

Sygn. akt: KIO 251/14

**WYROK**  
z dnia 21 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum - **ASSECO Poland S.A., VIATELECOME Sp. z o.o., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Zagórz, ul. 3 Maja 2, 38-540 Zagórz,**

przy udziale wykonawcy **STIMO N..... Sp. J., ul. Sikorskiego 11a, 38-400 Krosno,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum - **ASSECO Poland S.A., VIATELECOME Sp. z o.o., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ASSECO Poland S.A., VIATELECOME Sp. z o.o., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ASSECO Poland S.A., VIATELECOME Sp. z o.o., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** na rzecz **Gminy Zagórz, ul. 3 Maja 2, 38-540 Zagórz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Gminę Zagórz na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest realizacja projektu pod nazwą „Eliminacja wykluczenia cyfrowego w Gminie Zagórz.”

Wnoszący odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm - ASSECO Poland S.A. (Lider Konsorcjum) z Rzeszowa oraz VIATELECOME Sp. z o.o. z Wrocławia [Odwołujący lub Konsorcjum] podnieśli zarzut zaniechania badania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oceny ofert, a w ich wyniku bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jak również wykluczenie jego z postępowania oraz wybór oferty STIMO N..... Sp. j. z siedzibą w Krośnie, jako oferty najkorzystniejszej.

Powyższe czynności, zdaniem Odwołującego, naruszają art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 tej ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na niewłaściwe zastosowanie przepisów i niezasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania oraz odrzucenie jego oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp, a *ponadto* art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz badania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazanie uznania oferty Odwołującego za zgodną z treścią SIWZ i podlegającą ocenie, nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia ewentualnie brakujących dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, alternatywnie - nakazanie Zamawiającemu uznania oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oraz jej wybór w tym postępowaniu. Z ostrożności, Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, albowiem - jeżeli uznać – zdaniem wykonawcy, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu – to nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, gdyż oferta uznana za najkorzystniejszą zawiera analogiczne błędy, które stanowiły przyczynę do odrzucenia oferty Odwołującego. W tym miejscu podał, że analogiczne błędy w tej ofercie Odwołujący wskaże w trakcie rozprawy.

Zdaniem Odwołującego takie działanie Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców, a zatem zasługuje na ochronę w myśl postanowień przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako że Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że w informacji o wyniku badania i oceny ofert, został poinformowany o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgadzając się z decyzją, jak również z argumentacją Zamawiającego podniósł, że w tej sprawie oferta Odwołującego została odrzucona z powodu określonych okoliczności, przy czym oferta konkurencyjnego, zawierająca tożsame „błędy”, została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący stwierdził także, że (...) Jakkolwiek przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie umożliwia składania odwołania na zaniechanie czynności (zaniechanie odrzucenia ofert konkurencji), to jednak w myśl postanowień przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, każdy uczestnik postępowania przetargowego ma prawo żądać przestrzegania elementarnej zasady równego traktowania wykonawców, czego wyrazem jest niniejsze odwołanie. Dalej podniósł, że celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wskazując na orzecznictwo stwierdził, że w przypadku, gdy Zamawiający dostrzeże nieprawidłowości oferty (przykładowo jej niezgodność z SIWZ) nie może przejść nad tym do porządku, choćby wcześniej traktował w tym zakresie ofertę za poprawną, niezależnie czy dostrzeżenie tych niedoskonałości jest wynikiem rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę, czy też dostrzeżenia ich przez samego zamawiającego..

W świetle powyższego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców i analogicznego traktowania jego oferty, jak oferty STIMO N..... Sp. j. z Krosna.

Koncentrując się na meritum zagadnienia Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy została odrzucona, albowiem Zamawiający wskazał na niezgodności z postanowieniami SIWZ m.in. parametrów routera brzegowego, z czym Odwołujący się nie zgadza.

Dalej podał, że Zamawiający powołał się na ustalenia dokonane w wyniku korespondencji z Cisco Systems Poland Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, w przypadku wątpliwości dotyczących oferty Odwołującego, w pierwszej kolejności Zamawiający powinien skorzystać z dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wyjaśnić treść oferty z jej autorem, a nie podmiotem, który po pierwsze, może być handlowo związany z konkurencją Odwołującego, a po drugie, nie jest podmiotem uprawnionym do występowania w imieniu producenta urządzeń Cisco, a wyłącznie w imieniu własnym.

