

WYROK

z dnia 9 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2011 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „WebTradeCenter” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Zakręt, 05-077 Warszawa-Wesoła, ul. Trakt Brzeski 89 (pełnomocnik wykonawców) oraz Infover Spółka Akcyjna, 25-528 Kielce, ul. Zagnańska 61**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Inspektorat Uzbrojenia, 00-909 Warszawa, ul. Królewska 1/7**

przy udziale wykonawcy: **LOCO Adam Sawczuk, Sławomir Szyłko spółka jawna, 85-009 Bydgoszcz, ul. Dworcowa 83** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „WebTradeCenter” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zakręcie oraz Infover Spółkę Akcyjną z siedzibą w Kielcach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem wpisu od odwołania.**

Sygn. akt KIO 2314/11

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” „ppz”, lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę stacji roboczych (oznaczenie sprawy IU/257/VII-53/ZO/PN/AE/DOS/K/2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S_59-095622 z 25 marca 2011 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.iu.wp.mil.pl), na której udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej w skrócie „s.i.w.z.”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 15.938.369,11 zł, co stanowi równowartość 4.151.698,13 euro.

17 października 2011 r. konsorcjum wykonawców: „WebTradeCenter” spółka z o.o. z siedzibą w Zakręcie oraz Infover S.A. z siedzibą w Kielcach (dalej zwane również w skrócie „Konsorcjum”) – otrzymało pismo, w którym Zamawiający wskazał: *mając na względzie Państwa oświadczenie zawarte w ofercie, iż w odniesieniu do oferowanych stacji roboczych NTT Business W 914G dysponują Państwo m.in. „raportami badawczymi wystawionymi przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą określających głośność jednostki centralnej mierzonej zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazaną zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie jałowym (IDLE) – wynoszącą maksymalnie 18 dB”, Zamawiający wyznacza ostateczny termin zawarcia umowy na dzień 18.10.2011 r. na godz. 09.00. Przed upływem tego terminu zobowiązani są Państwo do złożenia brakujących raportów badawczych (dla wszystkich oferowanych konfiguracji stacji roboczych NTT Business W 914G)... Niniejszym informuję, iż nie złożenie ww. raportów, zostanie uznane przez Zamawiającego jako uchylenie się konsorcjum (...) od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (...), co zgodnie z zapisami art. 46 ust. 5 pkt. 1 ustawy skutkować będzie zatrzymaniem wadium. Zamawiający nawiązał do wcześniejszego zaproszenia do podpisania umowy z 27 września 2011 r., informując, iż, w jego ocenie, Konsorcjum nie dostarczyło wymaganych raportów badawczych.*

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu tego pisma następujący przebieg zdarzeń

poprzedzających wystosowane wezwanie:

Po pierwsze – 7 października 2011 r. w odpowiedzi na zaproszenie do podpisania umowy wpłynęło pismo Konsorcjum, do którego załączono m.in. kopie orzeczeń wystawionych przez Laboratorium Elektroniki i Akustyki (BLE) Przemysłowego Instytutu Motoryzacji:

- 1) dwie kopie orzeczenia nr BLE.024.11B z 15 kwietnia 2011 r.
- 2) jedną kopię orzeczenia nr BLE.033.11B z 24 maja 2011 r.
- 3) cztery kopie orzeczenia nr BLE.034.11B z 24 maja 2011 r.

Po drugie – 10 października 2011 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienie dotyczące złożonych raportów badawczych, w których wskazało, iż:

- 1) orzeczenie nr BLE.024.11B z 15 kwietnia 2011 r. – dotyczy oferowanej stacji roboczej NTT Business W 914G w konfiguracji BCFH;
- 2) orzeczenie nr BLE.033.11B z 24 maja 2011 r. – dotyczy oferowanej stacji roboczej NTT Business W 914G w konfiguracji BDFH;
- 3) orzeczenie nr BLE.034.11B z 24 maja 2011 r. – dotyczy oferowanej stacji roboczej NTT Business W 914G w konfiguracji BDGH, BEGHI, BCGHI i BEGH;

Po trzecie – 14 października 2011 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo Przemysłowego Instytutu Motoryzacji, z którego wynika, że badania sprzętu komputerowego, o którym mowa w wyżej wymienionych orzeczeniach, ze względu na zakres pomiaru poziomu ciśnienia akustycznego, zostały wykonane, jako tzw. badania inżynierskie, a wyniki badań nie są objęte akredytacją, stąd w orzeczeniu nie umieszczono znaku akredytacji PCA lub innego sformułowania wskazującego na wykonanie badań w ramach akredytacji. Akredytacja Laboratorium Elektroniki i Akustyki (BLE) Przemysłowego Instytutu Motoryzacji (AB 082) obejmuje m.in. badanie środowiska pracy według wymagań norm PN-EN ISO 7779:2005 i PN-ISO 9296:1999 w zakresie poziomu ciśnienia akustycznego od 24 do 133 dB (A).

25 października 2011 r. (pismem z 24 października 2011 r.) Konsorcjum wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) *od czynności Zamawiającego w postaci wezwania Wykonawcy, przez Zamawiającego w dniu 17 października 2011 roku, do złożenia przez odwołującego „brakujących raportów badawczych (dla wszystkich oferowanych konfiguracji stacji roboczych NTT Business W 914G) wystawionych przez niezależną, akredytowaną jednostkę badawczą określających głośność jednostki centralnej mierzonej zgodnie z normą ISO 7779*

oraz wykazaną zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie jałowym (IDLE) - wynoszącą maksymalnie 18 dB” pod rygorem odmowy podpisania umowy przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż takie działanie Zamawiającego narusza następujące przepisy ustawy pzp:

1. Art. 91 ust. 1 i ust. 2 – poprzez dokonywanie przez Zamawiającego faktycznej oceny ofert po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Art. 26 ust. 3 – poprzez zastosowanie wskazanej w tym przepisie procedury po wyborze oferty najkorzystniejszej.
3. Art. 7 ust. 1 – poprzez wadliwą ocenę dokumentów – orzeczeń Przemysłowego Instytutu Motoryzacji o numerach: BLE.024.11B z 15 kwietnia 2011 r., BLE.033.11B z 24 maja 2011 r. oraz BLE.034.11B z 24 maja 2011 r., jako niespełniających wymagań s.i.w.z.
4. Art. 94 ust. 3 – poprzez podjęcie działań zmierzających do zawarcia umowy z wykonawcą składającym kolejną, najkorzystniejszą ofertę, mimo braku przesłanek takiego działania.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności powyższego wezwania z 17 października 2011 r.

Odwołujący wskazał, iż ma oczywisty interes w uzyskaniu zamówienia jak również niewątpliwie ponieść może szkodę na skutek sprzecznych z prawem działań zamawiającego. Odwołujący zaoferował najkorzystniejszą cenę, jego oferta uznana została przez zamawiającego za najkorzystniejszą (a tym samym niepolegającą odrzuceniu). Obecnie jednak okazało się, że zamawiający co prawda zaprosił odwołującego do zawarcia umowy, jednakże przed samym podpisaniem bezpodstawnie zakwestionował dokumenty przedłożone przez odwołującego. Doprowadzenie do unieważnienia bezpodstawnego wezwania ze strony zamawiającego (co warto podkreślić już w tym miejscu – sformułowanego w SIWZ, jednak zgodnie z intencją zamawiającego spełnianego przez wykonawcę dopiero przed podpisaniem umowy), pozwoli na uznanie spełnienia wymogu przez odwołującego i pozwoli wykonawcy uzyskać zamówienie. Z kolei sprzeczne z prawem działania zamawiającego doprowadzić mogą do szkody po stronie wykonawcy, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Na pierwszy rzut oka dopuszczalność odwołania może budzić wątpliwości – oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, co więcej został on zaproszony do zawarcia umowy. W realiach niniejszej sprawy wniesienie odwołania jest w pełni

uzasadnione. W treści s.i.w.z. (zmiana z 19 maja 2011 roku) Zamawiający postawił wymóg przedłożenia przez wykonawców, przed dniem zawarcia umowy, ale po wyborze ofert, dokumentu poświadczającego spełnianie przez oferowane produkty wymogów głośności. Natomiast na etapie oceny ofert dokumentem potwierdzającym spełnianie przedmiotowych wymogów było wyłącznie oświadczenie składane przez wykonawców. Tym samym więc zamawiający, z nieznanых przyczyn, zrezygnował z weryfikacji na etapie oceny ofert wskazanych pierwotnie w SIWZ parametrów oferowanych produktów, na rzecz oświadczenia wykonawców w przedmiocie spełniania wskazanych parametrów. Z kolei „właściwą” ocenę oferty (w aspekcie dokumentów potwierdzających spełnianie wymogów) zamawiający w swoisty sposób „przesunął” na etap podpisania umowy. Takie działanie Zamawiającego było już komentowane przez KIO – na etapie postępowania w sprawie KIO 1847/2011, Izba wypowiedziała się co do sformułowania przez zamawiającego wymogu przedłożenia stacji roboczej do testów, po terminie składania ofert. Takie działanie, analogiczne do działania objętego niniejszym odwołaniem, KIO uznało za niedopuszczalne. Pomimo tego, Zamawiający kontynuuje swoje działania i dalej usiłuje niejako „przenieść” ocenę i badanie ofert na datę następującą po wyborze oferty. Ofiarą takiego działania może stać się Odwołujący, który wykonując sprzeczny z prawem wymóg s.i.w.z., przedłożył przed podpisaniem umowy testy głośności spełniające wymagania s.i.w.z. Zamawiający, pomimo wiedzy (potwierdzonej poprzednim wyrokiem KIO w niniejszej sprawie) co do niezgodności swojego działania z prawem, ocenił testy i przyjął, że nie spełniają one wymogów s.i.w.z. Następnie wezwał Odwołującego do przedłożenia testów spełniających wymagania s.i.w.z. pod rygorem uznania, że wykonawca odmawia zawarcia umowy. Fakt, że wymogi s.i.w.z. są nielogiczne, stanowią bowiem formułę oceny ofert po dniu wyboru oferty najkorzystniejszej, nie powinien wpływać na możliwość poddania przez Odwołującego weryfikacji przez Izbę spełnienia przez niego tych wymogów. W sytuacji, w której Odwołujący wystąpiłby z pozwem o nakazanie złożenia oświadczenia woli, Zamawiający broniłby się tym, że wykonawca nie spełnił wymogu s.i.w.z. (jakkolwiek sprzecznego z prawem, jednak w swoisty sposób „uprawomocnionego” zaniechaniem wniesienia odwołania przez wykonawców). Stąd też, mając świadomość co do charakteru omawianego wymogu, Odwołujący zamierza wykazać, że wymóg spełnił, a nadto, że nawet ewentualne niespełnienie wymogu, nie może prowadzić do odmowy zawarcia umowy (a jedynie potencjalnych roszczeń Zamawiającego co do wykazania spełniania przez oferowane produkty wymogu głośności, czy nawet roszczeń odszkodowawczych, jednak roszczeń niezależnych od konieczności zawarcia umowy). Odwołujący zarówno swoje zachowanie jak i – pośrednio – niniejsze odwołanie „podał”

