

WYROK

z dnia 12 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo
Katarzyna Odrzywolska
Anna Osiecka**

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2017 r. przez wykonawcę

G. Sp. z o. o. ul. (...)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w O.

ul. (...)

przy udziale wykonawcy **A. A. L. S. H.**, (...)zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża G. Sp. z o.o. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez G. Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od G. Sp. z o.o. na rzecz Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w O. 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 (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w O. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę zapewnienia przenośnych urządzeń do bezprzewodowej komunikacji służących do obsługi odwiedzających i usług towarzyszących” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 lutego 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 031-056023. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – G. Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione wydłużenie terminu do złożenia zaświadczenia z the C.J. I. S. D., F. B. of I.(FBI) dla następujących osób: D. F., T. K., D. B. jako dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia A. A. L. z powodu niezpełnienia dokumentów z the C. J. I.S. D., F. B. of I. (FBI),
3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie testów próbek urządzeń do bezprzewodowej komunikacji zaoferowanych przez A. A. L. niezgodnie z postanowieniami punktu 3 ust. 2 lit. 2.1.5 opis przedmiotu zamówienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem testy tego oferenta zostały przeprowadzone przy pomocy 3 osób zamiast 12 wymaganych specyfikacją istotnych warunków zamówienia (11 osób odbierających + 1 osoba nadająca – lektor),
4. art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy przyjęciu, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy oferta odpowiada wszystkim wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiada.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty A. A. L. jako najkorzystniejszej,

2. wykluczenia z postępowania A. A. L., względnie odrzucenia oferty A. A. L.,
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. dopuszczenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego oraz w pozostałym zakresie dołączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
5. przyznanie Odwołującemu kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako ofertę najkorzystniejszą wskazał ofertę wykonwcy A. A. L.. Oferty pozostałych trzech uczestników postępowania, w tym Odwołującego zostały odrzucone ze względu na to, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta Odwołującego zawierała drugą cenę, a tym samym w przypadku uwzględnienia argumentów sformułowanych w odwołaniu dojdzie do zmiany rankingu ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty A. A. L. została podjęta z naruszeniem szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym powinien zostać wykluczony z postępowania.

Wraz z ofertą A. A. L. złożyła m.in. oświadczenia członków zarządu dotyczące niekaralności złożone przed notariuszem. 11 maja 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał A. A. L. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, tj. oświadczeń H. P., D. F., T. K. i D. B., wyjaśniając, że jeżeli wykonawca ma siedzibę zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast zaświadczeń z KRK składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny.

W odpowiedzi na ww. wezwanie A. A. L. wyjaśniła, że „zgodnie z dokumentacją przetargową oświadczenia i zaświadczenia o niekaralności nie były wymagane w momencie składania dokumentów do przetargu, lecz dopiero po wyłonieniu wykonawcy. Chcieliśmy jednak dostarczyć jak najwięcej informacji o ofercie złożonej w ramach przetargu, dlatego też uwzględniliśmy oświadczenia naszych dyrektorów potwierdzające ich niekaralność... Przy okazji chcieliśmy podkreślić, że proces uzyskania zaświadczeń o niekaralności w USA i Wielkiej Brytanii wymaga więcej informacji i jest bardziej szczegółowy niż w większości krajów europejskich. Przykładowo w Stanach Zjednoczonych FBI udostępnia informacje o danej osobie dopiero po uzyskaniu informacji o jej odciskach palców. Dlatego na otrzymanie zaświadczenia o niekaralności może potrwać

do 21 dni, w zależności od nakładu pracy, jednak A. jest gotowa wystąpić o ich wydanie jeżeli jest to wymagane.”

31 maja 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał A. A. L. do złożenia aktualnych na dzień złożenia oferty dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym m.in. zaświadczenia z the C. J. I. S. D., F. B. of I. (FBI) dla następujących osób: D. F., T. K., D. B..

Następnie, 9 czerwca 2017 r., Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponowił wezwanie A. A. L. do złożenia aktualnych na dzień złożenia ofert dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, z terminem ich dostarczenia do 27 lipca 2017 r.

Wezwanie A. A. L. do złożenia aktualnych na dzień złożenia ofert dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest wezwaniem jednokrotnym i ostatecznym. W związku z powyższym późniejsze uzupełnienie przez A. A. L. jakichkolwiek dokumentów w tym zakresie jest niedozwolone i stanowiłoby naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji złożonych wezwań do złożenia ww. dokumentów, A. A. L. przesłała do Zamawiającego wniosek o wydłużenie terminu wyznaczonego na przedłożenie zaświadczeń z the C. J. I. S. D.. Pismo zostało podpisane przez E.T. i nie jest opatrzone datą.

Zamawiający, pismem z 26 lipca 2017 r., przychylił się do ww. wniosku i wydłużył termin do złożenia zaświadczeń z the C. J. I. Strony D. do 11 września 2017 r.

11 września 2017 r. A. A. L. dostarczyła żądane przez Zamawiającego zaświadczenia z the C. J. I. S. D..

W ocenie Odwołującego przedłużenie terminu na dostarczenie zaświadczeń o niekaralności członków zarządu A. A. L. nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Po pierwsze bowiem A. A. L. w dniu składania ofert, tj. 18 kwietnia 2017 r., posiadała wiedzę o obowiązku złożenia stosownych dokumentów, po drugie 11 maja 2017 r. została oficjalnie poinformowana, jakie dokumenty jest zobowiązana złożyć w związku z obowiązkiem wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, po trzecie, została dwukrotnie wezwana do złożenia stosownych zaświadczeń o niekaralności w dniach 31 maja 2017 r. i 9 czerwca 2017 r.

Odwołujący wskazał, że A. A. L. posiadała wystarczająco dużo czasu, żeby należycie przygotować się do postępowania przetargowego i zgromadzić wymagane dokumenty, a zatem nie istniały obiektywne przesłanki do przedłużenia terminu aż do 11 września 2017 r. A. A. L. miała 100 dni na dostarczenie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, licząc od dnia złożenia oferty, natomiast od dnia wezwania termin ten wynosił 57 dni. A. A. L. mogła wielokrotnie wystąpić o zaświadczenia o niekaralności, tym bardziej, że, jak wskazała w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 maja 2017 r., termin oczekiwania na zaświadczenia z FBI wynosi 21 dni.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem KIO, określając termin na uzupełnienie dokumentów nie można kierować się interesem każdego wykonawcy z osobna, gdyż właśnie takie zachowanie prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyznaczony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów nie może być traktowany jako czas niezbędny do podjęcia działań w celu pozyskania brakującego dokumentu, gdyż co do zasady brakujący dokument powinien być w posiadaniu wykonawcy najpóźniej w dacie upływu terminu składania ofert. Należy zatem stwierdzić, że A. A. L. nie dochowała należytej staranności przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie wzięła pod uwagę wszelkich ewentualnych przeszkód w dostarczeniu wymaganej dokumentacji. Nieobiektywne działanie Zamawiającego oraz braki w przedkładanej dokumentacji winny skutkować wykluczeniem A. A. L. z przedmiotowego postępowania.