Odwołujący stwierdził, że korzysta z innego kanału dystrybucyjnego niż Cisco Systems Poland Sp. z o.o., więc naturalnym jest, że nie leży w interesie tegoż podmiotu potwierdzanie jakichkolwiek informacji prowadzących, czy przyczyniających się do wyboru oferty Odwołującego. Ponadto firma Cisco Systems Poland Sp. z o.o. nie posiada monopolu na wyrażanie oświadczeń w imieniu producenta produktów Cisco. Cisco Systems Poland Sp. z o.o. jest jednym z wielu dystrybutorów urządzeń Cisco, przy czym nie jest to dystrybutor z pośrednictwa którego korzysta Odwołujący.

Wnoszącego odwołanie podkreślił, że Zamawiający w żaden sposób nie starał się rozwiązać powziętych wątpliwości u składającego ofertę, czy nawet u dystrybutora, z którym współpracuje w tym postępowaniu Odwołujący.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z orzecznictwem, z charakteru przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika nie tylko możliwość dokonania przez Zamawiającego wyjaśnień treści złożonej oferty, ale wobec faktu, że to na Zamawiającym leży ciężar prawidłowego badania oraz oceny złożonych oferty, obowiązkiem Zamawiającego jest skorzystanie z dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku pojawienia się wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty. Adresatem wyjaśnienia powinien być jednak sam zainteresowany, który dane oświadczenie złożył (Odwołujący), a nie jakikolwiek inny podmiot, a już zapewne nie podmiot, który nie posiada wiedzy w przedmiotowym (treści oferty) zakresie.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą zarówno sądów jak i Krajowej Izby Odwoławczej czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 tej ustawy. Wyjaśnienia takie stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą, a ponadto zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się

jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień.

Wnoszący odwołanie stwierdził także, że analogiczna argumentacja odnosi się do pkt 2) uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. W tym przypadku Zamawiający prowadził z Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., który to podmiot nie jest umocowany do składania oświadczeń w imieniu wszystkich dystrybutorów sprzętu Hewlett-Packard na Polskę. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. (podobnie jak Cisco Systems Poland Sp. z o.o.) może posiadać wyłącznie wiedzę w zakresie standardowych rozwiązań dotyczących produktów Hewlett-Packard, natomiast nie ma wiedzy, co do umów handlowych dotyczących Odwołującego i dystrybutorów sprzętu Hewlett-Packard, w tym również wiedzy na temat niestandardowych rozwiązań w oferowanych produktach. Podkreślił, że Zamawiający o wyjaśnienie treści oferty Odwołującego wystąpił do podmiotu (Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.), który w rzeczonym zakresie (rzekomej niezgodności oferty z treścią SIWZ) nie ma najmniejszej wiedzy, bowiem sporny parametr (klucze szyfrowania) nie jest domeną producenta sprzętu (komputera), a producenta oprogramowania.

Odwołujący podkreślił, że żaden z argumentów Zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w faktach, a złożona przez Odwołującego oferta jest ważna. Celem potwierdzenia powyższego oświadczenia (zgodnego z oświadczeniem złożonym wraz z ofertą) stwierdził, że przedstawi w trakcie rozprawy stosowne dokumenty podmiotów trzecich.

Zdaniem Odwołującego, kolejnym ważnym aspektem w sprawie, jest fakt, że Zamawiający wezwał wykonawcę (na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) do uzupełnienia szeregu dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ. Jego zdaniem, wezwanie wynikające z postanowienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest czynnością fakultatywną, bowiem w przypadku, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (co twierdzi sam Zamawiający) lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania, Zamawiający nie ma uprawnienia wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, zamiast - w ślad za własnym twierdzeniem - odrzucić ofertę Odwołującego (ze skutkiem ewentualnego postępowania odwoławczego w tym zakresie) postanowił go „ponadmiarowo” wezwać do uzupełnienia dokumentów niepotrzebnych na ówczesnym etapie badania ofert. Takie działanie Zamawiającego nie

znajduje umocowania w przepisach ustawy Pzp i stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, jeżeli nawet uznać ewentualne braki w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, jak również, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, czynność uzupełnienia dokumentów powinna być konwalidowana w świetle przepisu art. 58 § 1 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp bowiem dotychczasowe wezwanie Zamawiającego - jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp było nieważne.

