

**Sygn. akt: KIO 530/13**

**Sygn. akt: KIO 544/13**

**WYROK**  
**z dnia 27 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 marca 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2013 r. przez Odwołujących:

A. Wykonawcę - WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (sygn. akt: KIO 530/13),

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., AKSEL Sp. z o.o., Solid Solutions Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków (sygn. akt: KIO 544/13),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław,

przy udziale:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., AKSEL Sp. z o.o., Solid Solutions Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 530/13 po stronie Zamawiającego;

B. Wykonawcy - WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 544/13 po stronie Zamawiającego;

**orzeka:**

1. oddała oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża Odwoływających, tj. wykonawcę WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (sygn. akt: KIO 530/13), oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., AKSEL Sp. z o.o., Solid Solutions Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków (sygn. akt: KIO 544/13), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwoływających: wykonawcę WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (sygn. akt: KIO 530/13), oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., AKSEL Sp. z o.o., Solid Solutions Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków (sygn. akt: KIO 544/13), tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od:

2.2.1. Odwoływającego – wykonawcy WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (sygn. akt: KIO 530/13), na rzecz Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław, kwotę **364 zł 53 gr** (słownie: trzysta sześćdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw, zwrotu kosztów podróży służbowej samochodem oraz kosztów z tytułu przesłania dokumentacji postępowania,

2.2.2. Odwoływającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., AKSEL Sp. z o.o., Solid Solutions Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków (sygn. akt: KIO 544/13), na rzecz Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław, kwotę **364 zł 53 gr** (słownie: trzysta sześćdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw, zwrotu kosztów podróży służbowej samochodem oraz kosztów z tytułu przesłania dokumentacji postępowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. we Wrocławiu (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa, montaż i wdrożenie systemu zarządzania flotą pojazdów i zapleczem technicznym w ramach projektu pn. „Poprawa jakości i bezpieczeństwa systemu komunikacji publicznej Wrocławia poprzez działania podejmowane przez MPK Sp. z o.o.” współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013 w ramach Priorytetu nr 3 „Rozwój infrastruktury transportowej na Dolnym Śląsku (Transport)”, Działania nr 3.3 „transport miejski i podmiejski” (nr postępowania PN/94/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 28 grudnia 2012 r., poz. 2012/S 249-412836 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 8 marca 2013 r. wniesiono odwołania, połączone następnie na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpoznania, przez następujących wykonawców:

- 1) WASKO S.A. w Gliwicach (sygn. akt: KIO 530/13), zwanego dalej: Odwołującym, WASKO;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Comarch Polska S.A. w Krakowie, AKSEL Sp. z o.o. w Rybniku, Solid Solutions Sp. z o.o. we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 544/13), zwanych dalej: Odwołującym, Konsorcjum Comarch.

### W odwołaniu sygn. akt KIO 530/13 zarzucano Zamawiającemu:

1. Zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch ze względu na niezłączenie przez Konsorcjum Comarch do złożonej oferty dokumentów, o których mowa w Załączniku nr 5 do Opisu Przedmiotu Zamówienia punkt 2.2 i punkt

2.13.4, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych;

2. Bezprawne wezwanie przez Zamawiającego Konsorcjum Comarch do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w Załączniku nr 5 do Opisu Przedmiotu Zamówienia punkt 2.2 i punkt 2.13.4, mimo iż przedmiotowe dokumenty określają treść oferty, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;

3. Zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum Comarch, podczas gdy Konsorcjum Comarch w Załączniku nr 5 do Formularza Ofertowego wprost zaoferowało rozwiązania nie spełniające wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), tj.:

- słuchawki z mikrofonem: HW251N Supra Plus Widebrand;
- licencje dostępne CAL do Exchange: Exchange Server Ent CAL;

a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych;

3. Bezprawne wezwanie Konsorcjum Comarch do uzupełnienia oferty w zakresie tłumaczenia na język polski dokumentu stanowiącego załącznik do formularza ofertowego (str. 63) wystawionego w dniu 08.01.2013r. przez Ender DIVRIKLIÖGU, w sytuacji gdy oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych;