Dodatkowo pismo w sprawie wydłużenia terminu na złożenie zaświadczeń podpisała E. T., która nie jest osobą uprawnioną do reprezentowania A. A. L.. Do przedmiotowego pisma nie zostało dołączone pełnomocnictwo upoważniające ją do składania w imieniu A. A. L. jakichkolwiek oświadczeń woli, a brak ten powinien skutkować wezwaniem do uzupełnienia pełnomocnictwa albo pozostawieniem pisma bez rozpoznania. Tymczasem Zamawiający bez podejmowania jakichkolwiek wyjaśnień wydłużył termin na złożenie wnioskowanych dokumentów do 11 września 2017 r.; czym bezsprzecznie naruszył 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym analiza dokumentów złożonych przez A. A. L. 11 września 2017 r. prowadzi do wniosku, że złożone zaświadczenia są nieważne, a ich przekazanie Zamawiającemu wywołuje skutek taki, jakby nie były w ogóle dostarczone. Przedłożone zaświadczenia posiadają znaki wodne o treści „UNAUTHORIZED COPY VOID”. Z powyższego wynika, że zaświadczenia o niekaralności dla swojej ważności wymagają przeprowadzenia procedury autoryzacji przez the C. J. I. S. D., F. B. of I. (FBI). Uwierzytelnienie dokumentów polega na umieszczeniu pieczęci FBI i podpisu urzędnika. Przedłożone zaświadczenia nie posiadają jednak stosownej pieczęci FBI, co powoduje ich nieważność. Zamawiający w wyniku niedołożenia należytej staranności w zakresie analizy

dostarczonych zaświadczeń uznał, że przedłożone dokumenty są wystarczające do wykazania podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego należy stwierdzić, że Przystępujący przedłożył nieważne dokumenty, co skutkuje nieuzupełnieniem dokumentów i powinno skutkować wykluczeniem A. A. L. z postępowania.

Zgodnie z punktem 18.14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „dokumenty inne niż oświadczenia, o których mowa w pkt 8.13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.” Przedłożone przez A. A. L. zaświadczenia nie dość, że są nieważne, to dodatkowo nie posiadają formy dokumentów wymaganej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem nie zostały złożone w oryginale bądź kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Jak wynika z otrzymanych od Zamawiającego skanów dokumentów, zaświadczenia są czarno-białe z rozmazanym logotypem FBI oraz podpisem osoby wystawiającej zaświadczenia. Nie posiadają również pieczętki FBI autoryzującej zaświadczenia. Dołączone do dokumentów tłumaczenia posiadają z kolei kolorową pieczętkę i autentyczny podpis tłumacza. W ocenie Odwołującego FBI nie wystawia czarno-białych dokumentów, a Zamawiający przysyłając protokoły z postępowania nie stosował do jednej karty kolorowego skanera, a do drugiej czarno-białego, co uzasadniałoby stan otrzymanych od Zamawiającego dokumentów. Zatem dostarczone przez A. A. L. dokumenty nie posiadają odpowiedniej formy określonej postanowieniami punktu 18.14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji na ich podstawie nie sposób potwierdzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, co powinno skutkować wykluczeniem A. A. L. z postępowania.

Zgodnie z postanowieniami punktu 3. Opis przedmiotu zamówienia punkt 2. podpunkt 2.1.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia urzędnika, o których mowa w ppkt. 2.1.1 i 2.1.2 muszą uzyskać przynajmniej 6 punktów testowych w ramach testu „Miejsca kontrolne w obiekcie A-II”. Przez miejsca kontrolne Zamawiający rozumie 11 miejsc wskazanych w załącznikach 4 – 4b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z każdego miejsca kontrolnego po kolei lektor będzie nadawał komunikat słowny. W każdym miejscu kontrolnym będzie znajdowała się jedna osoba, której zadaniem będzie odebranie komunikatu słownego nadanego przez lektora. Test będzie polegał na sprawdzeniu słyszalności komunikatu słownego. Osoby odbierające komunikat słowny będą zaznaczać odpowiednie rubryki „słyszać” albo „nie słyszać” oraz zapisywać usłyszane komunikaty słowne w formularzu testowym stanowiącym załącznik nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Warunkiem uzyskania jednego punktu testowego jest słyszalność i zanotowanie pełnego komunikatu słownego przez co najmniej 6 osób odbierających ten komunikat słowny. Uzyskanie mniejszej liczby punktów testowych niż 6 będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego testy zostały przez Zamawiającego przeprowadzone w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, albowiem na protokołach z tych testów widnieją podpisy jedynie 3 osób, podczas gdy powinno się tam znajdować co najmniej 12 podpisów. Odwołujący bowiem był informowany przez Zamawiającego, że zwiedzający Muzeum znajdują się często w różnych punktach jednocześnie i z tego względu Zamawiający wymagał kontroli jakości pracy urządzeń, a w istocie słyszalności komunikatów nadawanych przez lektora przez wszystkie osoby znajdujące się jednocześnie w obiekcie. Techniczne uwarunkowania urządzeń powodują, że inny będzie ich zasięg i jakość odbioru jeśli odbiorca jest jeden, a inny, jeśli odbiorców jest kilku, gdyż sygnał wysyłany przez lektora jest „pochłaniany” przez innych użytkowników pasma. W efekcie sposób przeprowadzenia przez Zamawiającego testów preferował urządzenia, które w rzeczywistości mogły nie spełniać jego wymagań. Z treści protokołów wynika, że w testach brały udział jedynie trzy osoby, albowiem tylko tyle podpisów widnieje pod nimi. Zamawiający wymagał jednocześnie udziału w teście tylu osób, ile jest punktów kontrolnych. Oceniając jakość urządzeń A. A. L. Zamawiający faworyzuje i preferuje ofertę A. A. L. niewłaściwie przeprowadzając testy, co pozostaje w rażącej sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz technicznymi uwarunkowaniami.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że złożona przez Odwołującego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie koloru smyczy przy urządzeniach dla edukatorów oraz przy urządzeniach dla odwiedzających, koloru urządzeń oraz jednorazowych elementów stykających się z uchem. Odwołujący jednak oświadczył, że na etapie realizacji zamówienia dostarczy urządzenia w pełni zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odrzucenie oferty z powodu niezgodności próbek urządzeń ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest przedwczesne. Zamawiający wprost dopuścił wykonanie zamówienia przy pomocy innych urządzeń, jednakże uzależnił to prawo jedynie od przeprowadzenia testów, zgodnie z załącznikiem do umowy. Wynika to wprost z treści postanowienia § 1 ust. 2 punkt 2.1.5 w związku z punktem 2.1.6 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzór umowy, zgodnie z którymi wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu umowy z użyciem urządzeń, o których mowa w punkcie 2.1.1 i 2.1.2 wskazanych w ofercie wykonawcy. Zmiana zaoferowanych urządzeń w trakcie obowiązywania umowy wymaga przeprowadzenia testu zgodnie z załącznikiem do

umowy. Co więcej, Zamawiający w tym zakresie nie przewidział prawa do odstąpienia od umowy, a jedynie kary umowne – § 7 ust. 1 punkt 1.7 wzoru umowy. Zatem sam Zamawiający stoi na stanowisku, że kluczowymi dla niego są parametry techniczne urządzeń oraz jakość świadczonych usług w technicznym aspekcie słyszalności komunikatów nadawanych przez przewodników.