specyficznym logice, w ramach której sformułowany został s.i.w.z. Nie zaskarżając postanowień s.i.w.z. Odwołujący, jak i wszyscy pozostali wykonawcy, zgodził się wykazać spełnienie wymogów (parametrów oferowanych produktów) zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (po wyborze oferty najkorzystniejszej). Obecnie kwestionowanie postanowień s.i.w.z. nie jest możliwe. Możliwa i konieczna natomiast (podążając logiką s.i.w.z.) jest weryfikacja spełniania wymagań dotyczących przedłożenia testów głośności. Z dokumentu tego Zamawiający uczynił swoisty instrument oceny ofert, który – w razie niespełnienia wymogów – skutkuje nie odrzuceniem oferty, ale odmową podpisania umowy (w istocie zbieżną w tej sytuacji właśnie z odrzuceniem oferty). W tej sytuacji uniemożliwienie Odwołującego poddania weryfikacji Izby spełnienia wskazanego wymogu, byłoby wyciągnięciem negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy na skutek sprzecznego z prawem działania Zamawiającego. Pikanterii sprawie dodaje fakt oparcia działania zamawiającego w całości na twierdzeniach jednego z uczestników postępowania, firmy Loco A. Sawczuk. S. Szyłko sp.j. Wyłącznie w oparciu o „dokumenty” autorstwa tej właśnie firmy Zamawiający sformułował swoje poglądy co do rzekomego niespełnienia przez przedłożone przez Odwołującego dokumenty wymogów s.i.w.z. Co więcej, pisma Zamawiającego stanowią w części mechaniczne przeniesienie swoistych „donosów” adresowanych przez spółkę Loco do Zamawiającego.

Odwołujący został zaproszony do podpisania umowy oraz przedłożenia dokumentów, co też (w zakresie przedłożenia dokumentów) uczynił (orzeczenia BLE.024.11B z 15 kwietnia 2011 r., BLE.033.11B z 24 maja 2011 roku, BLE.034.11B z 24 maja 2011 r. – wydane przez Przemysłowy Instytut Motoryzacji, zwany również „PIMOT”). 17 października 2011 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie, kwestionowane w niniejszej sprawie, w której powołał się na pismo PIMOT (dostarczone przez spółkę LOCO), z którego w ocenie Zamawiającego wynikać ma, że testy przedłożone przez odwołującego nie spełniają wymagań s.i.w.z. Nie sposób nie zauważyć, że Zamawiający: po pierwsze – wyznaczył rażąco krótki termin, na uzupełnienie rzekomo niezgodnych z s.i.w.z. dokumentów (jeden dzień), po drugie – całkowicie i bezkrytycznie zaufał dokumentowi przedłożonemu przez spółkę Loco, w oczywisty sposób zainteresowaną niezawarciem umowy pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, po trzecie – nie dokonał jakiegokolwiek weryfikacji oświadczenia PIMOT, co więcej – nie był uprawniony do dokonywania takiej weryfikacji, po czwarte – nie wziął pod uwagę tego, że nawet przyjęcie autentyczności oświadczenia PIMOT bynajmniej nie wskazuje na rzekomą niezgodność przedłożonych raportów z treścią s.i.w.z., po piąte – nie wziął pod uwagę, że nawet rzekoma niezgodność raportów z treścią s.i.w.z.

nie może skutkować niepodpisaniem umowy. Do Zamawiającego skierowane zostało 17 października 2011 r. pismo, zawierające jednoznaczną deklaracją podpisania umowy przez Odwołującego. Co więcej, w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego w jego siedzibie stawili się upoważnieni przedstawiciele Odwołującego w celu podpisania umowy. Zamawiający odmówił podpisania umowy. W opisanej sytuacji Zamawiający uznał, że to Odwołujący odmówił podpisania umowy. Znamienne jest przy tym, że Zamawiający podaje różne podstawy prawne dla wykazania rzekomej niemożliwości zawarcia umowy. Raz jest to uchylenie się wykonawcy od podpisania umowy (pismo z dnia 17 października 2011 r.), a raz niemożność zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (pismo z 20 października 2011 r.).

Złożone raporty spełniają wymogi s.i.w.z., co wynika jednoznacznie z zestawienia wymogu zawartego w zmianie s.i.w.z. z 19 maja 2011 r. oraz zarzutów pod adresem raportów, które sformułował Zamawiający, w istocie powielając zarzuty sformułowane przez innego wykonawcę Loco. Wymagano, aby raporty wystawione zostały przez akredytowaną jednostkę (wymóg dotyczący podmiotu), tymczasem z pisma PIMOT wynika, że w badaniach *nie umieszczono znaku akredytacji PCA lub innego zapisu wskazującego na wykonanie badań w ramach akredytacji* (wymóg przedmiotowy, co do akredytowania dokumentu, a nie podmiotu przeprowadzającego testy). Nawet więc zakładając, że oświadczenie złożone przez PIMOT na życzenie Loco (a dokładniej przez Pana Bogusława P., Zastępcę Dyrektora ds. Motoryzacji, a więc osobę zapewne nieupoważnioną do reprezentacji PIMOT) jest zgodne z rzeczywistością, z pewnością nie wpływa ono na zasadność wniosku o rzekomej niezgodności przedłożonych raportów z s.i.w.z.

Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że przedłożone przez Odwołującego raporty nie spełniają wymagań s.i.w.z., nie sposób z takiej okoliczności wywodzić sankcji w postaci uprawnienia zamawiającego do uchylenia się od podpisania umowy z uwagi na brzmienie przepisu art. 94 ust. 3 pzp. Przez odmowę rozumieć należy jednoznaczne oświadczenie wykonawcy, że umowy nie zawrze. W szczególności nie sposób uznać, aby zamawiający mógł dowolnie określać, jakie działania / zaniechania wykonawcy stanowią będą przedmiotową „odmowę” zawarcia umowy. Brak jakiegokolwiek logiki w utożsamieniu odmowy z nieprzedłożeniem dokumentu (zażądane sprzecznie z prawem), szczególnie w sytuacji, w której Odwołujący jednoznacznie deklaruje wolę zawarcia umowy, a sam dokument przedkłada. Pogląd zbieżny z powyższym prezentuje się również w literaturze przedmiotu.

Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do art. 94 ustawy – Prawo zamówień publicznych: *„Uchylenie się” nie jest tym samym co każda odmowa zawarcia umowy.*

Odmowa jest każdym oświadczeniem woli wyrażającym brak zgody. Będzie więc miała miejsce również tam, gdzie wybrany wykonawca odmówi podpisania umowy, wskazując na występowanie przesłanek do jej unieważnienia. Natomiast uchylanie według poglądów SN powstających na gruncie art. 390 § 1 k.c, posługującego się pojęciem uchylania się od zawarcia umowy przyrzeczonej po zawarciu umowy przedwstępnej sprzedaży, to: „Tylko bezpodstawną odmową zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem”. W wyroku z dnia 26 września 2001 r., IV CKN 461/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 80, SN uznał brak uchylania się, w sytuacji gdy niewykonanie zobowiązania zawarcia umowy przyrzeczonej w określonym terminie nastąpiło na skutek konieczności dopełnienia przez jedną ze stron formalności umożliwiających zawarcie umowy definitywnej. [podkreślenia Odwołującego]

Piotr Kunicki, Zam.Pub.Dor.2008.3.12, Konsekwencje uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy. Nie każde zachowanie wykonawcy powodujące brak natychmiastowego podpisania umowy może być utożsamiane z uchylaniem się od podpisania umowy. Za uchylanie się od podpisania umowy nie powinno być uznane np. niestawiennictwo pracownika wykonawcy w siedzibie zamawiającego w celu podpisania umowy [...], czy też zaproponowanie zmiany treści umowy (zgodnej z Pzp) koniecznej z uwagi na zmianę warunków wykonywania zamówienia. Uchylanie się od podpisania umowy powinno przejawiać się wyraźną odmową zawarcia umowy przez wykonawcę (podkr. nasze). Zamawiający powinien dochować należytej staranności przy wzywaniu wykonawcy do zawarcia umowy.