4. Bezprawne wezwanie Konsorcjum Comarch do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wykazanego w pkt. 2 Załącznika nr 2 do Formularza Ofertowego systemu hurtownia danych wraz z aplikacją analityczno - raportową, w sytuacji gdy oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych;

5. Bezprawne wezwanie Konsorcjum Comarch do uzupełnienia oferty w zakresie Załącznika nr 4 do Formularza Ofertowego „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, w sytuacji gdy oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych;

6. Bezprawne wezwanie Konsorcjum Comarch do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów wymienionych w Załączniku nr 6 do Formularza Ofertowego, w sytuacji gdy oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych;

7. Bezprawne wezwanie Konsorcjum Comarch do uzupełnienia oferty w zakresie szczegółowych dokumentacji lub kart katalogowych lub instrukcji obsługi dla oferowanego sprzętu komputerowego i oprogramowania (w języku polskim lub angielskim) w sytuacji gdy oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Z ostrożności, na wypadek gdyby Izba nie uznała zasadności powyższych zarzutów, czyli uznała, że Zamawiający wbrew zarzutom z pkt. 1 i pkt. 3 niniejszego odwołania nie był obowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Comarch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych i wbrew zarzutom z pkt. 2 oraz pkt. od 4 do pkt. 8 prawidłowo wezwał Konsorcjum Comarch do uzupełnienia oferty, Odwołujący zarzucał:

1. Zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum Comarch ze względu na nieprzedstawienie prawidłowego dokumentu wymaganego przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 do Opisu Przedmiotu Zamówienia „Infrastruktura Techniczna” w punkcie 2.8.8.2, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych;

2. Zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum Comarch ze względu na dokonane samowolnie przez Konsorcjum Comarch modyfikacje w złożonej ofercie, w zakresie Załącznika nr 5 do Formularza ofertowego, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych;

3. Naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez nie podanie pełnego zakresu uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia z przedmiotowego postępowania oferty złożonej przez Konsorcjum Comarch.

Następnie na rozprawie Odwołujący cofnął zarzuty numer jeden i dwa, tj. dotyczące nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia załącznika numer sześć.

W odwołaniu sygn. akt KIO 544/13 wskazywano na dokonanie przez Zamawiającego:

- niezgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze oferty WASKO jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że to oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a WASKO powinien zostać wykluczony jak i oferta WASKO powinna zostać odrzucona;

- niezgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień

publicznych, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);

- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Prawa zamówień publicznych, tj. zaniechaniu odrzucenia oferty WASKO na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych z uwagi na to, iż treść oferty WASKO nie odpowiada treści SIWZ;

- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Prawa zamówień publicznych, tj. zaniechaniu wykluczenia WASKO z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Prawa zamówień publicznych, tj. zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert;

- z ostrożności - zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Prawa zamówień publicznych, tj. zaniechania wezwania WASKO do uzupełnienia oferty o prawidłowy dokument wymagany w Załączniku nr 6 do Formularza Ofertowego (Załącznik do SIWZ Część I) oraz Załączniku nr 5 do OPZ (SIWZ Część III - Opis Przedmiotu Zamówienia) punkt 2.8.3.6.; tj. prawidłowe oświadczenie wystawionego przez producenta macierzy dyskowej oraz zaniechania wezwania WASKO do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ Część I pkt 6.1.2.1

W związku z powyższym zarzucono Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ;

3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO, pomimo że treść oferty WASKO nie odpowiada treści SIWZ;

4. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia WASKO z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie

nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

5. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez WASKO jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy WASKO powinien zostać wykluczony jak i oferta WASKO powinna zostać odrzucona, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;

6. z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania WASKO do uzupełnienia oferty o prawidłowy dokument wymagany w Załączniku nr 6 do Formularza Ofertowego (Załącznik do SIWZ Część I) oraz Załączniku nr 5 do OPZ (SIWZ Część III - Opis Przedmiotu Zamówienia) punkt 2.8.3.6. ;  
tj. prawidłowe oświadczenie wystawione przez producenta macierzy dyskowej oraz poprzez zaniechanie wezwania WASKO do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ Część I pkt 6.1.2.1.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie obu odwołań, choć zarzuty odwołania sygn. akt KIO 533/13 uznał za uzasadnione.

