkować do treści w tymże zestawieniu zawartym.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że w pkt § 4 ust. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający dokonał podziału na dwie niezależne części, przy czym w § 4 ust. 5 SIWZ dopuścił on możliwość złożenia ofert wstępnych na obie części zamówienia.

Zgodnie z § 4 ust. 3 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla każdej z części zawarty został w dwóch odrębnych załącznikach do SIWZ (nr 1 i 2), stanowiących wzory umów z ich załącznikami.

We wzorze umowy właściwym dla części pierwszej zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), w § 3 ust. 4, Zamawiający postanowił, że „*Łącza uruchamiane i przekazywane do eksploatacji przez wykonawcę, zgodnie z załącznikami nr 1 i 2 [do wzoru umowy],*

mogą być realizowane przy użyciu różnych środków i technologii (np. drogą kablową, radioliniową, satelitarną lub z wykorzystaniem środków mobilnych) pod warunkiem dostarczenia łączy zgodnie ze standardami określonymi w załączniku nr 3 oraz z wymaganymi parametrami technicznymi określonymi w załączniku nr 4. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wskazania technologii wykonania łączy w konkretnych przypadkach określonych w załącznikach nr 1 i 2, bez ponoszenia dodatkowych opłat. Analogiczny zapis zawarty został w § 3 ust. 4 załącznika nr 2 do SIWZ (wzór umowy właściwy dla części drugiej zamówienia).

Zgodnie z § 16 ust. 5 pkt 1) i 2) każdego z wzorów umowy, załącznikom nr 1 i 2 do każdego z wzorów umowy nadana została klauzula „TAJNE”. Zgodnie z § 6 ust. 2 SIWZ wykonawca w ofercie wstępnej miał nie zamieszczać żadnych informacji niejawnych.

Zamawiający wymagał w § 6 ust. 1 SIWZ, aby oferta wstępna była przygotowana zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ, w § 6 ust. 3 pkt 2) SIWZ doprecyzował, że treść oferty wstępnej musi odpowiadać treści SIWZ.

Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez Strony, a także przedstawionymi przez Zamawiającego dokumentami, Izba ustaliła, że Odwołujący najpóźniej w dniu 28 lipca 2014 r. znalazł się w posiadaniu kompletnej SIWZ, w tym powołanych załączników do każdego z wzorów umowy, którym nadana została klauzula „TAJNE”, z tym tylko zastrzeżeniem, że z tymi ostatnimi mógł on pracować jedynie we własnej kancelarii tajnej.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2014 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania do niego skierowane, a odnoszące się do treści SIWZ. W odpowiedzi na pytanie 13: *„Czy Zamawiający na etapie negocjacji wskaże wykonawcom lokalizacje, w których określi możliwą technologię realizacji łączy? Oraz w jakiej liczbie lokalizacji, Zamawiający zamierza wskazać wykonawcy technologię realizacji łączy?”*, którego autorem był Odwołujący, Zamawiający wyjaśnił co następuje: *„W załączniku nr 2 do wzoru umowy, Zamawiający wskazał już technologię wykonania łączy do bezwzględnego stosowania. Zamawiający zastrzega sobie możliwość wskazania w trakcie negocjacji dodatkowych łączy, dla których określi możliwą technologię realizacji łączy”*.

Termin składania ofert wstępnych upłynął w dniu 25 sierpnia 2014 r. Przed jego upływem czterech wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty, w tym Odwołujący i obaj Przystępujący.

