

Sygn. akt KIO/UZP 365 /09

WYROK
z dnia 07 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **02 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Comp Safe Support S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia **02 marca 2009 r.**,

przy udziale **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

przy udziale **Biura Informatyczno-Wdrożeniowego „Koncept” Sp. z o. o., ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciążyć PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Comp Safe Support S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Comp Safe Support S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Comp Safe Support S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Zakup sprzętu komputerowego na potrzeby wdrażanych systemów informatycznych w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A wykonawca - Comp Safe Support S.A., zwany dalej protestującym lub odwołującym zarzucił zamawiającemu – PKP Polskie Linie Kolejowe Oddział Regionalny Poznań zaniechanie odrzucenia oferty firmy ComArch S.A. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz dokonanie oceny oferty wskazanego wykonawcy w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o:

1. powtórzenie czynności oceny ofert, w następstwie której nastąpi wybór oferty protestującego,
2. odrzucenie oferty firmy ComArch S.A.,
3. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Wykazując swój interes prawny, protestujący wskazał, że w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, protestujący miałby możliwość otrzymania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, że w jego ocenie zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) oraz w wyniku zadawanych pytań i udzielonych odpowiedzi określił przedmiot zamówienia zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podstaw odrzucenia oferty złożonej przez ComArch S.A., protestujący podał, że na stronie 19 oferty wykonawca ten potwierdza spełnienie parametru "pamięć" dla drukarki A4 drukowania w kolorze "umożliwiająca rozbudowę do 1 GB", wymaganego przez zamawiającego, natomiast na stronie 76 oferty tego wykonawcy znajduje się oświadczenie producenta, zgodnie z którym: „Drukarka Lexmark C782dn ma możliwość instalacji opcjonalnego dysku twardego o pojemności 40 GB stanowiącego rozszerzenie pamięci drukarki”. Wskazał także, że na stronie internetowej producenta Lexmark International Polska Sp. z o.o. jasno wynika, że iż drukarka Lexmark C782dn ma możliwość rozbudowy pamięci maksymalnie do 768 MB. Nadto podał, że pracownik tej firmy w trakcie rozmowy telefonicznej uszczegółowił tą informację, wskazując, iż przedmiotowa drukarka posiada wbudowana pamięć 256 MB i jeden wolny bank, który można obsadzić pamięcią do 512 MB, razem maksymalnie 768 MB, przy czym zalecana jest oryginalna pamięć producenta drukarki ze względu na chip identyfikacyjny.

Protestujący powołał się na wymaganie zamawiającego (załącznik nr 4 do SIWZ) co do pamięci: „minimum 128 MB z możliwością rozbudowy do 1 GB”. W ocenie protestującego wymóg ten oznacza, że nie jest możliwe zaoferowanie drukarki posiadającej możliwość instalacji opcjonalnego dysku twardego stanowiącego rozszerzenie pamięci drukarki.

Protestujący podniósł także, że zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, a taką ofertę w ocenie protestującego złożyła firma ComArch S.A., ponieważ z jednej strony na stronie 19 wykonawca potwierdził spełnienie parametru „pamięć – możliwość rozbudowy pamięci do 1GB”, z drugiej na stronie 76 oferty załączył wskazane już oświadczenie producenta. Zdaniem protestującego, zaoferowanie urządzenia mającego możliwość instalacji opcjonalnego dysku twardego o pojemności 40 GB, stanowiącego rozszerzenie pamięci drukarki, w dodatku montowanego w opcjonalnym skanerze, ma na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd, a tym samym jest próbą wymuszenia nieobiektywnej oceny oferty, co nosi znamiona działania stanowiącego o ograniczeniu konkurencji.

Podniósł wreszcie, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego ComArch S.A. wyjaśnił, że oferowana drukarka posiada możliwość rozbudowy pamięci do 1 GB bez wykorzystania dysku twardego, co w ocenie protestującego jest poświadczeniem nieprawdy.

Zamawiający protest oddalił.

Podniósł, że wskazanie, że drukarka ma opcję rozszerzenia pamięci do 40 GB poprzez instalację dysku twardego nie wyklucza, ani nie neguje oświadczenia firmy ComArch S.A., iż ta sama drukarka ma możliwość rozbudowy pamięci do 1 GB bez korzystania z dodatkowego dysku twardego. Protestujący podniósł, że informacje ze stron internetowych, na których swoje twierdzenia opiera protestujący, nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu (powołał się na wyroki KIO o sygn. akt KIO/UZP 529/08, 24/08).