Do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili:

- 1) Konsorcjum Comarch (sygn. akt: KIO 530/13),
- 2) WASKO S.A. (sygn. akt: KIO 544/13).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano oba odwołania na rozprawie.

*Przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i 192 ust 2 Prawa zamówień publicznych, badane przez Izbę z urzędu.*

Izba ustaliła, co następuje. W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego oferta najtańsza (jedynym kryterium była cena), złożona przez Konsorcjum Comarch, została odrzucona z powodu niezgodności z SIWZ; za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy WASKO. Obaj wykonawcy złożyli odwołania, które rozpatrywano łącznie na



mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

W pierwszej kolejności Izba badała, czy obaj wykonawcy mają legitymację do wniesienia środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W razie zaistnienia braku takiej legitymacji – Izba oddała odwołanie.

#### Sygn. akt KIO 530/13

Wykonawca WASKO w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 530/13 wskazywał, że oferta Konsorcjum Comarch, chociaż przez Zamawiającego odrzucona, powinna zostać odrzucona z jeszcze innych powodów (z zastosowaniem innych podstaw faktycznych), niż wskazane przez Zamawiającego. W odniesieniu do tak sformułowanych zarzutów, Konsorcjum Comarch (jako Przystępujący do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 530/13) podnosiło na rozprawie, że Odwołujący WASKO nie jest legitymowany do wniesienia odwołania, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zatem nie zaistniała po jego stronie szkoda stanowiąca element przesłanki materialno-prawnej wniesienia odwołania. W takiej sytuacji wystarczające do ochrony jego interesów – zdaniem Przystępującego Konsorcjum Comarch - byłoby przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 544/13. w którym Konsorcjum Comarch wniosło odwołanie od bezpodstawnego odrzucenia jego oferty.

Izba uznała, że Odwołujący WASKO ma legitymację do wniesienia odwołania sygn. akt KIO 530/13, w którym domaga się odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch na innych podstawach, niż to uczynił Zamawiający. W razie bowiem skutecznego podważenia, w innym postępowaniu, decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum Comarch (choćby w drodze środków ochrony prawnej złożonych przez Konsorcjum), to Konsorcjum Comarch, które złożyło ofertę tańszą, uzyskałoby zamówienie. Wbrew sugestii Konsorcjum Comarch, WASKO nie mogłoby skutecznie bronić swojego stanowiska co do nowych podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 544/13 jedynie przystępując do niego po stronie Zamawiającego – bowiem w przystąpieniu nie mogłoby podnosić własnych, nowych zarzutów co do podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch; formalnie skutecznie WASKO mogło to zrobić wyłącznie we własnym odwołaniu. W postępowaniu sygn. akt KIO 544/13 Izba nie rozpatrywałaby zarzutów nieobjętych odwołaniem, a więc i tych, które w przystąpieniu WASKO wskazywałyby na ewentualne nowe podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch. Zatem Izba uznała, że Odwołujący WASKO ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych, zatem posiada odpowiednią legitymację do wniesienia odwołania sygn. akt KIO 530/13. Jednak wobec rodzaju

podnoszonych zarzutów, Odwołujący WASKO powinien się liczyć z ewentualnym oddaleniem odwołania ze względu na brak wpływu na wynik postępowania - w razie bowiem stwierdzenia przez Izbę, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Konsorcjum Comarch już na podstawie pierwotnie sformułowanych przesłanek, Izba będzie musiała wziąć pod uwagę przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Izba bowiem na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych uwzględni odwołanie tylko w wypadku, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Pojęcie „wynik postępowania” należy rozumieć ściśle, tj. jako pierwsze miejsce w rankingu ofert, prowadzące do uzyskania zamówienia. Ponieważ przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych od wpływu na wynik postępowania uzależnia decyzję o uwzględnieniu czy oddaleniu odwołania, wydaje się, że nie odnosi się on do ewentualnego hipotetycznego wpływu na wynik postępowania, możliwego do ustalenia w drodze dalszego postępowania skargowego (wszak właściwy sąd okręgowy może każde orzeczenie Izby zmienić), ale wynik postępowania, znany na dzień rozstrzygnięcia odwołania. Skoro Izba nie może uwzględnić odwołania, zarzucającego zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy sklasyfikowanej na pozycji drugiej w rankingu złożonych ofert (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt: V Ca 3270/12, niepubl.), to tym bardziej nie może uwzględnić odwołania, w którym wskazuje się nowe podstawy odrzucenia, przy czym samo odrzucenie oferty zostało uznane za prawidłowe.