Odwołujący podkreślił, że w dacie udzielania odpowiedzi, nie miał świadomości, że Zamawiający prowadzi jakąkolwiek korespondencję z podmiotami trzecimi i zamierza odrzucić jego ofertę. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie**, w pierwszej kolejności stwierdził, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem zarzuty naruszenia art. 87 ust.1 oraz art. 26 ust.3 i art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp powinny być przez Izbę pominięte. Co do pozostałych zarzutów wniósł o ich oddalenie, wskazując w szczególności, że (...) Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby zaoferowane przez niego urządzenia spełniają wymagania określone w PFU. Cała argumentacja odwołania sprowadza się po pierwsze do podkreślania, że Zamawiający winien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, po drugie - do dezawuowania informacji otrzymanych odpowiednio od Cisco Systems Poland Sp. z o.o. oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. Tymczasem Odwołujący winien przede wszystkim wykazać, że treść jego oferty odpowiada treści SIWZ, czego bez wątplenia nie uczynił”.

Odnosnie zarzutu zaniechania wyjaśnienia u Odwołującego treści jego oferty podał, że w jego ocenie nie było i nie ma żadnych podstaw do tego, aby skorzystać z dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zwracać się do Odwołującego o takie wyjaśnienia w sytuacji, gdy (...) Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do treści oferty Odwołującego. Treść ta była i jest jasna i zrozumiała, tzn. w ofercie jasno i wyraźnie wskazano, jaki sprzęt i czyjej produkcji został Zamawiającemu zaoferowany, odpowiednio w przypadku routera brzegowego - router CISCO ISR G2 2921 produkowany przez firmę Cisco, w przypadku komputera przenośnego opisanego w pkt 5.2. PFU - komputer HP Probook 450G1, produkowany przez firmę HP. Nie wiadomo zatem w jakim zakresie Zamawiający miałby się zwrócić do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, skoro treść ta żadnych wątpliwości

Zamawiającego nie budziła - zaoferowane urządzenia zostały w niej jednoznacznie określone, są to urządzenia produkowane przez wskazanych powyżej producentów i sprzedawane pod nazwami podanymi w ofercie Odwołującego, Zamawiający nie miał zatem żadnych trudności z ustaleniem tego, co faktycznie zostało mu zaoferowane”.

Zamawiający podał także, że (...) prowadząc niniejsze postępowanie konsekwentnie zwracał się do wykonawców o wyjaśnienia wtedy, kiedy treść oferty fatycznie budziła jego wątpliwości. Przykładowo, Zamawiający odnośnie oferty Odwołującego [pismem z dnia 24 stycznia 2014 r.] zwrócił się o wyjaśnienia, co do producenta zaoferowanego przez Odwołującego oprogramowania Open Office PL, ponieważ w tym zakresie oferta Odwołującego była niejasna. Takiej niejasności, jak i żadnej innej, nie było natomiast w przypadku zaoferowanych przez Odwołującego routera CISCO ISR G2 2921 oraz komputera HP Probook 450G1”.

W odniesieniu do wyjaśnianych kwestii z przedstawicielami producentów podał, że wątpliwości dotyczyły (...) czy faktycznie zaoferowane przez Odwołującego urządzenia spełniają wymagania PFU, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ. Zamawiający, dokładając najwyższej staranności, samodzielnie zweryfikował czy urządzenia zaoferowane przez Odwołującego posiadają właściwości wymagane w PFU, słusznie zakładając, że Odwołujący nie będzie miał żadnego interesu w przyznaniu, iż zaoferował sprzęt niespełniający wymagań PFU, a tym samym że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Dlatego też Zamawiający najpierw skonfrontował wymagania PFU z ogólnodostępnymi materiałami technicznymi producentów urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego, tj. odpowiednio Cisco i HP, a gdy okazało się, że w świetle tych materiałów ww. urządzenia nie spełniają wymagań PFU Zamawiający zwrócił się do polskich spółek - córek ww. producentów z prośbą o zweryfikowanie jego ustaleń. Zamawiający uczynił to przede wszystkim w celu uniknięcia pomyłki, gdyż dostępne mu materiały techniczne producentów urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego mogły się okazać nieaktualne, a Zamawiającemu zależało na obiektywnym ustaleniu czy treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ. Wobec jednoznacznego potwierdzenia odpowiednio przez Cisco Systems Poland Sp. z o.o. oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., że urządzenia zaoferowane przez Odwołującego nie spełniają wymagań PFU, niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie budziła żadnych wątpliwości Zamawiającego”. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający - wnosząc o dopuszczenie jako dowodu - przedłożył pisma Cisco Systems Poland Sp. z o.o. z dnia 22 stycznia 2014 r. oraz pisma Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 11 lutego 2014 r. wraz z jego zapytaniami. Podał również, że o traktowaniu ww. spółek odpowiednio przez Cisco i HP, jako swoich oddziałów w Polsce świadczy również to, że są one wymienione w



Certyfikatach ISO 9001: 2008 posiadanych przez ww. producentów. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedłożył – wnosząc także o dopuszczenie jako dowodu - certyfikat 9001: 2008 dla producenta Cisco oraz certyfikat 9001: 2008 dla producenta HP wraz z tłumaczeniami.

Powołując się na orzecznictwo, Zamawiający stwierdził, że w przypadku, gdy wykonawca oferuje urządzenia inne (zmodyfikowane) niż wynika z oznaczeń modeli, które podaje w ofercie, powinien wyraźnie zaznaczyć to i udokumentować w treści oferty. Jego zdaniem, W przeciwnym wypadku, tzn. gdy z treści oferty (tu: oznaczenia modelu) wynikają informacje dowodzące niezgodne z wymaganiami siwz parametry dostawy, stwierdzić należy sprzeczność oferty z siwz. Podkreślił, że w ofercie Odwołującego brak jest jakiegokolwiek informacji, choćby sugerującej, że zaoferowane przez niego produkty, tj. router CISCO ISR G2 2921 oraz komputer HP Probook 450G1 posiadają inną konfigurację niż standardowa, a nazwy, którymi posłużył się Odwołujący w ofercie, wskazują na konkretne urządzenia o konkretnych parametrach czy właściwościach, przy czym te parametry, czy właściwości nie spełniają wymagań SIWZ.

Odnosnie zarzutu zastosowania art. 26 ust. 3 - 4 ustawy Pzp podał, że (...) Dopiero po uzupełnieniu dokumentów i złożeniu wyjaśnień, Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Podkreślił, że w dniu, w którym wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów nie wykrył jeszcze niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, z niezgodności tej zdał sobie sprawę dopiero później. Powyższe wynika chociażby z zestawienia daty pisma zawierającego wezwanie do uzupełnienia, kierowanego do Odwołującego (pismo z dnia 07 stycznia 2014 r.) z datą pism skierowanych przez Zamawiającego do Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. oraz Cisco Systems Poland Sp. z o.o. (oba pisma z dnia 16 stycznia 2014 r.). Nie było zatem tak, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający „postanowił ponadwymiarowo” wezwać do uzupełnienia dokumentów niepotrzebnych na ówczesnym etapie badania ofert. Nieprawdziwe są też sugestie Odwołującego, jakoby „w dacie udzielania odpowiedzi Zamawiającemu Odwołujący nie miał świadomości, że Zamawiający prowadzi jakąkolwiek korespondencję z podmiotami trzecimi i zamierza odrzucić ofertę Odwołującego”, w rzeczywistości bowiem Zamawiający żadnej korespondencji wówczas nie prowadził, a z konieczności odrzucenia oferty Odwołującego zdał sobie sprawę później.

Zamawiający, co do konwalidacji czynności wezwania na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 kc stwierdził, że wskazany przepis kodeksu cywilnego ma przede wszystkim zastosowanie do czynności prawnych, a nie do czynności faktycznych. Wezwanie

do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest czynnością prawną, nie zawiera bowiem jakiegokolwiek oświadczenia woli Zamawiającego, a jedynie oświadczenie jego wiedzy, tj. wskazanie jakich dokumentów w jego ocenie w ofercie brakuje, tudzież z jakich względów dokumenty złożone wraz z ofertą, są wadliwe i wymagają uzupełnienia. W tym przypadku podkreślił, że (...) Skoro zatem wezwanie Odwołującego do uzupełnienia nie zawierało oświadczenia woli Zamawiającego, to nie było czynnością prawną i nie może być dotknięte sankcją nieważności bezwzględnej, o której mowa w art. 58 § 1 kc. Generalnie w przypadku czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca przyjął inną konstrukcję prawną, tj. nie bezwzględną nieważność, lecz ich podważenie poprzez wniesienie odwołania, oczywiście z zachowaniem ustawowego terminu. Powyższe wynika w sposób oczywisty z treści art. 180 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp”.

Zamawiający podkreślił, że stawiając zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący de facto dąży do wymuszenia na Zamawiającym dokonania kolejnego już wezwania do uzupełnienia i tym samym uzyskania kolejnej szansy na uzupełnienie braków w swojej ofercie. Powyższe dążenia Odwołującego oceniać należy jako niedopuszczalne, sprzeczne z zasadą jednokrotności wezwania do uzupełniania, jak i z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący był już wzywany do uzupełnienia brakujących dokumentów, wezwanie to było precyzyjne, jednoznaczne i prawidłowe.

W konkluzji stwierdził, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ten nie daje podstawy do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania tego samego warunku udziału w postępowaniu. Przeciwnie, wielokrotne korzystanie z tej procedury, według uznania Zamawiającego, mogłoby stać w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.”) i wszelkie negatywne skutki nieuzupełnienia przez Odwołującego wraz z dokumentami ich tłumaczeń na język polski, tudzież uzupełnienia przez Odwołującego dokumentów samodzielnie, bez wezwania ze strony Zamawiającego obciążają wyłącznie Odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący kwestionując dopuszczalność wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, całkowicie pominął, że jedną z przyczyn wykluczenia go z postępowania była negatywna ocena zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Teleoptics Sp. z o.o., które to zobowiązanie Odwołujący uzupełnił

samodzielnie, bez jakiegokolwiek wezwania ze strony Zamawiającego. Zamawiający, uzasadniając wykluczenie Odwołującego z postępowania, jasno i wyraźnie wskazał, że w jego ocenie nie jest możliwe wezwanie Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania Teleoptics Sp. z o.o.. Takie wezwanie stanowiłoby bowiem naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający, co prawda nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania Teleoptics sp. z .o.o., jednak Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 07 stycznia 2014 r. samodzielnie zobowiązanie to uzupełnił. Bez wiedzy i doświadczenia udostępnionych przez Teleoptics Sp. z o.o. Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a uzupełnienie zobowiązania Teleoptics Sp. z o.o., nie jest możliwe ze względów wskazanych powyżej, wykluczenie Odwołującego z postępowania było w pełni uzasadnione i dopuszczalne. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w żaden sposób nie zanegował prawidłowości wykluczenia go z postępowania ze względu na wskazane powyżej okoliczności, ograniczając wywody do zarzucenia Zamawiającemu, że naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz do lakonicznego stwierdzenia, że „Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu”

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w żaden sposób nie podważył prawidłowości wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Co więcej, do niektórych ze wskazanych przez Zamawiającego podstaw wykluczenia i odrzucenia Odwołujący w swoim odwołaniu w ogóle się nie odniósł i nie próbował nawet podważyć ich zasadności. Jego zdaniem odwołanie zostało wniesione nie w celu uzyskania przez Odwołującego zamówienia, ale wyłącznie po to, aby wymusić na Izbie ocenę zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ i w rezultacie unieważnienie postępowania. Ze względu na przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp powyższy cel nie może zostać osiągnięty, odwołanie powinno zostać oddalone z przyczyn wskazanych szczegółowo.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** przystąpił wykonawca STIMO N..... Sp. j. z Krosna, wnosząc także o oddalenie odwołania i podkreślając, że Odwołujący wbrew ciążącemu na podstawie art. 6 kc. obowiązkowi nie wykazał, że treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji oraz, że przepis art. 26 ust.3 ustawy Pzp nie przewiduje sankcji w postaci nieważności tej czynności w sytuacji gdy wezwanie o uzupełnienie dokumentów zostało skierowane do wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu. Także zdaniem Przystępującego zarzuty skierowane do jego oferty są niezasadne merytorycznie, a w związku z art. 180 ust.2 ustawy Pzp nie mogą być skutecznie podnoszone w odwołaniu.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu w związku z art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba, przedmiotem tego zamówienia, są roboty budowlane [obejmujące także dostawę sprzętu i szkolenia] związane z realizacją projektu pod nazwą „Eliminacja wykluczenia cyfrowego w Gminie Zagórz, „ których wartość nie przekraczała [na dzień wszczęcia postępowania] kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot [stanowi kwotę 5.742.293,59 zł, co stanowi równowartość 1.428.573,39 euro].

Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej reki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Czynnością zaskarżoną, w odwołaniu jest odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. W odwołaniu podniesiono także zarzut naruszenia art. 87 ust.1 oraz art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na jego niezastosowanie oraz art. 26 ust.3 ustawy Pzp z kolei z uwagi na jego niezasadne zastosowanie, a także zarzut naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie uznanej za najkorzystniejszą analogicznych, zdaniem Odwołującego, jak w ofercie wykonawcy błędów. Z ostrożności wykonawca wskazał także zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 7 ust.1 tej ustawy, co powinno skutkować w konsekwencji unieważnieniem tego postępowania.

Wobec treści przepisu art. 180 ust.2 ustawy Pzp rozpoznaniu przez Izbę mógł podlegać wyłącznie zarzut związany z wykluczeniem Odwołującego z postępowania oraz zarzut dotyczący odrzucenia jego oferty.

W tym miejscu Izba podkreśla, że w szczególności nie mogły podlegać rozpoznaniu przez Izbę zarzuty dotyczące oferty konkurencyjnej oraz podnoszony z ostrożności zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła także, że wobec argumentacji

faktycznej nie mógł być także przedmiotem rozpoznania samodzielnie podnoszone zarzuty naruszenia art. 87 ust.1 i art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba stwierdza, że w okolicznościach niniejszej sprawy należy zgodzić się z Zamawiającym, że zapytania skierowane do producentów urządzeń [Cisco i HP] nie naruszało przepisu art. 87 ust.1 ustawy Pzp. W tym przypadku Izba stwierdza, że zastosowanie procedury z art. 87 ust.1 ustawy Pzp i skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień ma miejsce wówczas, gdy faktycznie zachodzą wątpliwości do treści oferty. W niniejszej sprawie, jak wynika z treści oferty Odwołującego, wykonawca jednoznacznie wskazał sprzęt i producenta oferowanego urządzenia [router CISCO ISR G2 2921 oraz komputer przenośny HP Probook 450G1]. Dokonując oceny przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający samodzielnie zweryfikował wymagane wg PFU parametry, konfrontując te wymagania z ogólnodostępnymi materiałami technicznymi producentów i w wyniku tego uzyskał informacje, że te urządzenia w dostępnym standardzie nie spełniają tych wymagań. Izba stwierdziła również, że w ofercie wnoszącego odwołanie nie zawarto żadnych informacji dowodzących że zaoferowane urządzenia posiadają inną niż standardowa, a wymaganą konfigurację. Skierowanie zatem zapytania o treści technicznej do uprawnionego przedstawiciela producenta w okolicznościach niniejszej sprawy [bez ujawniania firmy oferenta] z pewnością nie może być postrzegane jako naruszenie art. 87 ust.1 ustawy Pzp i brak jest podstaw do kwestionowania rzetelności oraz bezstronności uzyskanych danych. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że Odwołujący na rozprawie przedłożył oświadczenia dystrybutora Sputnik Software sp. z o.o. z Poznania nie wykazując jednocześnie, że ta firma jest uprawniona do składania w imieniu producentów oświadczeń, co do możliwych modyfikacji parametrów przez tego dostawcę oraz, co do zachowania praw z gwarancji.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdza, że w zakresie tego zarzutu odwołanie nie odpowiada wymaganiami z art. 180 ust.3 ustawy Pzp, zgodnie z którym wnoszący odwołanie wykonawca zobowiązany jest wskazać nie tylko podstawę prawną [przepis] ale i podstawę faktyczną [okoliczności] zarzutu. W tym przypadku wykonawca nie podał, która to omyłka z oferty nieodpowiadająca treści specyfikacji, aczkolwiek niemająca wpływu na wynik postępowania, podlegała poprawieniu w tym trybie. Nie przedstawiono również żądań w zakresie tego zarzutu.

Izba stwierdza także, że w okolicznościach faktycznych sprawy nie można zgodzić się z poglądem wnoszącego odwołanie, co do naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Przede

wszystkim wezwaniu o uzupełnienie dokumentów zostało skierowane w dniu 7.01.2014 r., a zapytania do producentów odnośnie oferowanych urządzeń – po analizie ofert i po ich skonfrontowaniu z ogólnodostępnymi materiałami technicznymi producentów - zostały skierowane w dniu 16.01.2014 r. Ponadto – tak jak słusznie zauważył Zamawiający – wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp nie jest czynnością prawną, nie zawiera bowiem oświadczenia woli zamawiającego, a oświadczenie wiedzy i dotyczy wskazania dokumentów, które z uwagi na ich brak lub wadliwość wymagają uzupełnienia. Zatem do tej czynności nie ma zastosowania, odnoszący się do czynności prawnych [nie faktycznych] przepis art. 58 § 1 kc. i tym samym nawet hipotetycznie wadliwe zastosowanie art. 26 ust.3 ustawy Pzp nie może wywoływać nieważności bezwzględnej czynności takiego wezwania i w konsekwencji skutkować konwalidacją takiej czynności w dalszym toku postępowania.

Izba, rozpoznając następnie odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 tej ustawy w pierwszej kolejności stwierdziła, że podstawą skutecznego wniesienia odwołania jest wypełnienie przez wnoszącego odwołanie materialno-prawnej przesłanki, o której stanowi przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem, środki ochrony prawnej na gruncie ustawy Pzp przysługują m.in. temu wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie. Analogiczne uregulowanie wynika także z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG. Posiadanie legitymacji czynnej przez wnoszącego odwołanie podlega badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Brak możliwości wykazania adekwatnego związku pomiędzy zarzucanym naruszeniem prawa a naruszeniem interesu odwołującego się podmiotu i/lub brak możliwości wykazania szkody, będącej skutkiem takiego naruszenia powoduje oddalenie odwołania bez merytorycznego rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów.

Izba ustaliła, że w zawiadomieniu z dnia 6 lutego 2014 r. Zamawiający podał, że oferta Odwołującego zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp a ponadto uznana została za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z uwagi na wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający, powołując się na art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp [pkt III zawiadomienia] wskazał:

1. na Program Funkcjonalno-Użytkowym („PFU”), stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ i na punkt (1) pkt 3.3.9. wymagając w spornym zakresie dla routera brzegowego, aby zgodnie

z pkt 2. urządzenie było wyposażone w co najmniej 3 porty Gigabit Ethernet, z czego dwa z nich muszą być portami podwójnego przeznaczenia 10/100/1000BaseTX lub z możliwością instalacji wkładek SFP, a zgodnie z pkt 12, aby wydajność urządzenia była na poziomie co najmniej 830 tys. pakietów na sekundę oraz 420 Mbps" oraz na pkt 5.2. i wymaganie dotyczące komputerów przenośnych, podając m.in., że „Komputer musi posiadać: (...) - dedykowany układ sprzętowy służący do tworzenia i zarządzania wygenerowanymi przez komputer kluczami szyfrowania (zabezpieczenie to musi posiadać możliwość szyfrowania poufnych dokumentów przechowywanych na dysku twardym przy użyciu klucza sprzętowego)"

2. na rozdział I. 7.2. siwz [Pozostałe dokumenty i oświadczenia w zakresie sprzętu], wymagając dokumentów – wyników testów - dla potwierdzenia wymaganych wg PFU parametrów, które zgodnie z pkt 7 rozdziału XI [Opis sposobu przygotowania oferty], jeżeli zostały sporządzone w języku obcym wymagały tłumaczenia na język polski.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający stwierdził, że w świetle informacji otrzymanych od Cisco Systems Poland Sp. z o.o. i Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. oferowany router CISCO ISR G2 2921 produkowany przez firmę Cisco, oraz komputer przenośny HP Probook 450G1, produkowany przez firmę HP nie spełniają wymagań określonych w PFU. Odnośnie przedstawionych testów Zamawiający podał, że zgodnie z art. 9 ust.2 i 3 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, zaznaczając, że nie wyraził zgody na składanie dokumentów w innym języku [bez tłumaczenia na język polski]. Do oferty Odwołującego takie dokumenty nie zostały dołączone, a w wyniku wezwania z dnia 07 stycznia 2014 r. na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp zostały złożone dokumenty w języku angielskim bez ich tłumaczenia na język polski. W konkluzji uzasadnienia do decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że treść oferty konsorcjum Asseco Poland S.A. - VIATELECOM Sp. z o.o. nie odpowiada w tym zakresie treści SIWZ.

Zamawiający powołując się na art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp [pkt IV zawiadomienia] podał w szczególności, że zgodnie z rozdziałem I pkt V ppkt 2.1 lit. a) i c) SIWZ wymagano przedłożenia wykazu robót budowlanych. W wykazie tym wymieniono zamówienie zrealizowane dla Urzędu Gminy w Zawadach i załączono list referencyjny, z którego wynikało, że wykonawcą tego zamówienia była spółka Teleoptics Sp. z o.o. która to spółka nie była członkiem Konsorcjum Asseco Poland S.A. - VIATELECOM Sp. z o.o., wykonawców wspólnie ubiegających się o to zamówienie. Do oferty tego Konsorcjum [Odwołującego] nie zostało dołączone pisemne zobowiązanie Teleoptics Sp. z o.o. o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu

zamówienia, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy. Ze względu na powyższe Zamawiający pismem z dnia 07 stycznia 2014 r. wezwał Odwołującego do złożenia wykazu wykonanych zamówień, spełniających warunki określone pod lit. a) i c) powyżej. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum nie uzupełniło wykazu, natomiast poinformowało, że w jego ocenie wykaz załączony do oferty, spełnia wymagania Specyfikacji i jednocześnie wykonawca oświadczając o korzystaniu z potencjału podmiotu trzeciego przedłożył zobowiązanie Teleoptics Sp. z o.o. do udostępnienia potencjału, gdzie wskazano, że takie udostępnienie będzie polegało na sprawowaniu nadzoru nad przeprowadzanymi pracami, udostępnieniu know-how spółki oraz udostępnieniu odpowiedniej kadry, która będzie uczestniczyła przy wykonaniu niniejszego zamówienia. W zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania Zamawiający, stwierdził, że nie może tego zobowiązania uznać za dowód, że konsorcjum faktycznie będzie dysponowało zasobem cudzej wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia, podając przede wszystkim, że przedmiotem niniejszego zamówienia są m.in. roboty budowlane polegające na zaprojektowaniu i budowie wież i/lub masztów antenowych oraz konstrukcji wsporczych pod anteny, oraz na zaprojektowaniu i budowie sieci światłowodowej, w tym infrastruktury sieci światłowodowej (zaprojektowanie i budowa infrastruktury pasywnej sieci optotelekomunikacyjnej) i dlatego też zobowiązanie do udostępnienia zasobów powinno być zobowiązaniem rzeczywistym, potwierdzającym udział firmy, która posiada odpowiednie doświadczenie, w realizacji tego typu prac na etapie wykonania zamówienia w charakterze podwykonawcy, a nie jedynie ograniczeniem się do bliżej nieokreślonego udziału w charakterze konsultanta oraz udostępnienia swojego know-how i pracowników. W konkluzji, stwierdzając brak możliwości ponownego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp stwierdził, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku i tym samym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołanie de facto dotyczy wyłącznie tylko dwóch podstaw odrzucenia odwołania, a mianowicie co do pkt 3.3.9. PFU związanego z routerem brzegowym oraz pkt 5.2 PFU związanego z komputerem przenośnym. W pozostałym zakresie stwierdzając naruszenie procedury wezwania z art. 26 ust.3 ustawy Pzp wykonawca zmierzał do konwalidacji tej czynności, nie wykazując jednocześnie, że spełnia wymagania i nie kwestionując podstaw odrzucenia oferty z powodu braku dokumentów w języku polskim [bądź ich tłumaczenia] oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania. W toku rozprawy, w odniesieniu do podstaw odrzucenia i wykluczenia przedstawiał argumentację i dowody, jednakże brak takich zarzutów w odwołaniu powodował brak możliwości ich rozpoznania przez Izbę.



Izba stwierdza dodatkowo, że w odniesieniu do przedłożonych dokumentów w języku angielskim potwierdził fakt ich złożenia bez tłumaczenia, zaznaczając tylko, że podobnie te dokumenty w języku angielskim złożył w ofercie uznanej za najkorzystniejszą wykonawca STIMO N..... Sp. j. z Krosna.

Rozpoznając zatem zarzuty z odwołania Izba miała na uwadze dyrektywę zawartą art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym w odniesieniu do wskazanych dwóch zarzutów decyzja Zamawiającego, co do wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty stała się ostateczna i tym samym wnosząc odwołanie w pozostałym zakresie, co do dwóch pozostałych podstaw odrzucenia z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący nie mógł skutecznie powoływać się na legitymację procesową z art. 179 ust.1 ustawy Pzp wymaganą dla skutecznego wniesienia odwołania.

W konkluzji Izba stwierdza, że w każdym rozpatrywanym przypadku, co już podkreślano, zobowiązana jest do badania z urzędu przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, a mianowicie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno—prawne i ich nie wykazanie powoduje brak legitymacji do skutecznego wniesienia odwołania i tak jak w niniejszej sprawie, co wskazano powyżej, skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania podnoszonych w nim zarzutów.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając 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).

.....