Zamawiający stwierdził także, że informacje pochodzące od pracownika Lexmark International Polska Sp. z o.o. są nieprawdziwe, ponieważ firma ComArch S.A. uzyskała od tej firmy, będącej jedynym uprawnionym podmiotem na terenie Polski do udzielania informacji technicznych odnośnie produktów Lexmark International Polska Sp. z o.o., oświadczenie, zgodnie z którym oferowana przez ComArch S.A. drukarka ma możliwość rozbudowy pamięci do 1028 MB, w pamięci do tej drukarki nie występuje chip identyfikacyjny, zaś opcjonalny dysk twardej jest montowany wewnątrz drukarki w wolnym gnieździe przeznaczonym do obsługi dysku twardego i nie ma on nic wspólnego z opcjonalnym skanerem.

Odnośnie złożenia przez ComArch S.A. oferty wariantowej, zamawiający stwierdził, porównując oświadczenie złożone przez ComArch S.A. i oświadczenie złożone przez Lexmark International Polska Sp. z o.o., że nie zmienił się sposób wykonania przedmiotu zamówienia, co oznacza, że oferta ComArch S.A. nie odpowiada definicji zawartej w art. 2 ust. 7 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający stwierdził, iż naruszenie takie nie miało miejsca, zaś protestujący nie wykazał, w jaki sposób zamawiający swoim działaniem naruszył wskazane zasady.

W odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu dodatkowo naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz dodatkowo zażądał nakazania zamawiającemu wykluczenia ComArch S.A. z udziału w postępowaniu.

Argumentował dodatkowo, że zamawiający, posługując się sformułowanie "możliwość rozbudowy", nie miał na myśli podłączania dodatkowych urządzeń o określonej pamięci, a jedynie wymianę pamięci, która odpowiada za szybkość i jakość drukowania. Okoliczność, iż do danej drukarki możliwe jest podłączenie dysku twardego o pojemności 40 GB nie wpływa na parametry drukarki związane z jakością i szybkością drukowania.

Wskazał, że ComArch S.A. zaoferował standardową drukarkę Lexmark C782dn, która jest powszechnie dostępna na rynku, co potwierdza załączenie do oferty odpowiednich deklaracji CE, a co oznacza, że oferowana przez ComArch S.A. drukarka nie posiada właściwości odmiennych niż drukarka dostępna na rynku. Dany model jest oferowany we

wszystkich krajach europejskich pod taką samą nazwą i posiada takie same parametry. Podał, że ze strony internetowej producenta drukarek dostępnej w 80 językach wynika, iż wartość maksymalna dla pamięci tej drukarki wynosi 768 MB. Oznacza to, iż ComArch S.A., podając w ofercie, iż dana drukarka posiada pamięć "minimum 128 MB z możliwością rozbudowy do 1 GB" podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podniósł, że obowiązek wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp istnieje na każdym etapie postępowania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty ComArch S.A., pisma zamawiającego z dnia 19.01.2009r., wzywającego ComArch S.A. do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia treści oferty, pisma wyjaśniającego ComArch S.A. z dnia 22.01.2009r., pisma zamawiającego z dnia 23.02.2009r. informującego o wynikach postępowania, złożonych środków dowodowych tj., opinii Krzysztofa Mrozińskiego (biegły Sądu Okręgowego w Koszalinie) korespondencji mailowej prowadzonej z niemieckim oddziałem pomocy Lexmark, fragmentu Podręcznika obsługi drukarki, oferty Lexmark International Polska Sp. z o.o. dla ComArch S.A. z dnia 15.12.2008r., stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępujących, przedstawionych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach, a także zaprezentowanych przez strony i przystępującego na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy ComArch S.A., sklasyfikowanej przez zamawiającego na miejscu pierwszym, oznaczałoby dla odwołującego, którego ofertę zamawiający sklasyfikował na miejscu czwartym, możliwość zakwalifikowania się do trzech podmiotów, z którymi zamawiający podpisze umowę ramową. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił następujące istotne dla rozpoznania sprawy fakty:

1. Wymogiem zamawiającego odnośnie pamięci drukarki A4 kolor było, aby drukarka posiadała pamięć minimum 128 MB z możliwością rozbudowy do 1 GB (poz. 11 Załącznika nr 4 do SIWZ).
2. ComArch S.A. zaoferował drukarkę producenta Lexmark model C782dn z pamięcią minimum 128 MB z możliwością rozbudowy do 1 GB, co wynika z treści załącznika nr 13 (strona 19 oferty). W ofercie ComArch S.A. nie zawarto informacji, że oferowana drukarka nie jest modelem standardowo oferowanym przez producenta Lexmark.
3. W ofercie ComArch S.A. znajduje się także kopia oświadczenia Lexmark International Polska Sp. z o.o. z dnia 18.12.2008r., złożonego, jak wynika z treści tego oświadczenia, w wyniku zapytania w sprawie maksymalnej ilości pamięci w drukarce Lexmark C782dn o treści: „Drukarka Lexmark C782dn ma możliwość instalacji opcjonalnego dysku twardego o pojemności 40 GB stanowiącego rozszerzenie pamięci drukarki”. Oświadczenie to zostało podpisane przez Mariusza Ożarowskiego - Dyrektora ds. Wsparcia Technicznego i Serwisu (strona 76 oferty).
4. Pismem z dnia 19.01.2009r., zamawiający zwrócił się do ComArch S.A. o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy oferowana przez ComArch S.A. drukarka posiada możliwość rozbudowy pamięci do 1 GB bez wykorzystania dysku twardego ? (strona 2 pisma).
5. Wykonawca ComArch S.A., pismem z dnia 22.01.2009r., udzielił odpowiedzi, że oferowana drukarka posiada możliwość rozbudowy pamięci do 1 GB bez wykorzystania dysku twardego.
6. Przystępując do postępowania protestacyjnego, wykonawca ComArch S.A. złożył pismo z dnia 03.03.2009r., podpisane przez Andrzeja Z. – Prezesa Zarządu Lexmark International Polska Sp. z o.o., co wynika z załączonej również kopii odpisu KRS tego podmiotu, w którym osoba ta złożyła oświadczenie, że drukarka Lexmark C782dn ma możliwość rozbudowy pamięci do 1028 MB oraz, że w pamięci takiej drukarki nie występuje chip identyfikacyjny, zaś opcjonalny dysk twardy jest montowany wewnątrz drukarki w wolnym gnieździe, przeznaczonym do obsługi dysku twardego i nie ma on nic wspólnego z opcjonalnym skanerem. W treści pisma zawarto również oświadczenie, że Lexmark International Polska Sp. z o.o. jest jedynym uprawnionym podmiotem na terenie Polski do udzielania informacji technicznych związanych z produktami firmy Lexmark.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez ComArch S.A. z powodu niespełnienia wymogu w zakresie minimalnej pamięci zaoferowanej drukarki producenta Lexmark model C782dn z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz dokonania przez zamawiającego oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Po pierwsze, skład orzekający Izby stwierdza, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający zażądał, aby oferowana przez wykonawców drukarka A4 kolor posiadała pamięć minimum 128 MB z możliwością rozbudowy do 1 GB. Zarówno ComArch S.A., jak i odwołujący rozumieli to postanowienie SIWZ jako rozbudowę, poprzez dodanie pamięci, co potwierdza tak treść protestu i odwołania, jak i stanowisko ComArch S.A. zaprezentowane na rozprawie. Jednocześnie jednak zamawiający nie narzucił wykonawcom samego sposobu tej rozbudowy, ani nie zakazał uzyskania pamięci 1 GB w jakikolwiek z możliwych sposobów tej rozbudowy. Skład orzekający Izby nie podzielił poglądu odwołującego, że posługując się sformułowaniem „możliwość rozbudowy” zamawiający nie dopuścił możliwości rozbudowy pamięci w inny sposób, jak tylko poprzez wymianę pamięci.

I choć pismo zamawiającego z dnia 19.01.2009r. z pytaniem, czy oferowana przez ComArch S.A. drukarka posiada możliwość rozbudowy pamięci do 1 GB bez wykorzystania dysku twardego wydaje się wskazywać, że intencją zamawiającego było, aby sposobem rozbudowy pamięci drukarki nie było zainstalowanie dodatkowego dysku twardego, to intencja ta nie znalazła odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ.

Po drugie, skład orzekający Izby stwierdził, że z treści oferty ComArch S.A. nie sposób wyczytać, że oferuje on niestandardową drukarkę producenta Lexmark model C782dn. Nic takiego nie wynika także z pism Lexmark International Polska Sp. z o.o.

I tak:

1. w ofercie z dnia 15.12.2008r. przedstawiciel producenta wskazał jedynie na specjalną cenę drukarki model C782dn „pod przetarg dla ComArch S.A.”; jednocześnie w piśmie tym, choć wskazano, że „drukarka spełnia wszystkie wymagania wymienione przez zamawiającego w SWZ”, to jednak nie wskazano sposobu rozbudowy pamięci; nie można zatem wykluczyć, że zakładanym sposobem rozbudowy pamięci było zainstalowanie opcjonalnego dysku twardego,

2. w piśmie z dnia 18.12.2008r. wskazano, że chodzi o drukarkę Lexmark C782dn; brak zastrzeżenia o niestandardowym charakterze drukarki, do której odnoszą się podawane informacje,
3. w piśmie z dnia 03.03.2009r. wskazano, że chodzi o drukarkę Lexmark C782dn; brak zastrzeżenia o niestandardowym charakterze drukarki, do której odnoszą się podawane informacje.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby uznał, że wykonawca ComArch S.A. zaoferował w przedmiotowym postępowaniu standardową drukarkę producenta Lexmark model C782dn. Skoro ComArch S.A. wskazał w ofercie konkretny, istniejący na rynku model drukarki, to powinien dać wyraz temu, że oferuje jednak drukarkę niestandardową, przygotowaną, i skonfigurowaną specjalnie przez producenta Lexmark na potrzeby zamawiającego.

Po trzecie, w konsekwencji uznania, że ComArch S.A. nie zaoferował drukarki innej niż standardowa skład orzekający Izby uznał, że do zaoferowanej, standardowej drukarki Lexmark model C782dn odnoszą się wszystkie informacje i zastrzeżenia zawarte przez producenta w Podręczniku obsługi, w tym m.in., że:

1. pamięć dynamiczna DRAM standardowa wynosi 256 MB,
2. pamięć dynamiczna DRAM maksymalna wynosi 768 MB,
3. Lexmark udostępnia następujące opcje pamięci SDRAM DIMM: 128 MB, 256 MB i 512 MB,
4. dla pamięci dodatkowej dostępny jest jedynie jeden slot DIMM,
5. przy próbach obsługi drukarki z zastosowaniem pamięci innej niż SDRAM DIMM o wyżej określonych specyfikacjach mogą pojawić się nieoczekiwane wyniki,
6. wszelkie uszkodzenia produktów Lexmark spowodowane zastosowaniem pamięci dostarczonej przez stronę trzecią nie są objęte gwarancją na produkt Lexmark.

Skład orzekający Izby przyjął dowód z fragmentu Podręcznika obsługi dla oferowanej drukarki, uznając za powszechną praktykę wydawania takich podręczników, kierowanych do „masowych klientów” bez jakichkolwiek podpisów.

Przedłożone przez odwołującego wydruki ze stron internetowych oraz korespondencja z osobą w oddziale niemieckim, a także opinia Krzysztofa M. potwierdziły możliwość zaoferowania przez Lexmark maksymalnie pamięci 512 MB i rozbudowy pamięci drukarki model C782dn do 768 MB.

Ani zamawiający, ani przystępujący ComArch S.A. nie przedstawili przeciwdowodu na okoliczność istnienia możliwości zaoferowania przez Lexmark pamięci dodatkowej większej niż 512 MB.

Po czwarte, skład orzekający Izby przyjął istnienie różnych możliwości (sposobów) zwiększania (rozbudowy) pamięci drukarki, w tym poprzez zainstalowanie opcjonalnego dysku twardego.

ComArch S.A. nie wskazał w swojej ofercie sposobu rozbudowy pamięci do 1 GB, co jednak nie mogło stanowić podstawy formułowania jakiegokolwiek zarzutu, ponieważ zamawiający w postanowieniach SIWZ obowiązku w tym zakresie nie przewidział. Również w złożonych w piśmie z dnia 22.01.2009r. wyjaśnieniach wykonawca ComArch S.A. nie wskazał sposobu rozbudowy pamięci, oświadczając jedynie, że zaoferowana drukarka posiada możliwość rozbudowy bez wykorzystania dysku twardego.

Sposób rozbudowy pamięci zaoferowanej drukarki ComArch S.A. wskazał dopiero na rozprawie, w toku której pełnomocnik ComArch S.A. złożył oświadczenie, że: zaoferowany model drukarki uzyska zadeklarowaną możliwość rozbudowy do 1 GB, poprzez „zainstalowanie kostki pamięci większej niż 512 MB” oraz „prawdopodobnie będzie zainstalowana kostka o pojemności 1 GB”. Charakter tych wypowiedzi świadczy raczej o tym, że de facto ComArch S.A. nadal nie ma pewności, jakie rozwiązanie techniczne zostałyby zastosowane w oferowanej drukarce. Istnienie kostki pamięci o pojemności większej niż 512 MB kwestionował odwołujący i skład orzekający Izby fakt ten uznał za udowodniony, o czym była mowa powyżej.

Po piąte, w ocenie składu orzekającego Izby, oświadczenie Lexmark International Polska Sp. z o.o., zawarte na str. 76 oferty ComArch S.A. jest jedynie informacją dodatkową, dającą zamawiającemu wiedzę o możliwości spełnienia przez drukarkę C782dn parametru w zakresie pamięci na poziomie przewyższającym parametr pamięci minimum, poprzez zainstalowanie opcjonalnego dysku twardego o pojemności 40 GB i nie stanowi oferty wariantowej.

Reasumując, skład orzekający Izby, wobec zaoferowania przez ComArch S.A. standardowego modelu C782dn, w którym instalowana jest pamięć 256 MB oraz w przypadku, którego możliwość rozbudowy pamięci, poprzez zainstalowanie kostki pamięci, wynosi maksymalnie 768 MB (ze względu na istnienie dostępnej pamięci dodatkowej do 512 MB), uznał, że zaoferowana drukarka faktycznie nie spełnia wymogu, wskazanego w poz. 11 Załącznika nr 4 SIWZ, tj. posiadania pamięci z możliwością rozbudowy do 1 GB.

Skład orzekający Izby uznał zatem, że zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty ComArch S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji stwierdzenia podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez ComArch S.A., wobec zaniechania jej odrzucenia, skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy ComArch S.A. z powodu złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut bez rozpoznania, ponieważ odwołujący podniósł ten zarzut dopiero w odwołaniu.

Faktem jest, że na stronie 5 protestu zawarto stwierdzenie: „(...) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w kwestii dodatkowych wyjaśnień Wykonawca w p. 2 swojego wyjaśnienia pisze: „Wyjaśniamy, że oferowana przez nas drukarka A4-kolor (...) posiada możliwość rozbudowy pamięci do 1GB bez wykorzystania dysku twardego”, co jest ewidentnym poświadczeniem nieprawdy”. Jednak stwierdzenie to nie znalazło żadnego odzwierciedlenia w stawianych zarzutach i wnoszonych żądaniach, gdzie wskazano jedynie zaniechanie czynności odrzucenia oferty ComArch S.A. i zażądano odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego Izby, zawarcie w treści protestu stwierdzenia o poświadczeniu przez ComArch S.A. nieprawdy nie jest tożsame z postawieniem zarzutu wykluczenia wykonawcy z tego powodu i żądaniem jego wykluczenia w związku z tym stwierdzeniem, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że w tym zakresie odwołanie nie zostało poprzedzone protestem.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu, jeżeli stwierdzi, że odwołanie nie zostało poprzedzone protestem. Biorąc pod uwagę fakt, że powyższy zarzut nie wyczerpywał zarzutów zawartych w odwołaniu, skład orzekający Izby nie miał podstaw do odrzucenia odwołania w całości na posiedzeniu, jednak ze względu na wskazany powyżej przepis ustawy Pzp pozostawił go bez rozpoznania.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ComArch S.A. z tego powodu, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut bez rozpoznania, ponieważ odwołujący podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty ComArch S.A. w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dopiero w odwołaniu.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu, jeżeli stwierdzi, że odwołanie nie zostało poprzedzone protestem. Biorąc pod uwagę fakt, że powyższy zarzut nie wyczerpywał zarzutów zawartych w odwołaniu, skład orzekający Izby nie miał podstaw do odrzucenia odwołania w całości na posiedzeniu, jednak ze względu na wskazany powyżej przepis ustawy Pzp pozostawił go bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....