Reasumując, Odwołujący WASKO miał interes w złożeniu odwołania sygn. akt KIO 530/13, wskazującego nowe przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch, ale w razie uznania, że odrzucenie tejże oferty nie było wadliwe, odwołanie to ze względu na treść art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych zostanie oddalone.

#### Sygn. akt KIO 544/13

Co do legitymacji Konsorcjum Comarch do wniesienia odwołania sygn. akt KIO 544/13, to Odwołujący posiada ją wyłącznie w odniesieniu do zarzutów, w których podważa zasadność odrzucenia własnej oferty. Natomiast nie ma ani interesu w uzyskaniu zamówienia, ani nie może ponieść szkody (nawet potencjalnej) w związku z klasyfikacją wykonawcy, który złożył ofertę droższą od oferty Odwołującego (tj. zarzutów dotyczących ewentualnego wykluczenia wykonawcy WASKO z postępowania). Jeżeli cena jest jedynym kryterium oceny ofert, to uwzględnienie zarzutów dotyczących wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę droższą, niż oferta Odwołującego, nie doprowadzi do uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Konsorcjum Comarch, jako Przystępujący do postępowania sygn. akt KIO 530/13 przywoływało wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 2396/12, w uzasadnieniu którego wskazano, że środki ochrony prawnej mają zmierzać do

zmiany sytuacji wykonawcy w postępowaniu, a nie do doprowadzenia ogólnej zgodności czynności Zamawiającego z przepisami prawa. Trafnie więc Konsorcjum Comarch zauważało, że Izba rozpatruje jedynie środki ochrony prawnej w granicach określonych przepisem art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – to jest takie zarzuty, które mogą doprowadzić do uzyskania zamówienia przez składającego odwołanie.

Zatem w odniesieniu do zarzutów odwołania sygn. akt KIO 544/13 co do wykluczenia WASKO z postępowania Izba uznała, że Odwołujący nie ma legitymacji, o której mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, do ich podnoszenia. W konsekwencji Izba nie rozpatrywała zarzutów, o których mowa wyżej.

W tych okolicznościach bez znaczenia pozostaje fakt, że co do jednego z tych zarzutów nie podano w odwołaniu podstawy prawnej – przedmiotowy zarzut nie mógłby być rozpatrzony nawet, z pominięciem zagadnienia braku legitymacji z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyby uwzględnić wnioski dowodowe, składane przez Odwołującego na rozprawie (co jednak nie było konieczne, bowiem nie miało wpływu na rozstrzygnięcie). Mianowicie Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że w jednej z referencji WASKO zostały zamieszczone nieprawdziwe informacje, co powinno skutkować wykluczeniem WASKO z postępowania. Jednak Odwołujący w odwołaniu w żaden sposób nie skonkretyzował, co to za informacje, czego dotyczą, i jak wpłynęły na wynik postępowania. Zarzut podnoszony w odwołaniu składa się z podstawy faktycznej i prawnej; o ile prawidłową podstawę prawną Izba w pewnych granicach może sama przyporządkować do określonego stanu faktycznego, to jednak podstawa faktyczna - okoliczności, będące podstawą stwierdzenia nieprawidłowości, muszą być sprecyzowane już w odwołaniu, bowiem zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