Po drugie zasadne było przyjęcie przez Odwołującego, że stosownie do punktu 7b specyfikacji istotnych warunków zamówienia „złożone próbki posłużą Zamawiającemu do przeprowadzenia testów, o których mowa w pkt 15 siwz, wynikami których Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej”. Z przywołanego zapisu wynika zatem, że próbki urządzeń mają służyć jedynie ocenie spełnienia wymagań technicznych, a nie estetycznych. Odwołujący składając do oceny Zamawiającego próbki urządzeń kierował się celem ich przedstawienia i funkcjonalnością, a nie kolorem. Pamiętać przy tym należy, że o funkcjonalności i przeznaczeniu tych urządzeń nie decyduje kolor, ale ich parametry techniczne, zatem na tej podstawie nie można odrzucić oferty Odwołującego. Gdyby Odwołujący na etapie składania oferty przedstawił kolorystycznie poprawne urządzenia, które zostałyby zaakceptowane przez Zamawiającego po przeprowadzeniu testów, a następnie Odwołujący rozpocząłby wykonywanie zamówienia przy pomocy innych kolorystycznie urządzeń zaopatrzonych w inne smycze, to Zamawiający w świetle postanowień umowy nie miałby narzędzi do dyscyplinowania wykonawcy.

Zatem odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, że dołożone do urządzenia smycze są w kolorze niebieskim z białymi napisami oraz że urządzenie jest dwukolorowe a nie jednokolorowe, jest nieprawidłowe, bowiem są to elementy nieistotne dla wykonania zamówienia. O niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia można mówić jedynie w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada specyfikacji o do zakresu, ilości, jakości warunków technicznych. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący zobowiązał się do dostarczenia urządzeń zgodnych ze specyfikacją i jego zobowiązanie jest wiążące, a poczynione przez niego odstępstwa od sposobu realizacji zamówienia będą pociągały za sobą konieczność zapłaty kar umownych. Tym samym formułowane twierdzenie, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na nieprawidłowy kolor smyczy oraz próbek urządzeń, przy uwzględnieniu zapisów umownych jest przedwczesne i z tego powodu nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Odwołującego nie sposób również zgodzić się z odrzuceniem oferty z uwagi rzekome niespełnienie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie braku zaoferowania jednorazowych elementów stykających się z uchem. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pismem z 26 kwietnia 2017 r.

wyjaśnił sposób kalkulacji ceny oraz przedstawił m.in. ofertę dostawcy urządzeń, która została uwzględniona podczas przygotowywania oferty przetargowej. Wyjaśnienie zawierało wyraźne stwierdzenie, że Odwołujący zaoferował urządzenia do bezprzewodowej komunikacji jako kompletne. W wyjaśnieniach wprost zostało wskazane, że „wykonawca zawarł w koszcie zapewnienia urządzeń do bezprzewodowej komunikacji wszystkie wymagane składniki oferty”. Jednocześnie Odwołujący wprost wskazał w wyjaśnieniach, że koszt powstał na podstawie oferty złożonej przez dostawcę urządzeń – ich dystrybutora w Polsce. Oferta dostawcy zawiera 250 zestawów wytrzymałych słuchawek nagłownych wraz z szybkowymiennymi gąbkami, po 20 szt. w zestawie – jako elementy stykające się z uchem. Jednocześnie oferta zawierała pozycję wymienne poduszki do słuchawek w ilości 200 szt. w zestawie oraz 40 zestawów tych gąbek. Jest to jednoznaczne potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących urządzeń określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego m.in. z uwagi na brak ustosunkowania się przez Odwołującego do wezwania z 31 maja 2017 r. dotyczącego wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy elementem kalkulacji ceny ofertowej, polegającym na wliczeniu do ceny oferty prania gąbek, a wymaganymi przez Zamawiającego zapewnienia jednorazowych osłonek, stanowi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i jest jednoznacznie przedwcześnie.

Zgodnie z obowiązującą linią orzeczniczą KIO wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy. Stosowne wyjaśnienia w zakresie uwzględnienia w ofercie Odwołującego jednorazowych elementów stykających się z uchem zawierało pismo Odwołującego z 26 kwietnia 2017 r., a tym samym Odwołujący nie był zobowiązany do ponownego złożenia wyjaśnień. Brak należytej i skrupulatnej analizy dokumentów obciąża Zamawiającego. Odrzucenie oferty wykonawcy spowodowane brakiem należytej staranności podczas analizy dokumentów jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i orzecznictwa KIO.

II Odpowiedź Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami oraz stanowiskiem Odwołującego.

Wskazał, że z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów

potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższy przepis ani żaden inny przepis zawarty w ustawie Prawo zamówień publicznych nie narzuca zamawiającemu maksymalnego terminu, który może wyznaczyć wykonawcy na przedłożenie wymaganych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów. Ustawodawca pozostawił zamawiającemu pełną swobodę w tym zakresie, ograniczając się jedynie do określenia terminu minimalnego. Z uwagi na powyższe zamawiający, jako podmiot uprawniony do wyznaczenia pierwotnego terminu na uzupełnienie dokumentów, może go również samodzielnie wydłużyć bez względu na istnienie lub brak istnienia wniosku zainteresowanego wykonawcy w tym zakresie. Wynika to z faktu, iż zamawiający w każdym czasie może zmienić swoje czynności, tak, by były one nie tylko zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, ale i odpowiadały faktycznemu przebiegowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie informacji uzyskanych od wykonawcy A. A. L. 24 lipca 2017 r. oraz z Ambasady RP w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, Zamawiający powziął wiedzę, o tym, że czas oczekiwania na zaświadczenia z FBI wynosi około 8-10 tygodni i nie ma trybu przyspieszonego. Zamawiający wyznaczył 8-tygodniowy, a więc minimalny termin na dostarczenie dokumentów. W związku z powyższymi okolicznościami, Zamawiający podjął decyzję o przedłużeniu pierwotnego terminu. Działanie Zamawiającego w żadnej mierze nie narusza art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, bowiem Zamawiający postąpiłby identycznie wobec każdego z wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz jednocześnie wobec wykonawców, którzy mieliby siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zmieniając termin na uzupełnienie żądanych dokumentów Zamawiający nie kierował się interesem konkretnego wykonawcy, a celem postępowania, którym jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z samodzielnie uzyskanych przez Zamawiającego informacji, nieprzedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów pierwotnie wskazanego w wezwaniu, który okazał się nierealny do uzyskania dokumentów z FBI, mogłoby skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, podczas gdy zarówno z JEDZ wykonawcy, jak i z przedłożonych do oferty innych oświadczeń wstępnych wynikało, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto celem prowadzonego postępowania nie jest eliminacja wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale zawarcie umowy z wykonawcą, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu i złożył najkorzystniejszą ofertę.

Prawdą jest, że A. A. L. w dniu składania ofert posiadała wiedzę o obowiązku złożenia stosownych dokumentów wymienionych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niemniej jednak zgodnie z celem nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, wszystkie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest przedłożyć dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a więc wyłącznie w sytuacji, kiedy jego oferta zostanie oceniona najwyżej. Powyższe potwierdza m.in. wyrok KIO z 9 maja 2017 r., sygn. KIO 785/17: Niewątpliwie jedną z kluczowych zmian jest wprowadzenie przez ustawodawcę jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powyższy dokument jest oświadczeniem wykonawcy, mającym stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe oświadczenie winno potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wykonawcy najpóźniej na dzień składania ofert. W poprzednim stanie prawnym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu zobligowany był złożyć wraz z ofertą lub z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie tylko samo oświadczenie, ale również komplet dokumentów wymaganych treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów. Wprowadzenie rozwiązania opierającego się o oświadczenie wykonawcy zawarte w JEDZ bez wątplenia miało na celu odformalizowanie postępowania i odciążenie wykonawców od kompletowania formalnych dokumentów na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia, o które ubiega się wykonawca.