Taka odmowa nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Stąd też zakładając, że wymóg s.i.w.z., jakkolwiek specyficzny, stał się obowiązujący na skutek niezaskarżenia go przez wykonawców, zamawiający miałby prawo żądania przedłożenia przez Odwołującego określonych dokumentów (np. raportów). Jednakże sankcji potencjalnego niepodporządkowania się takiemu żądaniu nie mogłoby stanowić zrezygnowanie zamawiającego z zawarcia umowy. Ta bowiem sankcja mocą cytowanego wyżej art. 94 ust. 3 pzp, zarezerwowana została wyłącznie dla wyraźnej odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę. Działanie Zamawiającego w sposób ewidentny narusza więc przepisy prawa.

W piśmie z 17 października 2011 r. Zamawiający wskazuje, że nieprzedłożenie wymaganych przez niego dokumentów stanowić będzie uchylenie się Odwołującego od zawarcia umowy. Takie rozwiązanie, według logiki Zamawiającego, uprawnia go do wyboru

kolejnego wykonawcy, w trybie art. 94 ust. 3 pzp. Działania w tym kierunku Zamawiający podjął zapraszając do podpisania umowy wspomnianą powyżej firmę Loco. Z kolei w piśmie z 20 października 2011 r., rzekome zaniechanie ze strony Odwołującego Zamawiający kwalifikuje inaczej, tj. jako niemożliwość zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego (bazując na art. 46 ust. 5 pkt 3 pzp). Taka z kolei kwalifikacja pozwala Zamawiającemu na zatrzymanie wadium (co też w przedmiotowym piśmie zostało zapowiedziane). Zamawiający nie dostrzegł jednak tego, że przesłanka w postaci niemożliwości zawarcia umowy (z winy wykonawcy) nie upoważnia do wyboru kolejnego wykonawcy (do tego bowiem upoważnia jedynie odmowa zawarcia umowy przez wykonawcę, a więc sytuacja kategorialnie odmienna). W zależności więc od tego, jaki cel w danym momencie zamierza osiągnąć Zamawiający, kwalifikuje on działanie Wykonawcy raz jako odmowę zawarcia umowy, innym razem jako niemożność zawarcia umowy wywołana przyczyną leżącą po stronie wykonawcy.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 25 października 2011 r. (wraz z przekazaniem kopii odwołania) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił 27 października 2011 r. Wykonawca LOCO Adam Sawczuk, Sławomir Szyłko spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom tego postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Zamawiający nie wniósł przed rozprawą pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Skład orzekający Izby rozpatrzył podniesiony na posiedzeniu przez Zamawiającego i poparty przez Przystępującego wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 pzp, gdyż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy, a także na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, z uwagi na wniesienie odwołania po upływie

terminu określonego w ustawie. Strona Zamawiającego podniosła, iż definicja postępowania o udzielenie zamówienia z art. 2 pkt 7a pzp wskazuje, iż ostatnią czynnością mieszczącą się w ramach postępowania o udzielenie zamówienia i podlegającą zaskarżeniu jest wybór oferty najkorzystniejszej, a czynność zaskarżona odwołaniem jest będącą jego konsekwencją czynnością w ramach etapu przygotowania do zawarcia umowy, niepodlegającą już zaskarżeniu. Skład orzekający Izby zważył, iż podnoszone okoliczności w oczywisty sposób nie dotyczą wskazywanej przesłanki odrzucenia, gdyż jak najbardziej w sprawie wywołanej odwołaniem mają zastosowanie przepisy ustawy pzp, lecz stanowią próbę wykazania braku po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. W zakresie przekroczenia terminu na wniesienie odwołania strona Zamawiającego wskazała na to, iż Odwołujący zakwestionował obowiązek złożenia dokumentów, który wynikał już z, po pierwsze – zawiadomienia o terminie podpisania umowy z 27 września 2011 r., po drugie – postanowienia ppkt. 5 pkt 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. wprowadzone 19 maja 2011 r. Skład orzekający Izby zważył, iż z odwołania wynika wprost zakwestionowanie wezwania dokonanego przez Zamawiającego 17 października 2011 r., co jest powiązane z zarzutem naruszenia przepisu art. 94 ust. 3 pzp przez Zamawiającego, który przed wniesieniem odwołania 21 października 2011 r. faktycznie dokonał wyboru oferty Przystępującego w trybie tego przepisu. Brak zatem podstaw do przyjęcia, iż odwołanie wniesione 25 października 2011 r., wskazujące również na dokonanie przez Zamawiającego tej czynności z naruszeniem przepisu art. 94 ust. 3 pzp, nastąpiło z przekroczeniem zawitego 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i oddaleniu na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika zgodnego wniosku Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę w celu merytorycznego rozpoznania odwołania. Odwołujący podtrzymał w jej toku zarzuty odwołania, wskazał jednak, iż oprócz sprecyzowanego w odwołaniu żądania domaga się również nakazania Zamawiającemu unieważnienia zaproszenia Przystępującego do podpisania umowy oraz ponownego zaproszenia Odwołującego do podpisania umowy. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący.

Izba ustaliła, co następuje:

19 maja 2011 r. (pismem nr VII/4742/11) Zamawiający w trybie art. 38 ust. 4 pzp dokonał zmiany s.i.w.z. polegającej między innymi na wprowadzeniu do rozdziału XVIII s.i.w.z. *Informacje o formalnościach , jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia Umowy w sprawie zamówienia publicznego pkt.5 w następującym brzmieniu: Wybrany wykonawca, pod rygorem uznania przez Zamawiającego jako uchylanie się wykonawcy od podpisania przedmiotowej umowy, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w „Zaproszeniu do podpisania umowy”, dostarczy do Zamawiającego:*

- 1) *Wydruk z przeprowadzonych testów zaoferowanych stacji roboczych potwierdzający, że oferowane stacje robocze... wraz z procesorem... osiągają wynik w teście wydajnościowym SYSMark2007 Preview Rating... punktów;*
- 2) *oświadczenie producenta stacji roboczych, że posiada certyfikat ISO9001 obejmujący proces projektowania i produkcji;*
- 3) *oświadczenie producenta stacji roboczych, że posiada certyfikat ISO14001;*
- 4) *kopię certyfikatu, potwierdzającego poprawną współpracę oferowanych modeli stacji roboczych z systemem operacyjnym Windows 7;*
- 5) *oświadczenie producenta stacji roboczych z raportem badawczym wystawionym przez niezależną, akredytowaną jednostkę badawczą określające głośność jednostki centralnej mierzona zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazana zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie jałowym (IDLE) i wynosi maksymalnie 18dB;*
- 6) *deklaracja zgodności CE dla oferowanych stacji roboczych;*
- 7) *oświadczenie producenta stacji roboczych, o spełnieniu kryteriów środowiskowych, w tym: zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych, zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 g. oraz kryteriów środowiskowych wyszczególnionych w punkcie II załącznika nr 1 do SIWZ – „Wymagania techniczne”;*
- 8) *kopię certyfikatu ISO 9001:2000 firmy serwisującej na świadczenie usług serwisowych;*
- 9) *dokument określający autoryzację producenta stacji roboczych dla firmy na świadczenie usług serwisowych;*
- 10) *oświadczenie producenta stacji roboczych, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych przez wykonawcę lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.*

Do pisma załączono zmienioną treść załączników do s.i.w.z.: nr 1 *Wymagania techniczne* oraz nr 2 *Formularz ofertowy*. W tabeli załącznika nr 1 wymieniono w wierszu

certyfikaty i standardy:

- *Certyfikat ISO9001 dla producenta stacji roboczych obejmujący proces projektowania i produkcji (dokument ma zostać dostarczony do zamawiającego przed podpisaniem umowy i zostanie dołączony do umowy);*
- *Certyfikat ISO 14001 dla producenta stacji roboczych (dokument ma zostać dostarczony do zamawiającego przed podpisaniem umowy i zostanie dołączony do umowy);*
- *Oferowane modele stacji roboczych muszą posiadać certyfikat potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli stacji roboczych z systemem operacyjnym Windows 7 (załączyć wydruk ze strony Microsoft WHCL) – (dokument ma zostać dostarczony do zamawiającego przed podpisaniem umowy i zostanie dołączony do umowy);*
- *Głośność jednostki centralnej mierzona zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazana zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie jałowym (IDLE) ma wynosić maksymalnie 18 dB co zostanie poświadczane przez oświadczenie producenta stacji roboczych wraz z raportem badawczym wystawionym przez niezależną, akredytowaną jednostkę badawczą (dokument ma zostać dostarczony do zamawiającego przed podpisaniem umowy i zostanie dołączony do umowy);*
- *Deklaracja zgodności CE (dokument ma zostać dostarczony do zamawiającego przed podpisaniem umowy i zostanie dołączony do umowy);*
- *Potwierdzenie, w postaci oświadczenia producenta, spełnienia kryteriów środowiskowych, w tym: zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych, zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 g. oraz kryteriów środowiskowych wyszczególnionych w punkcie II (dokument ma zostać dostarczony do zamawiającego przed podpisaniem umowy i zostanie dołączony do umowy);*

Zamawiający zawarł w tabeli tego załącznika następujące postanowienia w wierszach:

pamięć RAM:

- a) *2 GB min. 1066 MHz, pracująca w trybie Dual Channel*
- b) *4 GB min. 1066 MHz, pracująca w trybie Dual Channel*

karta graficzna:

- c) *PCI Express z możliwością przydzielenia pamięci do 512 MB DDR, złącze DVI i D-Sub (dodatkowe złącze Display Port i/lub HDMI opcjonalnie), zintegrowana z płytą główną, max. obsługiwana rozdzielczość nie mniejsza niż 1600x1200 pikseli przy 32-bitowej palecie kolorów.*

Sygn. akt KIO 2314/11

- d) *PCI Express z pamięcią 256 MB, 1 złącze DVI, 1 złącze TV-out, nie może być zintegrowana z płytą główną 1 ,max. obsługiwana rozdzielczość nie mniejsza niż 1980x1200 pikseli przy 32-bitowej palecie kolorów, o wydajności w 3DMarkVantage nie gorszej niż 12000 punktów przy 1280x1024 pixeli w teście Performance GPU Score.*
- e) *PCI Express z pamięcią min. 256 MB, nie może być zintegrowana z płytą główną 2 złącza DVI (dopuszczalne złącza HDMI lub Display Port – należy wtedy dołączyć przejściówki na DVI), umożliwiającą jednoczesną pracę na 2 monitorach w rozdzielczości nie mniejszej niż 1920x1080 niż przy 32-bitowej palecie kolorów (na każdym z podłączonych monitorów)*

dysk twardy:

- f) *1 x 500 GB SATA II, 7200 obr./min., min. 8 MB cache w wyjmowanej kieszeni.*
- g) *2 x 500 GB SATA II, 7200 obr./min., min. 8 MB cache – w tym jeden w wyjmowanej kieszeni.*

karta sieciowa:

- h) *– 10/100/1000 Ethernet RJ 45;*
– Wspierająca funkcję Wake on LAN (funkcja włączana przez użytkownika) i PXE 2.0.
- i) *– karty światłowodowa: MM, SC, standard Gigabit Ethernet*

Zarówno w załączniku nr 1 do s.i.w.z., jak i w załączniku nr 3 do s.i.w.z. według zróżnicowania tych elementów wynika łącznie 6 różnych konfiguracji stacji roboczych: 1) „bcfh”; 2) „bdgh”; 3) „beghi”; 4) „bcghi”; 5) „bdfh”; 6) „begh”.

23 maja 2011 r. (pismem nr VII/4883/11) Zamawiający udzielił w trybie art. 38 ust. 2 pzp następujących wyjaśnień treści s.i.w.z. w formie odpowiedzi na zadane pytanie nr 1: Czy Zamawiający wymaga, aby wymienione w załączniku nr 1 do SIWZ (obecnie rozdział XVIII pkt 5 SIWZ) testy, certyfikaty, oświadczenia wymagane w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot spełnia wymagania określone w SIWZ, które były pierwotnie wymagane na etapie składania ofert, natomiast po zmianie z dnia 19.05.2011 r. wymagane jest ich dostarczenie w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w Zaproszeniu do podpisania umowy, potwierdzały spełnianie wymagań na dzień składania ofert zgodnie z oświadczeniem składanym w formularzu ofertowym?

Odpowiedź: Wymienione w Załączniku nr 1 do SIWZ testy, certyfikaty, oświadczenie wymagane w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot spełnia wymagania określone w SIWZ, mają potwierdzać spełnienie wymagań na dzień składania ofert.

Sygn. akt KIO 2314/11

21 kwietnia 2011 r. (pismem nr VII/3798/11) Zamawiający udzielił w trybie art. 38 ust. 2 pzp następujących wyjaśnień treści s.i.w.z. w formie odpowiedzi na zadane pytanie nr 14: *Zamawiający w załącznik nr 1 do SIWZ (Wymagania techniczne), w tabeli zaznaczył, iż będzie zamawiał stacje robocze w siedmiu konfiguracjach do których zamieścił tabelę z minimalnymi wymaganiami w których to w punkcie „Certyfikaty i standardy” napisał: – „Głośność jednostki centralnej mierzona zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazana zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie jałowym (IDLE) ma wynosić maksymalnie 18 dB co zostanie poświadczane przez oświadczenie producenta wraz z raportem badawczym wystawionym przez niezależną, akredytowaną jednostkę badawczą”. Analizując wymagania techniczne można zauważyć, że różnice między poszczególnymi konfiguracjami są znikome i każda stacja robocza bazuje na tym samym procesorze, płycie głównej, obudowie, zasilaczu oraz napędzie. Pragniemy zauważyć, iż dla akredytowanej jednostki badawczej istotne są tylko te elementy zestawu które posiadają elementy ruchome (dysk/dyski, zasilacz, napęd optyczny, elementy które posiadają wentylatory np. aktywna karta graficzna, płyta główna) oraz obudowa. Pozostałe elementy takie jak np. karta światłowodowa, ilość pamięci nie mają najmniejszego wpływu na osiągnięty poziom głośności. W związku z powyższym czy Zamawiający zgodzi się na dostarczenie tylko jednego raportu głośności dla wszystkich oferowanych stacji w najmocniejszej konfiguracji sprzętowej gdzie będą 4GB RAM, karta graficzna zewnętrzna i 2 dyski? Naturalne jest, że wszystkie słabsze konfiguracje osiągną niższe wyniki badań głośności niż najmocniejsza konfiguracja i tym samym spełnią wymagania Zamawiającego.*

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ ze względu na to, że każdy z producentów sprzętu komputerowego ma możliwość przeprowadzenia testów głośności przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą na każdą konfigurację oferowanego komputera. Wymagania konfiguracji sprzętu zawarte w SIWZ są wymaganiami minimalnymi, w których istnieje możliwość zaoferowania innych części składowych w konfiguracji sprzętu również spełniających zapisy SIWZ. Zamawiający chce mieć pewność, że zaoferowany model komputera na pewno będzie spełniał wymagany poziom głośności.

11 maja 2011 r. (pismem nr VII/4359/11) Zamawiający udzielił w trybie art. 38 ust. 2 pzp następujących wyjaśnień treści s.i.w.z. w formie odpowiedzi na zadane pytanie nr 6: *Wykonawca nie zaprzecza, że istnieje możliwość przeprowadzenia testów lecz w przypadkach tak licznych konfiguracji koszt badań staje się ogromny i bezpodstawny jeżeli producent gwarantuje że wszystkie słabsze konfiguracje od badanej najmocniejszej*

konfiguracji w danym komputerze (stacje robocze, małogabarytowa stacja robocza, stacja graficzna) będą wyprodukowane na dokładnie tych samych podzespołach np. w mocnej konfiguracji będą 2 identyczne dyski natomiast w słabszej tylko jeden, ale nadal ten sam. Oczywiście pozostałe podzespoły, obudowa, zasilacz, płyta główna, procesor, itd., będą dokładnie takie same. W związku z powyższym czy Zamawiający zgodzi się na przedstawienie raportu badań dla konfiguracji wyposażonej w największą liczbę podzespołów (co wiąże się z największą głośnością) w danym rodzaju komputera pod warunkiem, że słabsze konfiguracje bazują dokładnie na takich samych podzespołach? Na potwierdzenie wykorzystania tych samych podzespołów do słabszych konfiguracji wykonawca może przedstawić oświadczenie producenta sprzętu.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ oraz powołując się na odpowiedź udzieloną 20.04.2011 r nr 14 informuje, że badania głośności muszą być wykonane dla oferowanej konfiguracji stacji roboczej. Zamawiający nie dopuszcza zaoferowania badania głośności na odmiennej konfiguracji sprzętu niż oferowana. Zaoferowanie badania głośności na odmiennej konfiguracji sprzętu może powodować niejasności oraz brak przejrzystości ofert podczas ich badania. Według Zamawiającego oświadczenie producenta sprzętu nie jest żadnym wiążącym dokumentem, stąd wymóg dostarczenia wyników badania wykonanych przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą.

Konsorcjum złożyło ofertę wypełniając przygotowany w załączniku nr 3 do s.i.w.z. formularz ofertowy, składając między innymi, bezpośrednio pod tabelą wskazującą nazwę sprzętu, jego ilość, cenę jednostkową oraz wartość brutto – następujące oświadczenia, zgodnie z wzorem przygotowanego przez Zamawiającego:

– w pkt. 4 – Oświadczamy, że:

- 1) *oferowana przez nas stacja robocza NTT Business 914G wraz z zainstalowanym w niej procesorem INTEL CORE I3-450 osiąga wynik w teście wydajnościowym SYSMark2007 Preview Rating powyżej 200 punktów;*
- 2) *producent sprzętu posiada certyfikat ISO 9001 obejmujący proces projektowania i produkcji;*
- 3) *producent sprzętu posiada certyfikat ISO 14001;*
- 4) *oferowane modele stacji roboczych posiadają certyfikat, potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli stacji roboczych z systemem operacyjnym Windows 7;*
- 5) *dysponujemy oświadczeniem producenta stacji roboczych wraz z raportem badawczym wystawionym przez niezależną, akredytowaną jednostkę badawczą określającym*

- głośność jednostki centralnej mierzonej zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazaną zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie jałowym (IDLE), która wynosi maksymalnie 18 dB;*
- 6) *oferowane stacje robocze posiadają deklaracja zgodności CE;*
 - 7) *oferowane stacje robocze, spełniają kryteria środowiskowe, w tym: zgodność z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych, zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 g. oraz kryteria środowiskowe wyszczególnione w punkcie II załącznika nr 1 do SIWZ – „Wymagania techniczne”;*
 - 8) *firma serwisująca posiada ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych;*
 - 9) *posiadamy autoryzację producenta stacji roboczych dla firmy na świadczącej usługi serwisowe;*
 - 10) *że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych przez nas lub firmy serwisującej, producent stacji roboczych przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.*
- w pkt. 5 – *Oświadczamy, że dokumenty wymienione w pkt. 4 zostaną przedstawione Zamawiającemu przed podpisaniem umowy i stanowią integralną część umowy.*
- w pkt. 6 – *Oświadczamy, że wzór umowy i zawarte w niej warunki płatności, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ został przez nas zaakceptowany. Zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy na określonych w niej warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.*

Z treści wypełnionej przez Konsorcjum tabeli specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia, zawartej w pkt. 7 formularza ofertowego – wynika zaoferowanie stacji roboczej NTT Business W914G w 6 różnych konfiguracjach elementów wskazanych w s.i.w.z.