#### Sygn. akt KIO 530/13 – zarzuty wskazujące na nowe podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch

Zamawiający na rozprawie przyznał, że zarzuty odwołania są uzasadnione. Mianowicie wskazał, że dostrzegł już wcześniej inne wady w ofercie Konsorcjum Comarch, jednak ostatecznie dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie dwóch „najmocniejszych” przesłanek, jak podnosił, „z ostrożności”. Jedynie w odniesieniu do zarzutu dotyczącego certyfikatu wskazywał, że na dzień podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty nie miał wiedzy w tym zakresie, a informacje, że przedstawiony przez Konsorcjum Comarch certyfikat jest niezgodny z jego wymogami, Zamawiający podjął dopiero po zapoznaniu się z pismem procesowym złożonym na rozprawie. W konsekwencji Izba zarzuty odwołania sygn. akt KIO 530/13, tj. podnoszone w odwołaniu kwestie odnoszące się do „nowych”

podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch uznała za niesporne (przyznane przez Zamawiającego). Jednocześnie Zamawiający na rozprawie, na wyraźne zadane pytanie, nie określił, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości, przeciwnie - jednoznacznie wnioskował o oddalenie odwołania. Przez powyższe działanie Zamawiający uniemożliwił Konsorcjum Comarch, jako Przystępującemu do postępowania sygn. akt KIO 530/13 po jego stronie, złożenie sprzeciw od uwzględnienia odwołania. Izba uznała taką postawę Zamawiającego za możliwą – może on uważać zarzuty odwołania za uzasadnione, ale wnosić o oddalenie odwołania ze względu na brak wpływu na wynik postępowania.

Co prawda Zamawiający nie odniósł się wprost do zarzutu ewentualnego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (przez brak pełnego uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch z postępowania), ale należy uznać, że wskazując na zasadność poszczególnych zarzutów odwołania WASKO, Zamawiający pośrednio przyznał, że dopuścił się i tego naruszenia. Izba wskazuje, że Zamawiający powinien podać w uzasadnieniu odrzucenia oferty wszystkie dostrzeżone przez siebie podstawy faktyczne odrzucenia. Niemniej jednak w tym przypadku, naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

#### Sygn. akt KIO 544/13 – zarzuty wskazujące na bezpodstawne odrzucenie oferty Konsorcjum Comarch

Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Comarch, uznając, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, a to z dwóch powodów:

1) Wykonawca przedstawił oświadczenie firmy COMPAREX POLAND Sp. z o.o. stanowiące, iż spółka COMPAREX POLAND Sp. z o.o. posiada uprawnienia i kompetencje firmy Hitachi Data Systems pozwalające na zarządzanie, rekonfigurację oraz rozbudowę w zainstalowanej w siedzibie Zamawiającego macierzy dyskowej HDS 2100 bez utraty gwarancji, natomiast Wykonawca nie dołączył do oferty, wymaganego przez zamawiającego, oświadczenia wystawionego przez producenta macierzy dyskowej potwierdzające, że dyski, półka dyskowa i moduły FC do rozbudowy macierzy dyskowej pochodzą z oficjalnego kanału sprzedaży i rozbudowa nie spowoduje utraty gwarancji oraz sposobu obecnie realizowanego serwisu z wykorzystaniem usług HI-TRA, o którym mowa w załączniku nr 6 do Formularza Ofertowego oraz w załączniku nr 5 do OPZ pkt 2.8.3.6

COMPAREX POLAND Sp. z o.o. nie jest producentem macierzy dyskowej HDS 2100.

2) Oferowany przez Wykonawcę monitor AccuSync LCD AS241W 24" wide full HD DVI (zgodnie z dostarczoną przez Wykonawcę dokumentacją techniczną tego monitora) nie spełnia parametrów określonych w SIWZ w załączniku nr 1 do OPZ pkt 3.2.2 „Wymagania dla monitora do stacji roboczych klasy PC” ppkt 9) „Pobór prądu - zużycie energii elektrycznej 25 W, w trybie czuwania poniżej 0,3 W”. Oferowany przez Wykonawcę monitor

AccuSync LCD AS241W 24" wide fuli HD DVI w trybie czuwania wykazuje zużycie energii na poziomie 0,45 W.