Wykonawca A. A. L. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie przedłożył w oryginale zaświadczenia potwierdzające brak podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych dla wszystkich członków zarządu spółki wykonawcy. Odwołujący w treści odwołania nie wykazał, jak twierdzi w jego treści, że dokumenty te są nieważne. Nie wykazał również, że dokumenty te nie zostały wydane przez uprawnione organy.

Nieuzasadniony jest zarzut niezachowania należytej staranności w zakresie dostarczonych dokumentów, gdyż oparty jest on o znaki wodne o treści „UNAUTHORIZED COPY VOID”. Znaki te uwidoczniły się podczas procesu kopiowania wyłącznie na skanie zaświadczeń przekazanych Odwołującemu i nie są widoczne na oryginalnych zaświadczeniach doręczonych Zamawiającemu w skutek wezwania. Przedstawione oryginały zaświadczeń o niekaralności wydane przez właściwe instytucje, będące w dyspozycji Zamawiającego wydane są na papierze o specjalnej grubszej strukturze/gramaturze (również niewidocznej na skanie przekazanym wykonawcy) oraz o innym (mniejszym) formacie niż format A4 zwyczajowo dostępny w Polsce. Ponadto procedura uwierzytelniania zaświadczeń, o której

jest mowa w odwołaniu dotyczy wyłącznie sytuacji, w której Wykonawcy chciałyby przedłożyć Zamawiającemu kopię zaświadczeń o niekaralności, a nie jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu ich oryginałów. Teza Odwołującego dotycząca kolorów pieczęci FBI nie została poparta żadnymi dowodami. W treści odwołania zawarto jedynie zdanie „w ocenie Odwołującego FBI nie wystawia czarnobiałych dokumentów”, w związku z czym nie może stanowić dowodu na poparcie tez Odwołującego. Wykonawca A. A. L. przedłożył oryginały zaświadczeń w formie i kolorystyce, jakiej mu zostały wydane przez właściwe instytucje, natomiast jego tłumaczenie na język polski dokonane przez tłumacza przysięgłego zostało opatrzone pieczęcią w kolorystyce stosowanej przez tłumaczy przysięgłych na terenie RP.

Testy dostarczonych próbek każdego wykonawcy, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, zostały przeprowadzone zgodnie z zasadami opisanymi w punkcie 2.1.5 – 2.1.6 oraz w punkcie 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (kryteria). Testy każdorazowo zostały wykonywane przez minimalną wymaganą liczbę osób (12 osób). Wyniki ich pracy – podpisane pojedyncze ankiety/tabele testowe zostały podsumowane i zebrane w jedną tabelę zbiorczą przez członków komisji przetargowej. Tabela zbiorcza została następnie zatwierdzona i podpisana wyłącznie przez członków komisji przetargowej, a następnie udostępniana wykonawcom. Ponadto wszystkie osoby biorące udział w testach złożyły oświadczenia z art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, które stanowią załączniki do protokołu postępowania.

Zamawiający w punkcie 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowo opisał, jakie wymogi winny spełniać oferowane urządzenia. Ponadto w treści punktu 2.1.7. dodatkowo podkreślił, że niespełnienie przez urządzenia, o których mowa w ppkt 2.1.1 i 2.1.2 któregośkolwiek z wymagań określonych w 2.1.1 – 2.1.4 (a więc również koloru smyczy pkt 2.1.1.4 oraz kolorystyki urządzeń – 2.1.2.8) będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Samo dopuszczenie do zmiany urządzeń na etapie realizacji umowy nie przesądza o jednoczesnym odstąpieniu od wymogów opisanych w punkcie 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Umowa zostanie bowiem podpisana wyłącznie z wykonawcą, który złożył ofertę zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jego urządzenia – próbki zostały pozytywnie ocenione zarówno w zakresie wymogów formalnych, w tym kolorystyki, oraz w trakcie testu technicznego, o którym mowa w ww. punktach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym zmiana została dopuszczona przez Zamawiającego wyłącznie na etapie realizacji umowy, nie przed jej zawarciem, a tym bardziej nie na etapie składania ofert.

W treści § 1 pkt 2.1.1, 2.1.1.4 oraz w § 1 pkt 2 pkt 2.1.2, 2.1.2.7 oraz 2.1.2.8 wzoru umowy wskazano, że urządzenia mają posiadać wymienne szare smycze, natomiast Zamawiający dopuszcza kolorystykę urządzeń w kolorach: czarny, szary lub granatowy. Zatem na etapie realizacji umowy Zamawiający nie przewiduje odstąpienia od tych wymogów. Zmiana zaoferowanych urządzeń na inne niż wskazane w ofercie wymaga przeprowadzenia testów potwierdzających ich parametry techniczne, a w pozostałym zakresie urządzenia muszą spełniać wymagania określone w § 1, w tym w zakresie kolorów smyczy oraz urządzeń. Kolorystyka urządzeń, w tym wymagany kolor smyczy, nie została zawarta w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia przypadkowo. Z uwagi na charakter Miejsca Pamięci Auschwitz-Birkenau wymogi te mają znaczenie wizerunkowe i stoją również na straży powagi miejsca, a tym samym właściwej realizacji zamówienia. Z wyżej wymienionych powodów Zamawiający nie może dopuścić urządzeń dwu- lub wielokolorowych lub o smyczach w żywych i kontrastujących kolorach, jakie zaoferował Odwołujący. Co więcej, każda zmiana oferowanych próbek i urządzeń, w tym np. umieszczenie na nich logo wykonawcy zgodnie z treścią wzoru umowy wymaga zgody Zamawiającego, tym bardziej zmiana wymaganej kolorystyki.

Cytowany w treści odwołania zapis z punktu 7b specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „złożone próbki posłużą Zamawiającemu do przeprowadzenia testów, o których mowa w pkt 15 SIWZ, wynikami których Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej” został wyjęty z kontekstu, a należy go czytać łącznie z całym punktem o brzmieniu: „Niespełnienie przez urządzenia, o których mowa w ppkt 2.1.1 i 2.1.2 któregośkolwiek z wymagań określonych w 2.1.1 – 2.1.4 będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp” (a więc również koloru smyczy i koloru urządzeń wskazanych w punkcie 2.1.1.4 i 2.1.2.8).