Pismem z dnia 1 września 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty wstępnej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W jego ocenie oferta ta „nie uwzględniała zastrzeżeń Zamawiającego przedstawiając własne rozwiązania wykonania odcinków doprowadzeniowych łączy zastrzeżonych a oznaczonych w dokumentacji postępowania jako: E131, E137, E138 oraz E139 dla części I zamówienia i T107, T108, T162, T237, T248, T343, T345, T355 dla części II zamówienia, w technologii radioliniowej”.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie. Nie kwestionował on poczynionych przez Zamawiającego ustaleń faktycznych, zgadzając się z tym, iż treść złożonej przez niego oferty wstępnej nie odpowiada treści SIWZ. Stał jednak na stanowisku, iż Zamawiający powinien był w rozpoznawanej sprawie treść oferty wstępnej, w zakresie w jakim była ona sprzeczna z treścią SIWZ, uznać za ustaloną omyłkowo, a następnie poprawić ją działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Odwołujący oświadczył, iż jego zamiarem było złożenie oferty odpowiadającej w pełni wymaganiom Zamawiającego. Wskazywał, że do powstania ustalonej przez Zamawiającego rozbieżności przyczyniło się objęcie klauzulą „TAJNE” załączników nr 2 do każdego z wzorów umowy, co utrudniało dostęp do tych dokumentów, a tym samym czyniło bardziej prawdopodobnym powstanie omyłki. Trudności w sporządzeniu oferty wstępnej miało też przysporzyć Odwołującemu brak wyraźnego wskazania w formularzach ofertowych na wymagania zawarte w treści załączników nr 2 do każdego z wzorów umowy, jak również mało przejrzysta redakcja samych tych załączników. Zdaniem Odwołującego zaistniałych w złożonej przez niego ofercie wstępnej błędów nie należało oceniać, jako takich, których poprawienie spowoduje powstanie istotnych zmian w treści tej oferty. Wskazywał w tym kontekście szczególnie na charakter przypisywany ofercie wstępnej (traktowanej przez niego, jako niewiążące wykonawcy stanowisko negocjacyjne) oraz możliwość poprawienia stwierdzonych rozbieżności przez Zamawiającego we własnym zakresie, a także niewielką, stosunkowo do całego przedmiotu zamówienia, ilość zapisów, które należałoby skorygować. Uważał on ponadto, że Zamawiający był zobowiązany skierować do niego wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego również bezpodstawnie, jego zdaniem, zaniechał.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia

w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Dla rozstrzygnięcia rozpoznawanego odwołania istotnym było przesądzenie o charakterze oferty wstępnej składanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, a także o zbiorze przepisów, które znajdą do niej zastosowanie.

Oferta wstępna jest traktowana w głównej mierze, jako stanowisko negocjacyjne wykonawcy stanowiące odpowiedź na skierowane do niego przez zamawiającego zaproszenie do jej złożenia. Tak też Izba w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO/UZP 1780/10. Pamiętać jednak należy, iż oświadczenie wykonawcy w tejże ofercie wstępnej zawarte składane jest w określonych okolicznościach, a w szczególności w kontekście treści SIWZ, która została temu wykonawcy przekazana przez zamawiającego wraz z powołanym zaproszeniem. Uwzględniać należy przy tym również cel, jakiemu złożenie tegoż oświadczenia ma służyć, tj. przeprowadzenie negocjacji z zamawiającym, który w ich wyniku będzie mógł podjąć decyzję o zaistnieniu konieczności doprecyzowania lub uzupełnienia treści SIWZ (art. 58 ust. 2 i art. 59 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Jak podkreślono to w wyroku wydanym w sprawie KIO 2420/12: *„Zwrócić należy uwagę, iż przedmiot negocjacji z wykonawcami nie jest dowolny. Negocjacje powinny opierać się na treści złożonych ofert wstępnych, bowiem celem negocjacji jest doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia albo doprecyzowanie lub uzupełnienie projektu umowy przedłożonego wykonawcom wraz ze specyfikacją (art. 58 ust. 2 ustawy Pzp).”*

W świetle powyższego oczywistym jest zatem to, iż ustawodawca w sposób wyraźny odróżnił byt i istotę oferty wstępnej od oferty (którą określić można na potrzeby tego trybu, jedynie w celu odróżnienia jej od oferty wstępnej, ofertą ostateczną bądź właściwą) składanej zamawiającemu w odpowiedzi na zaproszenie przez niego skierowane już po zakończeniu negocjacji. To do tej drugiej oferty (ostatecznej, właściwej) znajdą w pełni zastosowanie przepisy działu II rozdziału 4 ustawy Pzp – *„wybór oferty najkorzystniejszej”*. Do oferty wstępnej, zgodnie z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp zastosowanie znajdą jedynie wybrane przepisy tegoż rozdziału, a i te stosować należy odpowiednio: *„przepisy art. 82-84, art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2-4 stosuje się odpowiednio”*. Z przytoczonej regulacji wynika w sposób niezbity, iż wolą ustawodawcy było badanie przez zamawiającego ofert wstępnych przez pryzmat norm prawnych wpływających z przytoczonych, wybranych przepisów ustawy Pzp, a także odrzucenie tychże ofert wstępnych w przypadkach, gdy spełnione zostaną przesłanki określone powołanymi przepisami. Możliwość odrzucenia, a uwzględniając brzmienie art. 89 ustawy Pzp, wręcz obowiązek odrzucenia, ofert wstępnych