Izba uznała, że oba powody odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum są prawidłowe.

Co do pierwszej podstawy faktycznej – braku oświadczenia wystawionego przez producenta macierzy dyskowej potwierdzającego, że dyski, półka dyskowa i moduły FC do rozbudowy macierzy dyskowej pochodzą z oficjalnego kanału sprzedaży i rozbudowa nie spowoduje utraty gwarancji oraz sposobu obecnie realizowanego serwisu z wykorzystaniem usług HI-TRA - żadnego oświadczenia tego rodzaju Odwołujący nie załączył do oferty, dopiero w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów złożył oświadczenie COMPAREX POLAND Sp. z o.o., który to podmiot, co nie było sporne, nie był producentem oferowanych urządzeń.

Odwołujący w odwołaniu twierdził, że „Firma COMPAREX POLSKA Sp. z o.o. jest autoryzowanym partnerem firmy Hitachi Data Systems na Polskę, Firma COMPAREX POLSKA Sp. z o.o. posiada uprawnienia i kompetencje firmy Hitachi Data Systems pozwalające na zarządzanie, rekonfigurację oraz rozbudowę w zainstalowanej w siedzibie Zamawiającego macierzy dyskowej HDS 2100 bez utraty gwarancji”. Jeżeli nawet przyjąć, że bezwzględnie wymaganego przez SIWZ oświadczenia nie musi złożyć bezpośrednio producent, ale upoważniony przez niego inny podmiot, to wykonawca, składając takie oświadczenie – niebędące wymaganym przez Zamawiającego oświadczeniem producenta – winien mieć świadomość, że powinien równocześnie wykazać, że dany podmiot ma takie same uprawnienia, jak producent, do złożenia takiego oświadczenia. Samo twierdzenie, że podmiot jest „autoryzowanym partnerem” i „posiada uprawnienia i kompetencje” producenta jest niewystarczające. Na potwierdzenie współpracy COMPAREX Poland Sp. z o.o. (a więc podmiotu o innej nazwie, niż wskazywano w odwołaniu, gdzie mowa była o „COMPAREX POLSKA Sp. z o.o.”) Odwołujący złożył zrzut ekranu ze strony internetowej [www.hds.com](http://www.hds.com), w języku angielskim, którego wynika, że „partner search results” dla – jak się należy domyślać - Hitachi Data Systems to COMPAREX Poland Sp. z o.o. Zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz.U. Nr 48, poz. 280 z późn. zm.) w postępowaniu odwoławczym przed Izbą wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Nawet gdyby, z pominięciem przytoczonego przepisu, uznać COMPAREX Poland Sp. z o.o. za „partnera” producenta – to i tak nie wynika z tego stwierdzenia zakres uprawnień tego podmiotu.

Ponadto w oświadczeniu COMPAREX brak pewnego wymaganego przez Zamawiającego zakresu – co do „sposobu obecnie realizowanego serwisu (...)”.

Nawet gdyby dopuścić – w tym przypadku wątpliwą - możliwość wezwania do wyjaśnienia bądź ponownego uzupełnienia oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, to jednak trzeba uznać, że i tak oferta Konsorcjum Comarch podlega odrzuceniu, ponieważ potwierdziła się druga podstawa faktyczna odrzucenia.

Nie było sporne, że Zamawiający wymagał monitora o poborze prądu „w trybie czuwania poniżej 0,3W”. Konsorcjum Comarch zaoferowało monitor, którego „Power Savings Mode (typical)” wynosi 0,45W. Odwołujący wywodził, że monitor przez niego oferowany spełnia rygorystyczne kryteria normy EnergyStar5, wskazany tryb oszczędzania energii jest typowy i „może ulec zmianie”, poza tym z jego analizy uwarunkowań świadczenia przedmiotu zamówienia wynika, że monitory będą cały czas włączone, a więc „stan czuwania i wartość tego parametru jest czynnikiem wręcz nieistotnym”. Ponadto na rozprawie Odwołujący podnosił, że pobór prądu został wskazany w SIWZ w nieprawidłowych jednostkach. Złożył również oświadczenie producenta monitora, że „celem dostosowania parametru poboru mocy w trybie czuwania do wymagań określonych w przedmiotowym zamówieniu producent wyłączy podświetlenie diody sygnalizacyjnej monitora. To działanie spowoduje znaczący spadek poboru mocy w trybie czuwania w stosunku do parametru podanego w karcie katalogowej monitora, w standardowej wersji”.