Zgodnie z punktem 7. ppkt 7.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia w formularzu ofertowym odpowiadała wymaganiom określonym przez Zamawiającego w punkcie 3. ppkt 2.1.1 i 2.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą:

- a) opisu technicznego nadajników i odbiorników, o których mowa w pkt 3, w ppkt 2.1.1 i 2.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającego: nazwę nadajnika, nazwę odbiornika, wagę, ilość kanałów, rodzaj technologii, częstotliwość
- b) próbek w postaci 2 takich samych nadajników i 12 takich samych odbiorników wraz z akcesoriami, w tym ładowarkami jako urządzeń danego producenta, typu, rodzaju i modelu, stanowiących zaproponowane rozwiązanie. Urządzenia muszą być naładowane i gotowe do użycia oraz spełniać parametry, o których mowa w pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia, w ppkt 2.1.1 i 2.1.2. (...) Złożone próbki posłużą Zamawiającemu do przeprowadzenia

testów, o których mowa w pkt 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynikami których zamawiający będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego zostały przewidziane sankcje za zmianę kolorystyki smyczy oraz urządzeń. Po pierwsze, na tę okoliczność przewidziano kary umowne (§ 7 wzoru umowy): 500 zł w każdym dniu świadczenia przedmiotu umowy, w którym stwierdzono sytuację polegającą na niespełnieniu przez urządzenia do bezprzewodowej komunikacji służące do obsługi odwiedzających któregokolwiek z wymagań określonych w: § 1 ust. 2 pkt 2.1/2.1.1/2.1.1.2-2.1.1.6; § 1 ust. 2 pkt 2.1/2.1.2/2.1.2.2-2.1.2.8. W treści § 1 pkt 2.1.1/2.1.1.4 oraz w § 1 pkt 2 pkt 2.1.2/2.1.2.7 oraz 2.1.2.8 wzoru umowy wskazano, że urządzenia mają posiadać wymienne szare smycze, natomiast Zamawiający dopuszcza kolorystykę urządzeń w kolorach: czarny, szary, granatowy. Z ww. przyczyn Zamawiający jest też uprawniony do wypowiedzenia umowy zgodnie z § 10 wzoru umowy: Zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem czteromiesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w wykonywaniu usług i bezskutecznym upływie terminu dodatkowego wyznaczonego przez Zamawiającego do ich usunięcia oraz w przypadku, gdy suma kar umownych przekroczy 9% wynagrodzenia umownego brutto. Wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego może nastąpić także bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku, gdy działania lub zaniechania wykonawcy naruszają interes Muzeum lub w niekorzystny sposób wpływają na jego wizerunek.

Zamawiający nie zgodził się też z twierdzeniem Odwołującego, że swoimi wyjaśnieniami wykazał, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. przy użyciu jednorazowych elementów stykających się z uchem. Wyjaśnienia Odwołującego są bowiem wewnętrznie sprzeczne – z jednej strony wskazuje on, że zaoferował urządzenia do bezprzewodowej komunikacji jako kompletne oraz że zawarł w koszcie zapewnienia urządzeń do bezprzewodowej komunikacji wszystkie wymagane składniki oferty, a z drugiej strony wskazuje, że oferta dostawcy zawiera 250 zestawów wytrzymałych słuchawek nagłownych wraz z szybkowymiennymi gąbkami, po 20 szt. w zestawie – jako elementy stykające się z uchem. Jednocześnie oferta zawierała pozycję wymienne poduszki do słuchawek w ilości 200 szt. w zestawie oraz 40 zestawów tych gąbek. Jak wynika z powyższego, składając przedmiotowe wyjaśnienia Odwołujący wskazał, że wykona całą usługę, w okresie 36 miesięcy za pomocą 250 par słuchawek wyposażonych w 250x20 + 200x40 sztuk gąbek wymiennych (podczas gdy Zamawiający wymagał gąbek jednorazowych), co daje razem ilość 13 tysięcy gąbek (co pozwala obsłużyć 6,5 tysiąca osób). Z treści wyjaśnień z 26 kwietnia 2017 r. wynika, że jest to ilość jednorazowa (czyli na okres 36 miesięcy świadczenia usługi), co jest ilością zdecydowanie za małą w stosunku do wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (załącznik nr 1 do – harmonogram pracy ujmujący godziny wydawania sprzętu oraz pkt. 2.1.2.1 mówiący o ilości 1200 sztuk odbiorników wydawanych w każdej godzinie świadczenia usługi) – zaoferowana ilość gąbek wystarczy tylko na niecałe 6 godzin świadczenia usługi, co oznacza że albo oferta nie spełnia kryteriów Zamawiającego pod względem ilości koniecznych gąbek, albo wykonawca planuje zastosować gąbki prane wielokrotnie (jak nadmieniał w wyjaśnieniach z 26 kwietnia 2017 r.), co stoi w sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto po ponownej analizie wyjaśnień Odwołującego Zamawiający zauważył, że Odwołujący składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny jednocześnie wykazał, że dokonał nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty, a tym samym, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

III Stanowisko Przystępującego A. A. L.

Przystępujący wskazał, że został zobligowany do złożenia zaświadczeń z the C. I. S. D., F. B. of I. (FBI) po raz pierwszy w wezwaniu Zamawiającego z 31 maja 2017 r. i w tej dacie zmaterializował się po jego stronie obowiązek podejmowania działań niezbędnych dla uzyskania żądanych dokumentów. Wszelkie spekulacje Odwołującego na temat stanu świadomości wykonawcy w okresie poprzedzającym powyższe wezwanie są irrelewantne dla sprawy. Za nieprawdziwe uznać należy zarzuty Odwołującego jakoby Zamawiający 11 maja 2017 r. wezwał A. A. L. do złożenia stosownych zaświadczeń o niekaralności, a A. A. L. zignorowała otrzymaną 11 maja 2017 roku informację i nie przekazała żądanych przez Zamawiającego dokumentów na temat braku karalności. Pismo Zamawiającego z 11 maja 2017 r. jednoznacznie wskazuje, iż nie zawiera ono żądania przedłożenia dokumentów, a jedynie wezwanie do złożenia wyjaśnień. Wykonawca nie zignorował powyższego wezwania, lecz przeciwnie, w piśmie z 16 maja 2017 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie zadeklarował, iż w razie potrzeby może pozyskać odpowiednie zaświadczenia. W Wielkiej Brytanii A. A. L. korzysta w tym względzie z usług D. S., jednak w Stanach Zjednoczonych zleca pozyskanie informacji o ewentualnych wyrokach niezależnemu podmiotowi korzystającemu z wielu źródeł, w tym bazy danych FBI. Proces ten w USA i Wielkiej Brytanii wymaga więcej informacji i jest bardziej szczegółowy niż w większości krajów europejskich.

Pismem z 31 maja 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, po raz pierwszy wezwał Wykonawcę do złożenia zaświadczeń z the C. I. S. D., F.B. of I. (FBI) dotyczących niekaralności osób: D. F., T. K. oraz D. B.. Następnie Zamawiający pismem z 9 czerwca 2017 r. doprecyzował wezwanie poprzez powołanie się na

orzecznictwo KIO co do podmiotu uprawnionego do wystawienia żądanych dokumentów oraz umieszczając stosowne pouczenie o skutkach niezłożenia żądanych dokumentów.

Po uzyskaniu informacji o obowiązku złożenia zaświadczeń o niekaralności z C. I. S. D., F. B. of I. osoby wymienione w wezwaniach złożyły odpowiednie wnioski do FBI celem otrzymania zaświadczeń. Po złożeniu wniosków o wydanie zaświadczeń o niekaralności Przystępujący pozostawał w stanie niepewności co do terminu otrzymania wnioskowanych zaświadczeń, FBI nie wyznacza bowiem żadnej daty odbioru dokumentacji ani nie informuje, czy wniosek o jej wydanie zostanie rozpatrzony pozytywnie. Natomiast na stronie internetowej FBI w podrozdziale zatytułowanym „Sprawdzenie historii karalności” FBI informuje jedynie, że obecnie czas rozpatrzenia wniosku wynosi 12-14 tygodni oraz należy doliczyć dodatkowy czas na wysyłkę. W obliczu powyższych okoliczności, w obawie przed uchybieniem terminowi zakreślonemu w wezwaniu z 31 maja 2017 r. Wykonawca pismem z 24 lipca 2017 r. wniósł o przedłużenie terminu na złożenie żądanych przez Zamawiającego zaświadczeń. W odpowiedzi Zamawiający przedłużył termin na złożenie ww. zaświadczeń o niekaralności do 11 września 2017 r. Przystępujący złożył żądane przez Zamawiającego dokumenty w oryginałach, wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski.

Jak było to podnoszone w toku postępowania przetargowego, uzyskanie dokumentów z FBI jest utrudnione z uwagi na fakt, iż organizacje amerykańskie nie mają w zwyczaju żądać weryfikacji informacji bezpośrednio przez FBI (zajmują się tym podmioty zewnętrzne). Z całą stanowczością zauważyć należy, że rozbieżności w systemach prawnych różnych państw, dotyczące wydawania przez odpowiednie instytucje zaświadczeń o niekaralności oraz zakresu objętego tymi zaświadczeniami, nie mogą być interpretowane i wykorzystywane w celu działania na niekorzyść podmiotów zagranicznych będących uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które w toku postępowania przetargowego mogą z obiektywnych przyczyn potrzebować więcej czasu na skompletowanie brakujących dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, a także na przesłanie ich zamawiającemu. KIO w wydanych wyrokach zwracała już uwagę na konieczność indywidualnej analizy pozycji każdego z wykonawców i dopuszczała możliwość zapewnienia większej ilości czasu danemu wykonawcy na dokonanie pewnych czynności w celu realizacji przewidzianej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady równości: „(...) jakkolwiek nie zostało to wyrażone *expressis verbis* w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jasne jest, iż aby zrealizować cel tego przepisu, Zamawiający powinien wyznaczyć odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów, czyli realny dla wykonawcy zachowującego należyłą staranność. W uzasadnionych przypadkach może to być podstawą do wyznaczenia niektórym wykonawcom innego terminu niż pozostałym, a równość traktowania wykonawców może wyrażać się również w daniu im realnej

możliwości dokonania uzupełnienia, a nie tylko w wyznaczeniu takiej samej liczby dni.” (wyrok KIO z 30 lipca 2009 r., sygn. KIO/UZP 901/09, KIO/UZP 905/09).

Ponadto nie sposób mówić o nierównym traktowaniu wykonawców uczestniczących w przetargu, skoro Odwołujący nie został zobligowany przez Zamawiającego do złożenia analogicznych dokumentów. Tylko gdyby taki fakt miał miejsce i jednocześnie dodatkowo określony mu termin byłby krótszy niż termin udzielony wykonawcy, wówczas można by analizować problem nierównego traktowania/ faworyzowania wykonawcy.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że pismo w sprawie wydłużenia terminu na złożenie zaświadczeń o niekaralności podpisała E. T., która nie jest osobą uprawnioną do reprezentowania wykonawcy, co powinno skutkować wezwaniem do uzupełnienia pełnomocnictwa albo pozostawieniem wniosku bez rozpoznania. To stanowisko Odwołującego nie jest prawidłowe, gdyż zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie KIO zasadnicze znaczenie w takich sytuacjach ma wyrażenie zgody na przedłużenie terminu przez zamawiającego. Zamawiający przedłużył termin na złożenie dokumentów pismem z 26 lipca 2017 r., tj. przed upływem pierwotnego terminu. Powyższe w sposób jednoznaczny przesądza o skuteczności przedłużenia terminu na złożenie zaświadczeń o niekaralności.

Odwołujący podniósł, że złożone zaświadczenia o niekaralności są nieważne, a ich przekazanie Zamawiającemu wywołuje skutek taki, jakby nie były w ogóle dostarczone.

Przystępujący oświadczył, iż zaświadczenia te są ważne. Trzech dyrektorów wykonawcy wezwanych do złożenia zaświadczeń o niekaralności zwróciło się do C. I. S. D., F. B. of I. (FBI) o wydanie przedmiotowych zaświadczeń. Pan D. F. otrzymał zaświadczenie bezpośrednio od FBI i przekazał je Wykonawcy celem przedłożenia w postępowaniu przetargowym. Pozostali dwaj dyrektorzy nie otrzymali swoich zaświadczeń, zatem w obliczu zbliżającego się terminu na złożenie przedmiotowych dokumentów zwrócili się do podmiotu trzeciego – Telos ID, który jest akredytowanym pośrednikiem FBI w procesie uzyskiwania zaświadczeń o niekaralności. Możliwe jest bowiem uzyskanie oficjalnej informacji o niekaralności obywateli Stanów Zjednoczonych za pomocą autoryzowanych pośredników współpracujących z FBI, upoważnionych do pobierania odcisków palców oraz odpowiednich informacji, pobierania związanych z tym opłat, przekazywania odcisków palców w formie elektronicznej

z odpowiednimi informacjami do Wydziału FBI CJIS oraz otrzymywania wyników wyszukiwania informacji w rejestrze elektronicznym w celu ich przekazania odpowiednim osobom. Proces składania wniosków za pośrednictwem autoryzowanego pośrednika jest zgodny z procedurami składania analogicznego wniosku bezpośrednio do FBI i szybszy od standardowej procedury prowadzonej bezpośrednio przez FBI. Zaświadczenia wydawane są na specjalnie zabezpieczonym papierze, tj. po skopiowaniu lub zeskanowaniu oryginału, na

kopii pojawia się napis „UNAUTHORIZED COPY VOID”. Zatem P. K. oraz D. B. uzyskali zaświadczenia o niekaralności przy pomocy autoryzowanego pośrednika FBI tj. Telos ID i przekazali je Wykonawcy, który następnie przesłał wszystkie zaświadczenia w oryginałach do Zamawiającego.

Zarzuty Odwołującego co do nieważności zaświadczeń o niekaralności są niezasadne, bowiem dokumentacja przetargowa została udostępniona Odwołującemu w skanach, co skutkowało pojawieniem się na nich napisu „UNAUTHORIZED COPY VOID”.

Odwołujący podniósł również, iż zaświadczenia o niekaralności złożone przez Wykonawcę dla swej ważności wymagają uwierzytelnienia ich przez FBI. Powyższe twierdzenia Odwołującego w obliczu informacji przedstawionych powyżej są nietrafne, bowiem Wykonawca przedłożył Zamawiającemu oryginały trzech zaświadczeń o niekaralności, z których dwa zostały sporządzone na zabezpieczonym papierze, a po ich zeskanowaniu na skanach pojawia się przedmiotowy napis „UNAUTHFIORIZED COPY VOID”. O złożeniu dokumentów w oryginałach wprost świadczy pismo Wykonawcy z 7 września 2017 r., na (Wykonawca w ww. piśmie zaznaczył, iż składa żądane dokumenty w oryginałach wraz z tłumaczeniem przysięgłym każdego z dokumentów). Dokumenty przedłożone przez Wykonawcę jako dokumenty oryginalne nie podlegają żadnej dalszej procedurze autoryzacji, zatem zarzut Odwołującego w przedmiocie braku uwierzytelnienia przez FBI zaświadczeń o niekaralności jest bezzasadny.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, iż stan faktyczny postępowania, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść złożonych ofert oraz treść prowadzonej w trakcie postępowania przetargowego korespondencji, nie jest sporny między Stronami.

Stan faktyczny postępowania został opisany powyżej, zatem nie będzie powtarzany w dalszej części uzasadnienia.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

IV.1 W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione wydłużenie terminu do złożenia zaświadczenia z the C. J. I. S. D., F. B.of I. (FBI) Izba stwierdziła, co następuje.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera naczelne zasady, zgodnie z którymi należy prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazuje on, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera dyspozycję skierowaną do zamawiającego, zgodnie z którą zamawiający, przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzupełnienie powyższej regulacji zawiera ustęp 3. artykułu 26, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub (...) nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Dyspozycja tego przepisu obejmuje m.in. niezłożenie stosownych dokumentów.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, żaden z przepisów nie zawiera maksymalnego terminu, który może wyznaczyć dany zamawiający w danej sytuacji. Zatem wskazany przez zamawiającego termin powinien być adekwatny do sytuacji istniejącej w danym postępowaniu i z jednej strony – dawać wezwanym wykonawcom realną szansę na przedłożenie dokumentów (co w ocenie Izby – i ustawodawcy – zasadniczo gwarantuje termin minimalny 10-dniowy), a z drugiej – nie może doprowadzić do paraliżu postępowania

przetargowego poprzez kilkutygodniowe lub kilkumiesięczne oczekiwanie na dokumenty – zwłaszcza w sytuacji, gdy konsekwencją byłaby konieczność przedłużania terminów związania ofertami lub przedłużania wadium przez innych wykonawców uczestniczących w przetargu. Tym samym wyznaczenie zbyt długiego terminu na przedłożenie przez danego wykonawcę żądanych dokumentów w konkretnych sytuacjach rzeczywiście może być uznane za jego nadmierne faworyzowanie – nawet jeśli takowe faworyzowanie nie było celem zamawiającego.

Nie można się tu też zgodzić z opinią Przystępującego, że wykonawca ma podjąć kroki zmierzające do uzyskania żądanych dokumentów dopiero po otrzymaniu wezwania od zamawiającego – oczywiście może to zrobić na własne ryzyko ich nieuzyskania w wyznaczonej dacie albo w przypadku, gdy są one wydawane przez właściwy organ w krótkim terminie, jak np. polska informacja z Krajowego Rejestru Karnego. Wykonawca również w tym zakresie ma zachować należytą staranność i być w stanie przedstawić zamawiającemu żądane dokumenty – co do zasady – w terminie owych 10 dni, o których mowa w przywołanym przepisie. A zatem, jeśli termin ich uzyskania jest znacznie dłuższy, powinien podjąć w tym kierunku stosowne kroki odpowiednio wcześniej – nawet przed złożeniem oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Oceniając jednak stan faktyczny przedmiotowej sprawy, Izba stwierdziła, iż nie ma podstaw, by z tak długiego terminu, jak wyznaczył Zamawiający Przystępującemu do przedstawienia, a następnie uzupełnienia dokumentów, wyciągać negatywne konsekwencje dla Przystępującego oraz samego postępowania. Jak wyjaśnił Zamawiający, kierował się on oficjalnie uzyskanymi informacjami na temat okresu oczekiwania na przedmiotowe zaświadczenia o niekaralności i chciał wyznaczyć termin realny na ich uzyskanie. W ocenie Izby niewątpliwie kierował się on też wiedzą, że pozostałe złożone oferty odrzuci jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zatem oferta wykonawcy A. A. L. będzie jedyną merytorycznie poprawną ofertą, przy tym zawarcie umowy nie było dla niego pilne – tym samym uznał, że jest w stanie dłużej oczekiwać na dokumenty.

Zamawiający nie zastosował także niedozwolonego podwójnego wezwania. Należy zauważyć, że najpierw zastosował wezwanie do przedłożenia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, następnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, po czym nie zastosował kolejnego wezwania, lecz przedłużył termin pierwotnego wezwania – co z formalnego punktu widzenia nie jest ponownym wezwaniem.

Należy tu zauważyć, że po zmianie procedury przetargowej nowelizacją z 2016 r. po złożeniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co do zasady

stosuje się dwa wezwania: pierwsze do przedstawienia dokumentów (art. 26 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), a drugie do uzupełnienia dokumentów, które nie zostały przedstawione lub zostały przedstawione nieprawidłowo w ramach wezwania z art. 26 ust. 1 lub ust. 2 (z art. 26 ust. 3). W porównaniu z procedurą sprzed nowelizacji, w której dokumenty należało złożyć wraz z ofertą/wnioskiem, a nie dopiero na wezwanie zamawiającego, sprawia to wrażenie dwukrotnego wezwania.

Jak też zauważono powyżej, przedłużenie terminu wyznaczonego w wezwaniu, czy to z art. 26 ust. 1/ust. 2, czy też z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przed upływem tego terminu, z formalnego punktu widzenia nie jest ponownym wezwaniem, ale zmianą pierwotnego wezwania (pod warunkiem, że zostanie dokonane przed upływem wyznaczonego terminu). Takie działanie było jednoznacznie dopuszczane przez orzecznictwo i piśmiennictwo (w tamtym okresie w ramach art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wezwań z art. 26 ust. 1 i ust. 2 nie było – jednak obecnie zasadę tę można stosować także do innych rodzajów wezwań do przedstawienia dokumentów). Z logicznego punktu widzenia jest to konieczne dla zachowania elastyczności działań zamawiającego i wykonawców, gdyż w postępowaniu mogą zaistnieć różne okoliczności nieprzewidziane przez zamawiającego przy wyznaczaniu terminu w wezwaniu.

Co do braku umocowania osoby podpisującej wniosek o przedłużenie terminu złożenia dokumentów należy na wstępie zauważyć, że taki wniosek trudno zakwalifikować jako złożenie oświadczenia woli przez wykonawcę – jest to jedynie prośba do zamawiającego nie mająca doniosłego znaczenia prawnego i nie tyle jest tu istotna osoba, która podpisała wniosek o przedłużenie terminu złożenia dokumentów, co fakt, że zamawiający ten termin przedłużył przed upływem wyznaczonego wcześniej terminu.

Jednak rzeczywiście, każda korespondencja prowadzona z zamawiającym powinna być podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy – co pozwoli uniknąć ewentualnych późniejszych perturbacji związanych ze skutkami takiego dokumentu. Na marginesie należy też zauważyć, że zamawiający nie jest zobowiązany do wzywania wykonawców do przedstawienia pełnomocnictw w każdej sytuacji składania pism w postępowaniu, a tylko w wypadkach określonych przepisami, w tym art. 26 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV.2 W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 14 (poprawnie powinien być wskazany art. 24 ust. 1 pkt 12, jednak nie ma to znaczenia prawnego) w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia A. A. L. z

powodu niezuzpełnienia dokumentów z the C. J. I. S. D., F. B.of I. (FBI) Izba stwierdziła, co następuje.

Jak wskazał zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, Przystępujący przedstawił dokumenty w postaci oryginałów, zatem postawiony zarzut odnoszący się do kopii nie jest słuszny. Kopie wykonał dopiero Zamawiający w celu przekazania ich Odwołującemu.

Izba nie znalazła też podstaw do kwestionowania faktu, że wszystkie przedłożone dokumenty są oryginałami. Jak wynika z informacji załączonych do pisma procesowego Przystępującego, pochodzących ze strony internetowej FBI, odpowiedź nr 15, oraz jego oświadczenia złożonego podczas rozprawy, FBI wystawia dokumenty na standardowym białym papierze – to dokumenty wystawione przez autoryzowanego pośrednika FBI zostały wystawione na papierze chronionym przed kopiowaniem.

Co zaś do sporządzania kopii dokumentów, należy zauważyć, że pierwszeństwo ma tu regulacja rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126). Zgodnie z § 14 tego aktu oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczące podwykonawców, składane są w oryginale. Dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż ww. oświadczenia, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.

Tym samym w przypadku procedury przetargowej wykonawca może samodzielnie wykonać kopię zaświadczenia oraz poświadczyć ją za zgodność z oryginałem, niezależnie od wymogów istniejących w innych krajach i do innych celów.

IV.3 W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie testów próbek urządzeń do bezprzewodowej komunikacji zaoferowanych przez A. A. L. niezgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający wyjaśnił, że testy przeprowadził w sposób określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na potwierdzenie czego przedstawił znajdujące się w aktach postępowania przetargowego pisemne potwierdzenie rezultatów testu dokonane przez 12 osób ten test wykonujących oraz oświadczenia tych osób złożone zgodnie z wymogami art.

17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Były to osoby przybrane do pomocy, wykonujące techniczne czynności pomocnicze, a nie członkowie komisji przetargowej. Dokument, na który powołał się Odwołujący, był zaś formalnym zestawieniem rezultatów tego testu i został podpisany przez członków komisji przetargowej.

Tym samym zarzut nieprawidłowego przeprowadzenia testu nie potwierdził się.

Kwestia, czy Zamawiający powinien był przesłać Odwołującemu również dokumenty podpisane przez osoby biorące udział w testach – i jaki był zakres żądania Odwołującego w tej materii – nie był przedmiotem zarzutu, a tym samym nie była przez Izbę rozpatrywana.

IV.4 W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy przyjęciu, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy oferta wszystkim wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiada Izba stwierdziła, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (art. 87 ust. 2 pkt 3: zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

Art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Przepis ten nie dotyczy w ogóle sytuacji, o której mowa w niniejszym zarzucie, nie odnosi się bowiem do przedmiotu oferty.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punkcie 3., opisał on wymogi, jakie powinny spełniać oferowane urządzenia. Ponadto w treści podpunktu 2.1.7. dodatkowo wskazał on, że niespełnienie przez urządzenia, o których mowa w ppkt 2.1.1 i 2.1.2 któregośkolwiek z wymagań określonych w 2.1.1 – 2.1.4 (które dotyczą m.in. żądanego koloru smyczy – szarego – podpunkt 2.1.1.4 oraz żądanego koloru urządzeń – szary, czarny lub granatowy – podpunkt 2.1.2.8) będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W punkcie 7. ppkt 7.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił wymogi co do sposobu przedstawienia oferty – m.in. w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom, żądał on złożenia wraz z ofertą próbek w postaci

2 takich samych nadajników i 12 takich samych odbiorników wraz z akcesoriami, w tym ładowarkami jako urządzeń danego producenta, typu, rodzaju i modelu, stanowiących zaproponowane rozwiązanie. Urządzenia muszą być naładowane i gotowe do użycia oraz spełniać parametry, o których mowa w punkcie 3. Opis przedmiotu zamówienia, w ppkt 2.1.1 i 2.1.2. (...) Złożone próbki posłużą Zamawiającemu do przeprowadzenia testów, o których mowa w pkt 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynikami których zamawiający będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zatem częścią wymogu Zamawiającego dotyczącego próbek był również ich kolor. Tym samym próbka przedstawiona przez Odwołującego – jak też innych wykonawców – nie była zgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Próbka ta stanowi część oferty, część istotną, gdyż odnoszącą się do przedmiotu zamówienia (obrazującą go). To, że złożone próbki miały posłużyć Zamawiającemu do przeprowadzenia testów audio (albo między innymi testów audio, gdyż powyższa uwaga Zamawiającego nie oznacza, że próbka nie miała służyć badaniu oferty), nie oznacza, że pod innym względem mogły być niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Należy też przyznać rację Zamawiającemu, iż dopuszczenia możliwości zmiany urządzeń na etapie realizacji umowy (która – ze względu na to, że przedmiot umowy musi odpowiadać przedmiotowi oferty – też nie może być dowolna, lecz musi być uzasadniona okolicznościami) nie można przekładać na możliwość złożenia oferty niezgodnej z wymaganiami co do przedmiotu zamówienia. Badanie bowiem oferty co do jej zgodności z tymi wymaganiami jest obowiązkowe i nie może być pominięte.

Ze względu na fakt, iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu także z innych przyczyn, wezwanie do uzupełnienia próbki w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych było bezprzedmiotowe (dyspozycja art. 26 ust. 3 *in fine*). Izba nie badała zatem, czy w okolicznościach niniejszej sprawy byłoby w ogóle możliwe, tj. czy stanowiłoby zmianę oferty (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-131/16 odpowiedź na pytanie nr 1).

Izba podzieliła również stanowisko Zamawiającego w zakresie niezgodności treści oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie jednorazowych elementów stykających się z uchem, tj. liczby wymiennych gąbek. Według obliczeń Zamawiającego wskazana liczba wymiennych gąbek jest dalece niewystarczająca, a Odwołujący z tym faktem nie polemizował, np. poprzez przedstawienie własnych obliczeń. Odwołujący wskazał jedynie, iż w trakcie postępowania przetargowego przedstawił Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia w ramach żądania wyjaśnienia poziomu ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), które powinny być dla niego wystarczające, tym

samym nie był on zobowiązany do udzielania dalszych wyjaśnień, o które następnie poprosił Zamawiający.

Zamawiający z kolei wskazał, że to właśnie wyjaśnienia Odwołującego co do ceny (elementów poddanych wycenie) spowodowały jego wątpliwości co do oferowanego przedmiotu zamówienia i późniejsze wezwanie do wyjaśnienia treści oferty.

Oczywiście Odwołujący ma rację co do braku formalnego przymusu do udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty. Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazuje też formalnych konsekwencji braku udzielenia takich wyjaśnień, np. analogicznego do braku wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych czy zaniechania przedstawienia dokumentów. Jednak ignorując takie wezwanie wykonawca musi być świadomy możliwych konsekwencji takiego postępowania – wezwanie do wyjaśnienia treści oferty oznacza bowiem, że zamawiający powziął dane wątpliwości co do jej treści i wyjaśnienia takie są szansą wykazania, że złożona oferta jest prawidłowa. Jeśli wykonawca z tej szansy nie skorzysta, musi liczyć się z konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, np. jak w niniejszej sprawie – jako niezgodnej z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazane powyżej powody odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w sposób oczywisty nie kwalifikują się jako omyłki podlegające poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba uznała, że podniesione w odwołaniu zarzuty wobec Zamawiającego nie są zasadne i orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....