wyływa z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Stąd też uznać należy, że obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie przedstawionych mu ofert wstępnych z uwzględnieniem przepisów, do których odsyła art. 57 ust. 2 ustawy Pzp, pamiętając przy tym, iż stosować je należy nie wprost, a odpowiednio. Pamiętać przy tym należy, iż to właśnie tylko przez to odesłanie możliwe jest stosowanie do ofert wstępnych określonych przepisów ustawy Pzp, które wprost odnoszą się do ofert (ostatecznych, właściwych). Stąd brak odniesienia w art. 57 ust. 2 ustawy Pzp do innych przepisów ustawy określa granice kompetencji Zamawiającego, a tym samym ogranicza czynności, które może on podjąć wobec ofert wstępnych jedynie to tych, które są możliwe do podjęcia na podstawie wyraźnie wskazanych w art. 57 ust. 2 ustawy Pzp przepisów.

Ważną dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie okolicznością jest to, że w powołanym art. 57 ust. 2 ustawy Pzp brak odesłania do art. 87 ustawy Pzp, jako do jednego z przepisów, które znajdują zastosowanie w odniesieniu do oferty wstępnej. Pozwala to przyjąć, iż wolą ustawodawcy było wyłączenie zastosowania tegoż przepisu w toku badania ofert wstępnych. Interpretację tę wzmacnia brak odesłania w art. 57 ust. 2 do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, który wprost koresponduje z powołanym art. 87 ustawy Pzp. Okoliczności te, a także zawarte w art. 57 ust. 2 ustawy Pzp wskazanie, że przywołane tam przepisy stosować należy odpowiednio, uzasadniają twierdzenie, iż w odniesieniu do ofert wstępnych przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp należy, stosując go odpowiednio, odczytywać tak, jakby nie było w nim znajdującego się po przecinku zastrzeżenia zawierającego odesłanie do art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było stosowanie do ofert wstępnych regulacji zawartej w art. 87 ustawy Pzp, a w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp przywołałby on tenże przepis w treści art. 57 ust. 2 ustawy Pzp. Podobnie Izba w orzeczeniach wydanych w sprawie KIO/UZP 1242/09, KIO/UZP 1243/09 czy też KIO 802/11.

Stąd też w przypadku, gdy zamawiający ustali, że treść przedstawionej mu przez wykonawcę oferty wstępnej nie odpowiada treści SIWZ, winien taką ofertę odrzucić. Twierdzenie to znajduje swe uzasadnienie w szczególności w odniesieniu do tych postanowień SIWZ, co do których zamawiający w sposób wyraźny przesądził, że nie będą one objęte negocjacjami, a tym samym są one dla wykonawców wiążące i ostateczne. Pamiętać však należy, że zgodnie z art. 59 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest władny doprecyzować lub uzupełnić SIWZ wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Stąd też wyłączenie możliwości negocjowania określonych postanowień SIWZ (elementów opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy zgodnie z art. 58 ust. 2 ustawy Pzp),

uprawnia tym samym Zamawiającego do weryfikacji przez pryzmat tych właśnie postanowień treści ofert wstępnych i rozstrzyganiu w oparciu o nie o niezgodności treści badanych ofert wstępnych z treścią SIWZ. Podobnie Izba w wyroku wydanym w sprawie KIO 1315/12, KIO 1330/12, gdzie wskazano: „że tylko w przypadku stanowczego określenia w s.i.w.z. wybranych parametrów z treści specyfikacji technicznej jako niepodlegających zmianie w toku postępowania, odmienna propozycja ze strony wykonawcy skutkowałaby koniecznością odrzucenia oferty wstępnej. Zamawiający ma prawo określić swoje bezwzględne wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia również w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem – już w s.i.w.z., którą przesyła wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych. Jest to równoznaczne z zakreśleniem w prowadzonym postępowaniu skonkretyzowanych i węższych granic negocjacji w stosunku do ogólnej regulacji art. 59 ust. 2 pzp. Prowadzenie dalszych negocjacji w zakresie parametrów bezwzględnie obowiązujących, których niespełnianie skutkowało odrzuceniem ofert wstępnych, prowadziło de facto do zakwestionowania zasadności czynności podjętych na wcześniejszym etapie postępowania. Choć w ujęciu wąskim nie dochodziłoby w ten sposób do odmiennego traktowania wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji, to jednak godziłoby to w przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a patrząc przez pryzmat całego postępowania, prowadziło również do ich nierównego traktowania.”