Wobec powyższej argumentacji, Izba stwierdziła, co następuje:

Zastrzeżenia co do sposobu opisu parametru poboru prądu podnoszone na rozprawie są spóźnione (termin do ich zgłaszania biegło od opublikowania SIWZ).

Zamawiający nie kwestionował, że monitor spełnia rygorystyczne normy – a wskazywał, że jeden z parametrów jest niezgodny z wymaganymi. Trafnie zauważył Zamawiający, że nie jest rolą wykonawcy wskazywanie, które wymogi są dla Zamawiającego „nieistotne”.

Jeżeli wykonawca oferował urządzenie niestandardowe, o parametrach innych, niż załączone przez niego karty katalogowe – powinien to wyraźnie zaznaczyć w chwili złożenia oferty (ewentualnie przy uzupełnieniu wcześniej niezłożonych kart). Wskazywanie dopiero na rozprawie, że urządzenia zostaną zmodyfikowane przez producenta nie może być wzięte pod uwagę. Słusznie również zauważył na rozprawie Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca WASKO, iż oświadczenie, że „nastąpi znaczący spadek poboru mocy” to zbyt mało (nie wskazano bowiem konkretnej wartości, o jaką spadnie pobór mocy), aby uznać wymóg za spełniony. Gdyby powyżej cytowane oświadczenie producenta monitora było złożone wraz z kartą katalogową, niewykluczone, że możliwe byłoby zwrócenie się do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienia w tej kwestii. Jednak złożenie takiego dokumentu dopiero na rozprawie nie może potwierdzać, że oferowany monitor

spełnia wymagania Zamawiającego – termin na uzupełnienie dokumentów już minął; słusznie na podstawie złożonych dokumentów Zamawiający uznał, że oferta Konsorcjum Comarch nie odpowiada wymogom SIWZ. Zaoferowanie monitora o parametrze gorszym, niż wymagany, w ocenie Izby nie jest omyłką, która może być poprawiona w jakimkolwiek trybie przewidzianym przepisami Prawa zamówień publicznych. Tym samym odwołanie sygn. akt KIO 544/13 Konsorcjum Comarch nie może zostać uwzględnione.

Natomiast odwołanie sygn. akt KIO 533/13, jak już wcześniej w uzasadnieniu sygnalizowano, podlega oddaleniu ze względu na fakt, że nie wskazano w nim naruszenia przepisów, które miało lub miałyby istotny wpływ na wynik postępowania. Skoro oferta Konsorcjum Comarch, jak wyżej ustalono, podlega odrzuceniu, to Izba w związku z przepisem art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie może uwzględnić odwołania WASKO, mimo uznania zarzutów odwołania przez Zamawiającego za słuszne – musiałyby nakazać powtórzenie badania i oceny ofert i powtórzenie odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch, z poszerzeniem podstaw faktycznych odrzucenia – co w żaden sposób nie wpływałoby na wynik postępowania, tj. na uznanie oferty WASKO za najkorzystniejszą. Na powyższą konstatację nie może mieć wpływu kolejność złożenia odwołań, ponieważ zarządzono łączne rozpatrzenie odwołań.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Izba uwzględniła wniosek o zasądzenie kosztów dla Zamawiającego bez kosztów kserokopii dokumentów oraz zwrotu utraconych korzyści w postaci kosztów świadczenia pracy przez pracowników Zamawiającego w siedzibie Zamawiającego na skutek stawiennictwa przez Izbę i, ponieważ w tym zakresie nie przedstawiono odpowiednich rachunków; ponadto wątpliwa jest ewentualna podstawa uwzględnienia kosztów z co najmniej drugiej wymienionej kategorii.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....