27 września 2011 r. (pismem nr K/10259/11) Zamawiający zawiadomił Konsorcjum, iż złożona przez nie oferta została uznana za najkorzystniejszą, wyznaczając termin podpisania umowy na 10 października 2011 r. Zamawiający wskazał również, iż do 7 października Konsorcjum winno złożyć szereg dokumentów określonych w s.i.w.z., w tym *oświadczenie producenta stacji roboczych z raportem badawczym wystawionym przez niezależną, akredytowaną jednostkę badawczą określające głośność jednostki centralnej mierzona zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazana zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie jałowym (IDLE) i wynosi maksymalnie 18 dB, a także wnieść do dnia*

podpisania umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

10 października 2011 r. Odwołujący stawiał się w siedzibie Zamawiającego, w tym dniu kończąc także składanie dokumentów do których złożenia został wezwany, a także składając pismo zawierające wyjaśnienia dotyczące jak należy przyporządkować trzy złożone orzeczenia do poszczególnych konfiguracji oferowanej stacji roboczej. Odwołujący na ten dzień nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

17 października 2011 r. Zamawiający wystosował wezwanie przytoczone na wstępie uzasadnienia. Skład orzekający Izby ustalił, iż opisany za treścią uzasadnienia tego pisma przebieg wydarzeń odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy, z tym uzupełnieniem, iż wspomniane pismo z Przemysłowego Instytutu Motoryzacji wpłynęło za pośrednictwem Przystępującego, do którego było bezpośrednio adresowane. Przystępujący załączył je do swojego pisma z 14 października 2011 r. Oprócz tego pisma Przystępujący wystosował do Zamawiającego trzy inne pisma 10,13 i 17 października 2011 r. We wszystkich 4 pismach Przystępujący wskazywał na niemożność uznania, iż przedstawione orzeczenia PIMOT nie stanowią dokumentów, o których mowa w rozdziale XVIII pkt 5 ppkt 5 s.i.w.z.

21 października 2011 r. (pismem nr K/11393/11) Zamawiający zawiadomił Konsorcjum, iż niezłożenie wymaganych raportów badawczych, pomimo dwukrotnego wyznaczenia terminu ich złożenia, uznał za uchylanie się Konsorcjum od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w swojej ofercie. Zamawiający uznał także, iż zawarcie tej umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Konsorcjum, gdyż z jego winy brak jest załączników do umowy, o których mowa w rozdziale XVIII s.i.w.z. oraz w pkt. 5 na stronie 4 złożonej oferty, co skutkuje zatrzymaniem wniesionego wadium z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 pzp.

Również 21 października 2011 r. (pismem nr K/11412/11) Zamawiający zawiadomił spółkę LOCO, iż działając zgodnie z art. 94 ust. 3 pzp, zaprasza Przystępującego do podpisania umowy na dostawę stacji roboczych 26 października 2011 r., wzywając jednocześnie do przedstawienia do 24 października 2011 r. wymienionych 10 rodzajów dokumentów, a także wniesienia do dnia podpisania umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania,

uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika wyrażone w toku postępowania odwoławczego pisemnie, a także ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby nie sposób odmówić Odwołującemu interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro jest wykonawcą, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Natomiast podjęta następnie przez Zamawiającego czynność, z powołaniem się na przepis art. 94 ust. 3 pzp, zmierzająca do wyboru kolejnej oferty złożonej przez Przystępującego, naraża Odwołującego na szkodę z uwagi na nieuzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego Izby nie można również uznać, iż wniesione odwołanie nie dotyczy czynności podjętej przez Zamawiającego w toku prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Z przepisu art. 180 ust. 1 pzp wynika, iż 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. Natomiast zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7a pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia (w przypadku przetargu nieograniczonego) należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei przepis art. 94 ust. 3 pzp stwarza zamawiającemu możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Skład orzekający zważył, iż z definicji zawartej w art. 2 pkt. 7a pzp wynika wprost w zakresie określenia momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie tyle, iż jest on wyznaczony osiągnięciem celu tego postępowania w postaci wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Osiągnięcie tego celu zostało zatem zdefiniowane nie przez pryzmat dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz przez wskazanie, iż chodzi o wybór oferty wykonawcy,

z którym ostatecznie zostanie zawarta umowa. Co do zasady cel ten jest już osiągnięty w drodze wyboru najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, o czym zamawiający z mocy art. 92 ust. 1 pzp informuje wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Jednakże w razie uchylania się przez tak wyłonionego wykonawcę od zawarcia umowy lub niewniesienia przez niego zabezpieczenia jej należytego wykonania – zamawiający może, choć nie musi, skorzystać z możliwości wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Należy zauważyć, iż w razie skorzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w przepisie art. 94 ust. 3 pzp, dopiero wtedy można mówić o ziszczeniu się celu prowadzonego postępowania, o którym mowa w art. 2 pkt 7a pzp, gdyż to z wykonawcą wybranym w ten sposób, a nie z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem składu orzekającego Izby z samego brzmienia definicji postępowania sformułowanej w art. 2 pkt 7a pzp wynika wprost, iż w takim przypadku za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać wybór wykonawcy dokonany przez zamawiającego w trybie art. 94 ust. 3 pzp. Wobec tego bezpodstawne jest wywodzenie z brzmienia jakichkolwiek innych przepisów lub systematyki ustawy pzp, iż czynność zamawiającego podjęta na podstawie art. 94 ust. 3 pzp nie mieści się już w ramach prowadzonego przez niego postępowania. Odnośnie systematyki ustawy pzp można jedynie zauważyć, iż również przepis art. 94 ust. 3 pzp został zawarty w rozdziale 4 *Wybór najkorzystniejszej oferty*. Natomiast istotne jest, iż to dopiero ostatni w tym rozdziale art. 95 pzp dotyczy czynności dokonywanej przez zamawiającego już po zakończeniu postępowania, określając wymóg niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego – po zawarciu umowy z wykonawcą, którego ten wybór dotyczył. Również to potwierdza, iż w przypadku dokonania wyboru na podstawie art. 94 ust. 3 pzp nie można uznać uprzednio dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej za zakończenie postępowania, gdyż jest nim dopiero wybór prowadzący do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci udzielenia zamówienia publicznego, o którym zamawiający ma obowiązek poinformować w ogłoszeniu. Zdaniem składu orzekającego Izby sztuczne wyłączenie czynności zamawiających podjętych na podstawie przepisu art. 94 ust. 3 ustawy pzp jako niemieszczących się w ramach prowadzonych przez nich postępowań, powodowałoby niedopuszczalny brak jakiegokolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej również przewidzianych przepisami tej ustawy. Oczywiście jest przy tym, iż *de facto* jedynym zainteresowanym w takim przypadku będzie

Sygn. akt KIO 2314/11

wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a nowymi okolicznościami uzasadniającymi wniesienie przez niego odwołania, będą okoliczności prawne i faktyczne wskazujące na bezzasadność i bezprawność podjętych na jego szkodę działań zamawiającego zmierzających do wyboru innej oferty. Skład orzekający Izby nie podziela zatem odmiennego stanowiska zaprezentowanego przez inny skład orzekający Izby w uzasadnieniu wyroku z 20 stycznia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 31/11, do którego na posiedzeniu odwołał się Zamawiający.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z opisanymi powyżej zmianami i wyjaśnieniami, a także przywołanych w niniejszym uzasadnieniu pism i dokumentów oraz protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, dalszych pismach procesowych oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole, a także dowody złożone w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący zaprezentował niespójne i wewnętrznie stanowisko, gdyż formalnie nie kwestionując obowiązywania postanowień pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z., jednocześnie twierdził, iż niezłożenie dokumentów opisanych w ppkt. 5 nie ma żadnego znaczenia dla możliwości podpisania z nim umowy. To ostatnie twierdzenie opiera się jednak na faktycznym kwestionowaniu wiążącego charakteru postanowień wynikających z pkt 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. Odwołujący świadom, iż nie wniósł w terminie odwołania od tych wprowadzonych 19 maja 2011 r. postanowień s.i.w.z., *de facto* podważa ich znaczenie przez zarzucanie Zamawiającemu w treści odwołania: wprowadzenia wymogu sprzecznego z prawem, przesunięcia „właściwej” oceny ofert w aspekcie dokumentów potwierdzających spełnianie wymogów na etap podpisania umowy, dowolnego określenia jakie działania lub zaniechania wykonawcy stanowiąc będą odmową zawarcia

umowy, czy też zażądanie dokumentów sprzecznie z prawem. Co ważniejsze jednak, Odwołujący nie był w stanie w toku postępowania odwoławczego wskazać żadnego przepisu ustawy pzp jaki miałby naruszyć Zamawiający przez wymaganie złożenia określonych dokumentów w ramach dopełnienia niezbędnych formalności przed zawarciem umowy. Z pewnością nie są nimi wskazane w odwołaniu przepisy art. 91 ust. 1 i 2 pzp, z których pierwszy nakazuje zamawiającemu wybranie oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z., a drugi określa, iż tymi kryteriami może być cena lub cena w połączeniu z innymi kryteriami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie wniósł odwołania od postanowień pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z., gdyż był przekonany, iż dysponuje wymaganymi dokumentami, również w zakresie dokumentu wynikającego z ppkt. 5. Dopiero z chwilą zakwestionowania przez Zamawiającego złożonych dokumentów Odwołujący zaczął dopatrywać się w tych postanowieniach niedopuszczalnego prowadzenia przez Zamawiającego badania ofert po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wobec braku wskazania konkretnego i adekwatnego przepisu z jakim miałyby być sprzeczne egzekwowanie przez Zamawiającego od Odwołującego złożenia dokumentów wskazanych w ppkt. 5 pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z., nie można uznać, iż Odwołujący prawidłowo sprecyzował zarzut przeciwko takiemu działaniu Zamawiającego. Z przepisu art. 192 ust. 2 pzp wynika bowiem, iż uwzględnienie odwołania możliwe jest jedynie w razie stwierdzenia naruszenia konkretnego przepisu ustawy pzp, a nie naruszenia jakichkolwiek bliżej niesprecyzowanych przepisów prawa, co wielokrotnie zostało podniesione w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego Izby bezpodstawne jest natomiast podnoszenie przez Odwołującego, iż wezwanie do złożenia dokumentów niezbędnych dla dopełnienia formalności wymaganych postanowieniami s.i.w.z. przed zawarciem umowy, stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Na podstawie treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego brak podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający wycofał się z dokonanego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast skorzystanie przez Zamawiającego wobec bezskuteczności skierowanego wezwania z instytucji przewidzianej w art. 94 ust. 3 pzp wskazuje wręcz na to, iż oferta Odwołującego nie utraciła statusu oferty ocenionej jako najkorzystniejsza.

Odwołujący bezpodstawnie odwołuje się do wyroku Izby z 21 września 2011 r. zapadłego na wcześniejszym etapie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, jako w jakikolwiek sposób popierającego jego argumentację. W szczególności z uzasadnienia tego wyroku nie wynika, iż Izba uznała zmianę s.i.w.z. wprowadzoną 19 maja 2011 r. za niedopuszczalną: *Przytoczone postanowienia (...) specyfikacji wraz z jej*

modyfikacjami wskazują, że Zamawiający przyjął w tym postępowaniu konwencję wykazania, że oferowane stacje odpowiadają Jego oczekiwaniom opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie Formularza ofertowego – zawartych w nim oświadczeń wykonawców. Zamawiający jednocześnie „przesunął” obowiązek złożenia dokumentów (testów, certyfikatów i oświadczeń producentów stacji, deklaracji zgodności) z etapu składania oferty na moment poprzedzający podpisanie umowy (pismo z dnia 19 maja 2011 r.). Nie odpowiada również rzeczywistości twierdzenie Odwołującego, iż Izba uznała za niedopuszczalny sam wymóg przedłożenia stacji roboczej do testów po terminie składania ofert: Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii zgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ma charakter testów wydajnościowych, jaki nadał im Zamawiający w specyfikacji, w tym przesądzenie, czy w świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej na użytek przedmiotowego postępowania, stanowiły one element oferty, czy też miały inne znaczenie. Izba uznała te postanowienia za wiążące i nie bez znaczenia, natomiast stwierdziła, że nie stanowią one treści oferty: Uznano, że przeprowadzonych przez zamawiającego w dniu 29 czerwca 2011 r. testów wydajnościowych nie sposób traktować jako części oferty. Niewątpliwym jest, że w postępowaniu o zamówienie publiczne ofertę można złożyć w terminie podanym przez zamawiającego w specyfikacji – późniejsza zmiana, negocjacje co do złożonej oferty po upływie tego terminu są niedopuszczalne (art. 84 i 87 ust. 1 ustawy). Fakt, że testy wydajnościowe przewidziano jako instrument po złożeniu oferty i to instrument nieobowiązkowy, zależny od woli Zamawiającego (Zamawiający zastrzega sobie w celu potwierdzenia wyników wydajnościowych przeprowadzenie testu) przemawia za uznaniem, że testy te nie stanowią elementu oferty, a w konsekwencji – że nie mogą stanowić o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. [...] Na gruncie analizowanej sprawy, należy uznać, że przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia testy wydajnościowe nie stanowią elementu oferty w aspekcie materialnym, tj. deklaracji wykonawcy (oświadczenia woli) co do rodzaju przedmiotu zamówienia zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu – zamawiający nie zawarł w specyfikacji jakiegokolwiek postanowienia uprzedzającego wykonawców, iż składają się one na treść oferty, nie przypisał także w sposób jednoznaczny znaczenia tej czynności. Przemawia za taką konstatacją także niekategoryczna forma ich zastrzeżenia ich przeprowadzenia opisana w specyfikacji (uzależnienie ich przeprowadzenia od woli Zamawiającego). [...] Niezależnie

*od tego, nie sposób odmówić pewnego znaczenia przeprowadzonym testom, to jest takiego, jaki wynika z ich zakresu i celu przewidzianego treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie wiadomo z czego Odwołujący chce wywodzić analogię dotyczącą wadliwego prowadzenia przez Zamawiającego badania i oceny ofert, skoro w tamtej sprawie Zamawiający zajmował korzystne dla Odwołującego stanowisko, iż testy wydajnościowe nie stanowią treści oferty, a Izba uznała to stanowisko za słuszne i znajdujące oparcie w s.i.w.z.:
Podzielono w powyższym zakresie prezentowane na rozprawie stanowisko Zamawiającego co do znaczenia spornych testów wydajnościowych, zgodnie z którym: „próbka”, jaką był przeprowadzony test nie stanowiła integralnej części oferty. [...] Zamawiający żądał w SIWZ, aby przedstawić wraz z ofertą wydruk z przeprowadzonych testów i kolejne zmiany SIWZ to podtrzymały a przeniesienie sprawdzenia postawionych wymogów na okres przed dostawą pozostał. Wszak to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego postępowania, on zatem jest uprawniony do ostatecznego, w razie wątpliwości, wypowiedzenia się co do intencji, jakie wyrażają postanowienia opracowanego przez niego dokumentu – specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy zauważyć, iż w niniejszej sprawie wyłącznie Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający prowadzi badanie i ocenę ofert po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.*

Zupełnie odrębny i nadający się do rozpatrzenia zarzut stanowi kwestia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 94 ust. 3 pzp przez uznanie, iż Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy i wybranie następnej w kolejności oferty Przystępującego. Pomimo sformułowania na wstępie odwołania zarzutu w sposób sugerujący, iż jest on przedwczesny, z treści uzasadnienia wynika, iż Zamawiający dokonał tej czynności 20 października 2011 r., a zatem przed wniesieniem odwołania, co potwierdziła także dokumentacja postępowania. Dla uznania zasadności tego zarzutu wystarczającym byłoby stwierdzenie, iż złożone przed terminem pierwotnie wyznaczonym na podpisanie umowy orzeczenia Przemysłowego Instytutu Motoryzacji w Warszawie stanowią dokumenty, o których mowa w rozdziale XVIII pkt 5 ppkt 5 s.i.w.z. Odwołujący w odwołaniu zarzucił także, iż przez wadliwą ocenę tych dokumentów jako niespełniających wymagań s.i.w.z. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 pzp, nie precyzując jednak na czym miałyby polegać to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Skład orzekający Izby zważył, iż wbrew stanowisku Odwołującego, o tym, czy złożone przez niego orzeczenia PIMOT są prawidłowe, czy też nie – decyduje ich porównanie z brzmieniem wymagania określonego w ppkt. 5 pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z., a nie z zarzutami, które zostały względem tych dokumentów wyartykułowane przez Zamawiającego.

Z porównania tego wyniku natomiast w sposób oczywisty, iż orzeczenia z przeprowadzonego przez Laboratorium Elektroniki i Akustyki („BLE”) PIMOT w Warszawie pomiaru hałasu rozprzestrzeniającego się w powietrzu, wytwarzanego przez urządzenie oraz deklarowanej wartości emisji hałasu urządzenia komputerowego o nr: BLE.024.11B, BLE.033.11B i BLE.034.11B, nie stanowią raportu badawczego określającego głośność jednostki centralnej mierzonej zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazaną zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie jałowym – wystawionego przez akredytowaną jednostkę badawczą. Z żadnego z tych dokumentów nie wynika bowiem, iż badania zostały wykonane przez podmiot akredytowany. Wbrew niezrozumiałej logice prezentowanej przez Odwołującego brak w złożonych orzeczeniach jakiegokolwiek informacji dotyczących wydania przez podmiot dysponujący akredytacją, nie może potwierdzać, iż jest odwrotnie. W takiej sytuacji to Odwołujący był obowiązany do przedstawienia argumentów i dowodów na potwierdzenie, iż są to dokumenty wystawione przez podmiot akredytowany. Skład orzekający Izby stwierdza, iż Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił w tym zakresie nawet żadnego merytorycznego argumentu, ograniczając się do podnoszenia rzekomej niejasności sformułowania postanowienia ppkt. 5 pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z., tudzież bagatelizowania znaczenia późniejszego oświadczenia PIMOT dotyczącego wystawionych orzeczeń. Tymczasem treść uzyskanego przez Przystępującego oświadczenia PIMOT z 14 października 2011 r. jest jednoznaczna nawet bez znajomości pisma z 13 października 2011 r., w odpowiedzi na które zostało wydane. Wynika z niej, po pierwsze – potwierdzenie okoliczności uzewnętrznionej jedynie przez brak zamieszczenia na orzeczeniach znaku akredytacji, iż badania, które były podstawą do ich wydania, zostały wykonane jedynie jako tzw. badania inżynierskie, które mogą być miarodajne na potrzeby określenia przybliżonej wartości hałasu emitowanego przez sprzęt komputerowy w określonej konfiguracji, a nie jako potwierdzenie spełniania parametru głośności przez akredytowaną jednostkę badawczą. Po drugie – taki stan rzeczy wynika z tego, iż BLE PIMOT jest jednostką badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji („PCA”), ale do badania środowiska pracy według norm: PN-EN ISO 7779:2005 i PN-ISO 9296:1999 – w zakresie mierzenia poziomego ciśnienia akustycznego w przedziale od 24 do 133 dB (A). Z braku jakiegokolwiek rzeczowego argumentu Odwołujący twierdzi, iż istotny jest fakt posiadania przez BLE PIMOT jakiegokolwiek akredytacji. Należy zgodzić się z Przystępującym, iż świadczy to jedynie o zupełnej niewiedzy Odwołującego na temat znaczenia akredytacji, która była elementem wymaganym wprost w s.i.w.z. Tymczasem jest to pojęcie zdefiniowane i mające konkretne znaczenie wynikające z uregulowań ustawy z

dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tekst jednolity z 2010 r. Dz.U. Nr 138, poz. 935, z późn. zm.). Z przepisu art. 5 pkt. 11 tej ustawy odsyłającego do art. 2 pkt 10 rozporządzenia WE nr 765/2008 wynika, iż akredytacja oznacza poświadczenie przez krajową jednostkę akredytującą, że jednostka oceniająca zgodność spełnia wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz – w stosownych przypadkach – wszelkie dodatkowe wymagania, w tym wymagania określone w odpowiednich systemach sektorowych konieczne do realizacji określonych czynności związanych z oceną zgodności. Z art. 15 tej ustawy wynika, iż akredytacja jest udzielana przez Polskie Centrum Akredytacji, na wniosek jednostki oceniającej zgodność, w którym między innymi należy wskazać zakres akredytacji. Z kolei z przepisu art. 16 ustawy wynika, iż zakres ten jest jednym z konstytutywnych elementów wydanego przez PCA certyfikatu akredytacji będącego dokumentem potwierdzającym udzielenie akredytacji. Tymczasem w przedstawionym na rozprawie przez Przystępującego piśmie Polskie Centrum Akredytacji z 26 października 2011 r. jednoznacznie potwierdziło, iż orzeczenia wydane przez PIMOT stanowią jego działalność komercyjną, nie mieszczącą się w udzielonej mu akredytacji Nr AB 082. Z pisma tego wynika również, iż działania podejmowane w ramach akredytacji nie mogą być przenoszone do tej działalności komercyjnej prowadzonej przez dany podmiot, gdyż PCA wyraziło zainteresowanie skontrolowaniem ewentualnego powoływania się przez PIMOT w tych orzeczeniach na posiadaną akredytację. W ocenie składu orzekającego Izby Odwoławczy przeoczył wymaganie przedstawienia dokumentu z badań pochodzącego od akredytowanego podmiotu, na co wskazuje treść pisma z 10 października 2011 r., w którym zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy wskazał, iż poszczególne orzeczenia zostały wydane przez niezależną jednostkę badawczą, o akredytacji tej jednostki, w tym na wymagane w s.i.w.z. badania, nic nie wspominając. Dopiero dowiedziawszy się dzięki Przystępującemu, iż laboratorium PIMOT w ogóle jakąś akredytacją dysponuje, w piśmie z 17 października 2011 r. Odwoławczy zaczął bezpodstawnie wskazywać, iż wymagane badanie zostało wykonane przez akredytowaną jednostkę badawczą. Odwoławczy nie wykazał również w żaden sposób, iż Zastępca Dyrektora PIMOT ds. Motoryzacji nie jest osobą uprawnioną do składania oświadczeń wiedzy w imieniu PIMOT. Zamiast zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 190 ust. 1 pzp przedstawić jakiegokolwiek dowody na odparcie popartych dowodami twierdzeń strony przeciwnej, Odwoławczy podniósł w odwołaniu jedynie zarzut bezkrytycznego akceptowania przez Zamawiającego okoliczności wskazywanych w 4. pismach skierowanych przez Przystępującego, co miałyby rzekomo dodawać sprawie *pikanterii*, z uwagi na oparcie wiedzy i działań Zamawiającego na tych *swoistych donosach*. W ocenie składu orzekającego

Izby bez znaczenia jest skąd Zamawiający pozyskał informacje o wadliwości dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, jeżeli tylko był w stanie je merytorycznie zweryfikować i podjął na ich podstawie prawidłową decyzję. W okolicznościach niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający zasadnie uznał, iż przedłożone orzeczenia nie stanowią dokumentów wymaganych na mocy ppkt. 5 pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. z uwagi na brak akredytacji. Należy również zauważyć, iż choć Przystępujący wskazywał znacznie szerszy zakres występowania nieprawidłowości w złożonych do 10 października 2011 r. dokumentach, zarówno w samych orzeczeniach (niezgodność z normą ISO 7779 i ISO 9296), jak i w innych dokumentach opisanych w pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z.: ppkt. 1 (wydruk z testów SYSMark2007 dla oferowanych komputerów), ppkt. 4 (certyfikat potwierdzający poprawną współpracę oferowanych komputerów z Windows 7), ppkt. 5 (deklaracja zgodności CE dla oferowanych komputerów) – Zamawiający uznał tylko niektóre z nich za zasadne. Odwołujący załączył do odwołania wszystkie 4 pisma Przystępującego, jako dowody na okoliczność źródła wiedzy Zamawiającego co do przedłożonych orzeczeń, choć nie była to okoliczność sporna, której strona przeciwna mogłaby zaprzeczyć, skoro dokumenty te zostały oficjalnie złożone w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast Odwołujący nie był w stanie podważyć zasadności merytorycznej wiedzy, którą w ten sposób posiadał, i z której uczynił użytek Zamawiający zasadnie uznając, iż przedłożone dokumenty z badań nie zostały wydane przez podmiot akredytowany do przeprowadzenia wymaganych badań.

Wobec tego, iż przedstawione przez Odwołującego orzeczenia PIMOT nie były dokumentami z badań przeprowadzonych przez podmiot akredytowany, bez znaczenia jest okoliczność, że wynik tych badań potwierdza spełnienie wymagania głośności jednostki centralnej poniżej 18 dB. Skoro dokumenty te z powodu braku akredytacji nie mogą być wzięte pod uwagę, drugorzędne znaczenie ma to czy dotyczą wszystkich konfiguracji stacji roboczych zaoferowanych przez Odwołującego. Bezsporne jest, iż Odwołujący złożył trzy orzeczenia, wyjaśniając następnie 10 października 2011 r., iż orzeczenie nr BLE.024.11B dotyczy konfiguracji „bcfh”, orzeczenie nr BLE.033.11B – konfiguracji „bdfh”, a orzeczenie nr BLE.034.11B obejmuje pozostałe 4 konfiguracje elementów. Z wyjaśnień treści s.i.w.z. udzielanych w toku postępowania wynika również, iż pomimo wskazywania przez wykonawców racjonalności ograniczenia wymagania do przedstawienia raportów z badań konfiguracji składającej się z największej liczby elementów, jeżeli tylko w słabszej konfiguracji pozostałe elementy są takie same – Zamawiający nie uwzględnił tych wniosków. W szczególności w odpowiedzi udzielonej 11 maja 2011 r. na pytanie 6, odwołał się do

swojej wcześniejszej odpowiedzi na pytanie 14 z 20 kwietnia 2011 r., wyraźnie wskazując, iż nie dopuszcza badania głośności przeprowadzonego na odmiennej konfiguracji niż oferowana. Wobec tego Zamawiający miał prawo egzekwować przedstawienia raportu z badań przeprowadzonych dla każdej z oferowanych konfiguracji, nawet jak dana konfiguracja zawiera mniej elementów, które są identyczne jak elementy w konfiguracji bardziej rozbudowanej. Zamawiający ma także obowiązek w taki sam sposób egzekwować wymagania ustalone w treści s.i.w.z. i udzielonych wyjaśnieniach jej treści w stosunku do Przystępującego.

Wobec stwierdzenia, iż przedłożone dokumenty nie były prawidłowe, konieczne jest rozpatrzenie zarzutu, czy Zamawiający w sytuacji nieprzedstawienia przez Odwołującego wymaganych na mocy ppkt. 5 pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. dokumentów był uprawniony do uznania, iż Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy i na tej podstawie dokonać w trybie art. 94 ust. 3 pzp wyboru oferty Przystępującego. Skład orzekający Izby nie podzielił poglądu Odwołującego, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nieprzedłożenie przez niego wymaganych raportów z badań nie mogło być uznane przez Zamawiającego za uchylanie się od zawarcia umowy.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż stanowisko Odwołującego ponownie zasada się na spóźnionym kwestionowaniu postanowień pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. wprowadzonych 19 maja 2011 r. jako niedopuszczalnego sprecyzowania przez Zamawiającego jakie zaniechania wykonawcy będą uznane za odmowę zawarcia umowy. Odwołujący również w tym przypadku nawet nie wskazał jaki przepis ustawy pzp nie pozwala na określenie w s.i.w.z., iż niedostarczenie dokumentów wymaganych dla dopełnienia formalności niezbędnych dla zawarcia umowy, zostanie uznane za odmowę podpisania umowy. Zamawiający nie uczynił tego w sposób dowolny, gdyż wskazał precyzyjnie konkretne dokumenty, których nieprzedłożenie przez wybranego wykonawcę uzna za uchylenie się od zawarcia umowy. Przez samą regulację s.i.w.z. nie doszło do wyłączenia, rozszerzenia, czy też zawężenia możliwości zastosowania przepisu art. 94 ust. 3 pzp. Zamawiający przed skorzystaniem z tego szczególnego trybu wyboru oferty musiał ocenić, czy zachowanie Odwołującego może być poczytane za odmowę podpisania umowy. Przebieg postępowania odwoławczego wykazał, iż Zamawiający miał podstawy poczytać zachowanie Odwołującego za uchylanie się od zawarcia umowy.

Niesporne było między Stronami, iż zarówno w pierwszym (10 października 2011 r.), jak i w drugim (18 października 2011 r.) wyznaczonym przez Zamawiającego terminie i miejscu stały się ze strony Odwołującego osoby uprawnione do podpisania umowy. Nie

zmienia to jednak faktu, iż stawienie się tych osób w żaden sposób nie spowodowało dopełnienia wymaganych w s.i.w.z. formalności niezbędnych do zawarcia umowy, pomimo twierdzenia zawartego w piśmie z 17 października 2011 r. skierowanym do Zamawiającego (*nasz przedstawiciel będzie oczywiście obecny w Państwa biurze, we wskazanym terminie, celem dopełnienia formalności*). Co więcej, Odwołujący nie podważał, iż do podpisania umowy 10 października nie doszło z przyczyn leżących po jego stronie, gdyż nie wniósł także w tym terminie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Należy zauważyć, iż Zamawiający nie skorzystał z możliwości zastosowania art. 94 ust. 3 pzp z uwagi nie niewniesienie zabezpieczenia, choć jest to odrębna i samoistna przesłanka również umożliwiająca skorzystanie z tego trybu. W ocenie składu Orzekającego Izby zawarty w piśmie do Zamawiającego z 17 października 2011 r. wniosek Odwołującego o kolejne przedłużenie wyznaczonego terminu na zawarcie umowy, świadczy o tym, iż do pewnego momentu uznawał konieczność dopełnienia formalności wprowadzonych postanowieniami s.i.w.z. Również w treści odwołania żądaniu unieważnienia wezwania Zamawiającego z 17 października 2011 r. towarzyszył zarzut, iż jednodniowy termin na złożenie dokumentów stanowi rażąco krótki termin. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy wyznaczenie dłuższego (kolejnego) terminu na podpisanie umowy nie spowodowałoby, iż Odwołujący dopełniłby wymaganych formalności wynikających z ppkt. 5 pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. Odwołujący pominął zupełnie w odwołaniu okoliczność, iż na mocy wyjaśnień treści s.i.w.z. udzielonych przez Zamawiającego 23 maja 2011 r. wszystkie dokumenty wymienione w pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. miały potwierdzać stan istniejący na dzień składania ofert. W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia te niewątpliwie podważają racjonalność i celowość zaniechania żądania raportów badawczych z ppkt. 5 na etapie składania ofert, gdyż de facto nie dało to wykonawcom więcej czasu na ich uzyskanie. Nie zmienia to jednak faktu, iż również te wyjaśnienia nie zostały zaskarżone przez któregośkolwiek wykonawcę, a zatem stały się wiążące zarówno dla nich, jak i Zamawiającego. Również w tym przypadku nie można zaakceptować odmiennego poglądu Odwołującego, który kolejny raz chce przejść do porządku dziennego nad postanowieniami s.i.w.z., wyłącznie z powodu niemożności ich spełnienia, czego najwyraźniej nie był wcześniej świadomy. Czyni to bezprzedmiotowym wniosek Odwołującego zawarty w piśmie procesowym z 26 października 2011 r. o przeprowadzenie z załączonych do tego pisma (a w przedłożonych w oryginale na rozprawie) raportów z badań dotyczących poziomu hałasu o nr: 224.01/NZL/NBW/2011/SEM, 224.02/NZL/NBW/2011/SEM, 224.03/NZL/NBW/2011/SEM, 224.04/NZL/NBW/2011/SEM, 224.05/NZL/NBW/2011/SEM, 224.06/NZL/NBW/2011/SEM –

dowodu *na okoliczność spełniania przed odwołujących warunków SIWZ oraz prawdziwości oświadczenia złożonego przez konsorcjum o spełnianiu przez konsorcjum warunków głośności*. Z przedłożonych dokumentów wynika, iż zostały wystawione 25 października 2011 r., co ważniejsze jednak same badania będące podstawą ich sporządzenia zostały przeprowadzone w okresie od 20 do 25 października w stosunku do sprzętu komputerowego dostarczonego 19 października 2011 r. W oczywisty sposób dokumenty te nie mogą potwierdzać, iż sprzęt objęty badaniami spełniał wymagania głośności nieprzekraczającej 18 dB na dzień składania ofert. W ocenie składu orzekającego Izby przedłożenie tych sprawozdań z badań przeprowadzonych przez Laboratorium Badawcze i Wzorcujące Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki z siedzibą w Warszawie akredytowane przez PCA (nr akredytacji AB022) – potwierdza, iż Odwołujący przy dołożeniu należytej staranności w dbałości o swoje interesy mógł dopełnić wymagania przewidzianego w ppkt. 5 pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z.

Wbrew stanowisku Odwołującego niemożność złożenia wymaganych dokumentów przed podpisaniem umowy, za którą ponosi on odpowiedzialność, mogła zostać uznana przez Zamawiającego za uchylenie się od podpisania umowy. Z uwagi na niemożność dopełnienia formalności niezbędnych do zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, składanie przez niego oświadczenia o gotowości podpisania umowy, przy jednoczesnej odmowie dopełnienia formalności, do czego Odwołujący zobowiązał się składając ofertę, w której oświadczył, iż dysponuje wymaganymi dokumentami – ma charakter pustej deklaracji bez pokrycia w rzeczywistym stanie rzeczy, sprowadzającej się w istocie do oświadczenia o gotowości fizycznego złożenia podpisów na dokumencie umowy. Bazując na tak rozumianej gotowości Odwołujący posunął się nawet w odwołaniu do bezpodstawnego twierdzenia, iż to Zamawiający odmówił czy też zrezygnował z podpisania umowy. Tymczasem takie zachowanie Odwołującego oznacza, iż składa on wewnętrznie sprzecznie oświadczenie woli, gdyż choć twierdzi, że jest gotowy do zawarcia umowy, to jednocześnie odmawia uczynienia tego w wymagany sposób przez niedopełnienie jednej z formalności niezbędnej do jej zawarcia. W ocenie składu orzekającego Izby brak złożenia oświadczenia o zawarciu umowy we właściwej formie może być traktowane w niniejszej sprawie za oświadczenie woli o niezawarciu umowy. Treścią stosunku prawnego jaki nawiązał się z chwilą złożenia oferty pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym są bowiem również zawarte w s.i.w.z. informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający i Odwołujący umówili się w jaki sposób dojdzie do zawarcia umowy w sprawie realizacji

świadczenia objętego treścią oferty. Odwołujący wyraził w ofercie wolę dopełnienia tych formalności, podtrzymywał ją również po wybraniu jego oferty jako najkorzystniejszej, lecz z chwilą gdy okazało się, iż nie jest w stanie ich dopełnić, kierując się własnym interesem bezpodstawnie uznał je za niewiążące. Dodatkowo ponieważ Odwołujący z własnej winy nie jest w stanie usunąć przeszkody uniemożliwiającej zawarcie umowy w sposób przewidziany w s.i.w.z., od momentu upływu ostatniego z terminów wyznaczonych przez Zamawiającego pozostaje w zwłoce. W ocenie składu orzekającego Izby przytoczone powyżej za odwołaniem poglądy doktryny i orzecznictwa, wbrew intencjom Odwołującego, wcale nie przemawiają na jego korzyść. Po pierwsze – w niniejszej sprawie Odwołującemu można przypisać świadome zaniechanie dopełnienia wymaganych formalności i godzenie się na to, iż spowoduje to niezawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący obiektywnie z własnej winy nie jest w stanie dopełnić formalności umożliwiających zawarcie tej umowy. Po drugie – w niniejszej sprawie nie chodzi o niestawiennictwo osób upoważnionych do podpisania umowy ze strony Odwołującego, lecz o wyraźną odmowę dopełnienia niezbędnych do jej zawarcia formalności, pomimo prawidłowego i zgodnego z warunkami s.i.w.z. wezwania przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie adekwatne jest również stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Białymstoku (wyrok z 6 września 2005 r., sygn. akt II Ca 460/05), który wyjaśnił, iż termin *uchyla się od zawarcia umowy* należy rozumieć w następujący sposób: *Sąd Okręgowy aprobuje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyr. z 9.5.2001 r., II CKN 440/00 (OSNC 2001/12/85), iż za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego ewentualnie takie działanie skarżącego, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. (...) Brak stawiennictwa w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniem przez niego obowiązków, nie jest tożsame z uchyleniem się wykonawcy od zawarcia umowy.*

Choć odwołanie nie zawiera zarzutu związanego z naruszeniem przez Zamawiającego art. 46 ust. 5 pkt 3 pzp, to przepis ten został wspomniany przez Odwołującego dla zilustrowania niespójnego, jego zdaniem, stanowiska Zamawiającego. Skład orzekający Izby zważył, iż wobec stwierdzenia zasadności skorzystania przez Zamawiającego z trybu art. 94 ust. 3 pzp, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej

Sygn. akt KIO 2314/11

sprawy jest kwestia zasadności zatrzymania przez Zamawiającego wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 5 pkt. 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami: § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący:

.....