Mając powyższe na uwadze, a także okoliczność, iż istnienie rozbieżności pomiędzy treścią złożonej przez Odwołującego oferty wstępnej, a treścią przekazanej wykonawcom SIWZ, nie było pomiędzy Stronami sporne, Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie nie zostało wykazane, aby Zamawiający bezpodstawnie odrzucił złożoną przez Odwołującego ofertę wstępną. Nie był on bowiem władny, co wynika z przywołanych przepisów ustawy Pzp, doprowadzić do dopuszczalnego w świetle przepisów prawa poprawienia zaistniałych w ofercie wstępnej złożonej przez Odwołującego błędów powodujących niezgodność treści tejże oferty wstępnej z treścią SIWZ.

Uwzględniając tak poczynione rozstrzygnięcie, właściwym wydaje się wskazanie jedynie na marginesie, że nawet gdyby przepisy ustawy Pzp dopuszczały możliwość zastosowania wobec ofert wstępnych regulacji wyływającej z art. 87 ustawy Pzp, a w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3), to i tak oferta wstępna złożona przez Odwołującego powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W okolicznościach rozpoznanej sprawy zaistniały w ofercie wstępnej błąd nie mógł zostać uznany za omyłkę, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Istotną dla takich wniosków okolicznością jest jednoznaczna treść odpowiedzi na pytanie nr 13 zawartej w piśmie z dnia 12 sierpnia 2014 r., a także fakt, iż pytanie to zostało skierowane do Zamawiającego właśnie przez Odwołującego. To ostatnie zdaje się potwierdzać, iż Odwołujący już na tym etapie przywiązywał szczególną wagę do tych właśnie wymagań Zamawiającego i dążył do odpowiedniego ich wyjaśnienia. Odpowiadając na powołane pytanie Zamawiający stwierdził w sposób kategoryczny, że w załączniku nr 2 do umowy określona została technologia „*wykonania łączy do bezwzględnej stosowania*”. Dobitnie zatem podkreślił, że w określonych przez siebie przypadkach nie dopuszcza możliwości zaoferowania mu innej niż przewidziana w odpowiednich zapisach SIWZ (załącznikach do niej) technologii. Z tego zastrzeżenia wynika z kolei to, iż Zamawiający wyłączył możliwość prowadzenia z wykonawcami jakichkolwiek negocjacji w tym zakresie, koniecznym było tym samym zaoferowanie mu wykonania łączy w wymaganej przez niego technologii. Z tegoż zastrzeżenia wynika również to, iż te elementy opisu przedmiotu zamówienia uznać należy za szczególnie dla Zamawiającego istotne – za szczególnie ważne należy bowiem uznać te elementy opisu przedmiotu zamówienia, co do których po stronie Zamawiającego istniała pewność co do ich zasadności i potrzeby ich sformułowania do tego stopnia, że wyłączył możliwość objęcia ich negocjacjami w toku postępowania prowadzonego w trybie, którego to właśnie negocjacje co do ostatecznego kształtu opisu przedmiotu zamówienia są istotą i cechą ten tryb wyróżniającą. Dlatego też dokonanie postulowanej przez Odwołującego zmiany treści złożonej przez niego oferty wstępnej w zakresie wskazania na technologię wykonania łączy musiałoby zostać uznane za ingerencję w treść oferty wstępnej, która spowodowałaby istotne zmiany w tejże treści, a to szczególnie z uwagi na akcent, jaki położył Zamawiający przy określaniu tego właśnie wymogu w SIWZ. Dlatego też, w rozpoznawanej sprawie za mniej istotne należałoby uznać to, do jakiej ilości lokalizacji określenie to zostało odniesione. Ważniejszym był bowiem kategoryczny sposób jego sformułowania i wyłączenie go poza nawias elementów opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby zostać objęty negocjacjami z wykonawcą.

W świetle oświadczeń złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izłą, zgodnie z którymi termin na sporządzenie oferty wstępnej był wystarczający, został mu zapewniony odpowiedni dostęp do wszystkich dokumentów składających się na SIWZ, a ich treść była dla niego jasna, niezrozumiałymi wydają się sformułowane w odwołaniu argumenty odwołujące się do utrudnionego dostępu do utajnionych załączników (potwierdził, że dokumenty te znajdowały się w jego kancelarii tajnej), niewłaściwej redakcji formularzy ofertowych, czy niewłaściwej konstrukcji opisu przedmiotu zamówienia.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wstępnej złożonej przez Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący: