

Sygn. akt: KIO 1050/16

KIO 1053/16

**WYROK**  
**z dnia 1 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **21 czerwca 2016 r.** do łącznego rozpoznania i wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2016 r. i wniesionych przez wykonawców:

**A. Transactor Security Spółka z o.o., ul. Trakt Lubelski 257a, 04-667 Warszawa** (sygn. akt KIO 1050/16);

**B. T.F. i D.K.** działających w formie spółki cywilnej pod firmą **DPidea s.c., ul. Spokojna 28, 81-549 Gdynia** (sygn. akt KIO 1053/16)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa urządzeń RTG i bramek do wykrywania metalu” (znak 2/16/AZ)

przy udziale następujących wykonawców zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania:

**A.** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1050/16 przez wykonawcę:

1. **Alfa System Spółka z o. o., ul. Piotra Ignuta 87, 54-151 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego;

**B.** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1053/16 przez wykonawców:

1. **Alfa System Spółka z o. o., ul. Piotra Ignuta 87, 54-151 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego;

2. **Transactor Security Spółka z o.o., ul. Trakt Lubelski 257a, 04-667 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego;

**orzeka:**

**1. oddala oba odwołania;**

2. Kosztami postępowania obciąża:

**A.** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1050/16 Odwołującego – wykonawcę Transactor Security Spółka z o.o., ul. Trakt Lubelski 257a, 04-667 Warszawa;

**B.** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1053/16 Odwołującego – wykonawców T.F. i D.K. działających w formie spółki cywilnej pod firmą DPIda s.c., ul. Spokojna 28, 81-549 Gdynia i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:
  - A** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę Transactor Security Spółka z o.o., ul. Trakt Lubelski 257a, 04-667 Warszawa (sygn. akt KIO 1050/16),
  - B** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców T.F. i D.K. działających w formie spółki cywilnej pod firmą DPIda s.c., ul. Spokojna 28, 81-549 Gdynia (sygn. akt KIO 1053/16),

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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:**

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

### **do wyroku z dnia 1 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1050/16 i KIO 1053/16**

Zamawiający – Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa urządzeń RTG i bramek do wykrywania metalu” (znak 2/16/AZ).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29.03.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 31.03.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 063-108118.

### **KIO 1050/16**

Wykonawca **Transactor Security Spółka z o.o.** wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego - Centralnego Zarządu Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa - podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę RTG i wykrywaczy bramowych (nr sprawy 2/16/AZ) w zakresie części I: „dostawa 20 urządzeń rentgenowskich do prześwietlania paczek i bagaży” - „Postępowanie”, a polegające na:

- 1) dokonaniu oceny oferty Odwołującego w kryterium oceny ofert „funkcjonalność - 7%” dotyczącego skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych” (Rozdz. XIII lit. b) SIWZ) w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części I Postępowania,
- 3) dokonaniu czynnością z dnia 6 czerwca 2016 r. w części I Postępowania wyboru oferty wykonawcy Alfa System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Piotra Ignuta 87 jako najkorzystniejszej,

ewentualnie

4) zaniechaniu unieważnienia Postępowania w zakresie części I z uwagi na dokonanie oceny ofert złożonych w Postępowaniu w części I, w kryterium oceny ofert „funkcjonalność - 7%" ~

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdz. XIII „Kryterium wyboru ofert” SIWZ wskazał dla części I zamówienia w zakresie funkcjonalności wagę 7% i określił 2 badane parametry:

- a) możliwość powiększenia wybranego fragmentu obrazu (max. 2 pkt.)
  - dwunastokrotne powiększenie wybranego fragmentu obrazu— 1 pkt.
  - szesnastokrotne lub większe powiększenie wybranego fragmentu obrazu ~ 2 pkt.
- b) skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych (max: 5 pkt.)
  - za 20 mm osłoną stalową - 2 pkt.
  - za 25 mm osłoną stalową – 5 pkt.”

Zaoferowanie urządzenia niewykrywającego ww. przedmiotów ukrytych za osłoną stalową o grubości 20 mm spowoduje odrzucenie oferty.

Odwołujący w pkt 25 formularza ofertowego (Część 1) — Nastawienie parametrów techniczno- użytkowych” potwierdził wymóg minimalny z pkt 2 „Wymagania ogólne” ppkt 8) wpisując ‘Tak” odnośnie oferowanego przez siebie urządzenia 5333 AutoClear (USA).

Wykonawca Alfa-System Sp. z o.o. zaś dodatkowo wskazał w zakresie oferowanego urządzenia XIS-5335S Astrophysics: „37 mm standard, 39 mm typowo”.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający przeprowadził testy urządzeń (wskazane w Rozdz. XIII „Kryterium wyboru ofert” in fine). W ich wyniku badania i oceny ofert dla każdego z urządzeń zgłoszonych do testów został sporządzony protokół. Odwołującemu zgodnie z protokołem przyznano 2 pkt za funkcjonalność „skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych za osłoną stalową” uznając za potwierdzony parametr penetracji stali 20 mm natomiast wybranemu wykonawcy Alfa- System Sp. z o.o. za te funkcjonalność przyznano 5 pkt za parametr 25 mm.

Następnie pismem z dnia 6 czerwca 2016 r. Odwołujący został poinformowany o wynikach badania i oceny ofert w Postępowaniu. W zakresie części I Postępowania Zamawiający przyznał następującą punktację:

1. wykonawca Alfa system otrzymał łącznie 97,67 pkt w tym za kryterium „funkcje” 7 pkt;
2. wykonawca SAE otrzymał łącznie 95,50 pkt, w tym za kryterium „funkcje” 7 pkt;
3. wykonawca Transactor otrzymał łącznie 97,00 pkt, w tym za kryterium „funkcje” 4 pkt.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie dokonanej oceny ofert w kryterium „skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych za osłoną stalową”, w tym oferty Odwołującego. Zamawiający nie opisał w SIWZ sposobu wykonywania testów, w szczególności nie wskazał odpowiedniego scenariusza badania z określeniem, jakie precyzyjnie mają być widoczne obiekty i jakie są kryteria określające jego spełnienie. Zamawiający wskazał jedynie w odpowiedzi z dnia 22 kwietnia 2016 r. na pytanie do SIWZ, że „Ocena skuteczności w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych, oferowanego urządzenia zostanie przeprowadzona poprzez fizyczne sprawdzenie wykrywalności m. in. wyżej wymienionych przedmiotów,” Wobec tego uznać należy, iż Zamawiający dopuścił sposób sprawdzenia maksymalnego poziomu penetracji za pomocą adekwatnej i niedyskryminującej metody. Tymczasem jedynym właściwym sposobem sprawdzenia maksymalnego poziomu penetracji stali urządzeń rentgenowskich do prześwietlania paczek i bagaży, jest zastosowanie specjalnej walizki testowej STP (Standard Test Piece), przeznaczonej do testowania i kalibracji tego typu urządzeń. Badanie urządzenie prześwietla tę walizkę pozwalając na rzeczywistą oceny maksymalnego poziomu penetracji stali przez dane urządzenie.

Podkreślić w tym miejscu należy, że w trakcie testów urządzeń w zakresie funkcjonalności „skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych za osłoną stalową” Zamawiający nie używał walizki testowej STP, a innego niestandardyzowanego i nieodpowiedniego produktu, który nie umożliwia obiektywną ocenę wykrywalności przedmiotów ukrytych za osłoną stalową.

Niezależnie od powyższego Zamawiający w trakcie testów używał płytek stali niestandardyzowanych przez co niemożliwe było uzyskanie podczas testów pewności co do ich parametrów istotnych dla wyników testu w zakresie określenia maksymalnego poziomu penetracji stali (wykrywalności obiektu) przez urządzenie: grubości stali (odpowiednio 20 mm i 25 mm), jakości (składu, gęstości) stali. Podobnie Zamawiający używał w trakcie testów różnych obiektów, które miały zostać wykryte przez urządzenie za osłoną metalową, co uniemożliwiało obiektywną ocenę testowanych urządzeń w zakresie ich maksymalnych możliwości do wykrycia danych obiektów. Przytoczone fakty nie miały by miejsca, gdyby Zamawiający użył testowej walizki STP, jednakże niezależnie od braku zastosowania tej

walizki Zamawiający dokonał oceny ofert w zakresie funkcjonalności „skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych za osłoną stalową” w sposób nieobiektywny i dyskryminujący. Metoda zastosowana przez Zamawiającego jest nieadekwatna i niewłaściwa do założonego celu, jakim jest określenie maksymalnego poziomu penetracji stali.

Ponadto producenci urządzeń zaoferowanych w przetargu, w tym AutoClear - producent zaoferowanego przez Odwołującego urządzenia potwierdzają, iż jedynym wiarygodnym testem na określenie maksymalnego poziomu penetracji stali jest użycie walizki STP. Oznacza, to że inna metoda nie może być użyta do badania tego parametru.

Dodatkowo o niewłaściwej metodzie sprawdzenia przez Zamawiającego w trakcie testów maksymalnego poziomu penetracji stali świadczy fakt, że zarówno w przypadku urządzenia oferowanego przez Odwołującego (5333 AutoClear), jak i urządzenia oferowanego przez firmę Alfa-System Sp. z o.o. (XIS~5335S Astrophysics), producenci tych urządzeń wskazują na dużo wyższe maksymalne poziomy penetracji stali niż przyjęte przez Zamawiającego w trakcie testów (Zamawiający przyjął: 20 mm dla Odwołującego i 25 mm dla Alfa-System Sp. z o.o.). Tymczasem dla urządzenia 5333 AutoClear parametr ten w rzeczywistości wynosi do 30 mm, zaś dla urządzenia XIS-5335S Astrophysics do 39 mm.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający ma obowiązek sporządzić SIWZ, w tym w zakresie sposobu oceny ofert w sposób, jednoznaczny, precyzyjny, obiektywny i umożliwiający rzeczywistą ocenę ocenianych funkcjonalności (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Z tego obowiązku wypływa kolejny obowiązek interpretowania SIWZ w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji i na korzyść wykonawców, a także dokonywania oceny ofert w sposób niesprzeczny z tą zasadą.

Z faktem że to wyłącznie zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, określa warunki udziału w postępowaniu oraz opisuje przedmiot zamówienia (art. 7 ust. 1, art. 24, art. 29 ustawy Pzp) skorelowany jest wynikający z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania „w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 sierpnia 2011 r., sygn. XXIII Ga 380/1 I podkreśla, iż: „Główną ideą i podstawą ustanowienia prawa zamówień publicznych było zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań o uzyskanie zamówień równych szans na każdym etapie tego postępowania. W tym celu do ustawy wprowadzono szereg uregulowań stanowiących o konieczności zachowania przez

uczestników postępowań zasad uczciwej konkurencji. W szczególności o tychże zasadach stanowią przepisy art. 7, 15, 17, 24, 89 p.z.p."

Wszelkie ewentualne niejasności, niedokładności SJWZ, w tym w zakresie opisu kryteriów oceny ofert należy interpretować zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i interpretacji SIWZ na korzyść wykonawcy. Wykonawca nie może bowiem ponosić ciężaru braku precyzyjnego opisanego przez Zamawiającego sposobu testowania urządzenia w sytuacji, w której ciąży na nim taki obowiązek. Wynika z tego wniosek o dopuszczeniu przez Zamawiającego metody sprawdzania przez Zamawiającego parametru „skuteczności w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych za osłoną stalową”, która jest zdatna i właściwa do zamierzonego celu.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, potwierdza orzecznictwo sądowe i arbitrażowe.

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 listopada 2005 r., sygn. akt V Ca 659/05 stwierdzono „Sąd Okręgowy podziela w pełni stanowisko Zespołu Arbitrów, że odrzucając ofertę Konsorcjum zamawiający błędnie przyjął, iż oferta ta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Zdaniem Sądu złożenie przez oferenta wykazu usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, a polegających na sporządzeniu trzech opinii geologiczno - inżynierskich uznać należy za spełnienie warunków zamówienia, Niedookreślenie pojęcia "opracowania geologiczno - inżynierskiego" nie może wyrzucić negatywnych skutków dla oferenta zwłaszcza, że w języku potocznym "opracowanie" często używane jest jako synonim słowa „opinia”. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2009 r., sygn. akt X Ga 74/09: „Tak wskazuje się w orzecznictwie, warunki zamówienia winny w sposób jednoznaczny wynikać ze specyfikacji zaś wątpliwości na tym tle powstałe rozstrzygać należy na korzyść wykonawcy”. Wyrok Sąd Okręgowy w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt III Ca 70/15 stanowi, iż: „Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (wyrok KIO z 20.02.2009r., KIO/UZP 148/08, wyrok ZA UZP z 31.03.2006r., UZP/ZO/O - 896, LEX Polonica nr 1898040, wyrok KIO z 28.01.2009r., KIO/UZP 67/09, LEX Polonica nr 2058113, Komentarz do ustawy P.z.p. - Stefan Babiarczyk i inni wyd. LexisNexis Wydanie 2 Wielkie Komentarze str.294 - 295). ” Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu, sygn. akt VIII Ca 76/15 z dnia 10 marca 2015 r.

Podobnie zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 660/15 „Obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść



wykonawców. (...) Jeżeli ilość niejednoczonych postanowień SIWZ i możliwości interpretacyjnych jest większa niż przeciętna, zamawiający winien rozważyć nawet unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7p.z.p.” W wyroku KIO z dnia 16 marca 2015 r., sygn. KIO 430/15 Izba wskazuje, iż zgodnie z jednolicie obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą - wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść Wykonawcy, skoro to zamawiający - mogąc zastosować różne sformułowania - wprowadza do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie o niejednoznacznej treści, zaś w wyroku z 11 sierpnia 2014 r., sygn. KIO 1557/14: „Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem, się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.” Zgodnie z wyrokiem KIO sygn. KIO 605/14 z dnia 09 kwietnia 2014 r. „Postulat wykładni niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p.” Wyrok KIO z 07 października 2013 r., KIO 2260/13: „Wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu.” Podobnie in. liczne orzecznictwo arbitrażowe (np. wyrok KIO z dn. 03 sierpnia 2015 r., sygn. KIO 1487/15; KIO 1524/15, wyrok KIO z 21 stycznia 2015 r. sygn. KIO 17/15).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał jak na wstępie.

## **KIO 1053/16**

W ramach odwołania o sygn. akt KIO 1053/16 wykonawca T.F. i D.K. działających w formie spółki cywilnej pod firmą DPIDEA s.c wskazał, iż działania Zamawiającego nie mają uzasadnienia w przepisach prawa ani dokumentacji postępowania zarzucając w nim:

1. Naruszenie art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbki w postaci zainstalowania systemu pomocy w języku polskim lub /i ponowne przedłożenie urządzenia, ewentualne dokonanie poprawy omyłki w trybie art. 87 ust 2 Pzp
2. Naruszenie art. 89 ust 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jej treść jest zgodna z treścią SIWZ, a wskazany przez Zamawiającego brak wbudowanego menu i systemu pomocy w języku polskim winien podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 Pzp.

W ocenie Odwołującego treść oferty wskazana dokumentami do niej załączonymi w sposób nie pozostawiający wątpliwości potwierdza zgodność treści oferty z treścią SIWZ, a brak menu i systemu pomocy w j. polskim w urządzeniu przedstawionym jako próbka jest wynikiem omyłki wykonawcy na etapie przedstawienia próbki.

3. Naruszenie art. 91 ust 1 pkt poprzez dokonanie w zadaniu 1 wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu oraz wszystkich innych przywołanych w niniejszym stanowisku

W ramach żądania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w zadaniu 1;
2. Wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbki na podstawie art. 26 ustawy Pzp, ewentualnie dokonanie poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust 2 ustawy Pzp;
3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert po uzupełnieniu przez Odwołującego próbki/poprawieniu omyłki i. dokonania wyboru Oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów, gdyż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a Odwołujący nie podlega. wykluczeniu. Oferta Odwołującego po zastosowaniu kryteriów określonych SIWZ winna otrzymać najwyższą ilość punktów i zostać wybrana, jako oferta najkorzystniejsza, a w wyniku odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego przy braku wystąpienia przesłanki z art. 89 Pzp Odwołujący poniesie szkodę w postaci braku realizacji zamówienia objętego postępowaniem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania w całości i o nakazanie Zamawiającemu ponownego rozpatrzenia ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, przeprowadzenia procedury uzupełnienia próbki lub jej elementu, a następnie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 06.06.2016r poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zadaniu 1 na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp jako oferty której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Jako uzasadnienie Zamawiający wskazał brak wbudowanego (czyt. zainstalowanego) systemu pomocy w języku polskim. W ocenie Odwołującego powyższa decyzja Zamawiającego podjęta w oparciu o zaistniały stan faktyczny nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, dokumentacji

postępowania, ani utrwalonej linii orzecniczej KIO i SO nt. obligatoryjnego uzupełniania próbek w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

I. Przedłożenie próbki, omyłkowy brak zainstalowanego systemu pomocy w języku polskim.

Zamawiający w treści SIWZ w rozdziale XIII wskazał: „Testowanie urządzenia” Wykonawcy udostępnią jedno oferowane urządzenie wraz z instrukcją obsługi w języku polskim, w celu potwierdzenia parametrów technicznych zgodnie ze złożonym formularzem ofertowym, najpóźniej 4 dni po upływie terminu składania ofert. Urządzenie przedstawione do testowania musi być identyczne z urządzeniami będącym przedmiotem późniejszej dostawy - nie spełnienie tego wymogu spowoduje odrzucenie oferty. Wykonawcy zapewnią warunki do sprawdzenia przydatności urządzenia w obecności swojego przedstawiciela. Testowanie winno odbyć się na terenie miasta Warszawy w miejscu uzgodnionym z zamawiającym, w obecności przedstawiciela (nie więcej niż jednego) innych wykonawców, na ich wnioski. Zespół testujący urządzenie sporządzi protokół określający typ, rodzaj, numer seryjny, datę produkcji sprzętu oraz wyniki testu.”

Przedłożone przez Odwołującego urządzenie omyłkowo nie zawierało zainstalowanego systemu pomocy w języku polskim. Oczywistym jest omyłkowy, niezamierzony brak powyższego elementu, gdyż w treści oferty w sposób bezsporny Odwołujący wskazał iż urządzenia dostarczane w trakcie realizacji będą powyższą cechą posiadały. Warto w miejscu tym doprecyzować, iż to w trakcie realizacji kontraktów system ten jest on niejako dokładany odpowiednio wg potrzeb i wskazówek klienta. Co więcej - nie jest to element stanowiący o cechach jakościowych czy funkcjonalnych urządzenia, nie było on też oceniany w ramach kryteriów oceny ofert.

II. Uzupełnianie próbek

Analizując wskazane żądanie przedłożenia urządzenia należy przyjąć, iż do żądania złożenia powyższego elementu zastosowanie mają przepisy dot. złożenia przez wykonawcę tzw. próbek. Zgodnie z treścią § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, próbka jest dokumentem wymaganym do potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, a wskazanie w SIWZ obowiązku przedłożenia urządzenia do testów należy traktować jako obowiązek złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Teza ta została również potwierdzona przez Urząd Zamówień Publicznych, który w jednej z opinii wyraźnie wskazał, że próbkę należy kwalifikować jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pzp: „[w] myśl § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia [...] w sprawie rodzajów dokumentów,

jakich może żądać zamawiający [...] zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może żądać w szczególności, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu przedłożyli próbki oferowanych towarów. Tym samym należy przyjąć, iż przepisy rozporządzenia przesądzają o kwalifikacji próbki jako dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwoływającego powyższe dowodzi, iż Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwoływającego do uzupełnienia próbki - tu urzędnika - w sytuacji, w której uznał, że te przedstawione nie były zgodne z SIWZ. W ocenie Odwoływającego konieczność skierowania przez Zamawiającego wezwania potwierdza orzecznictwo KIO oraz jednolite w tym zakresie głosy doktryny.

Tezę taką można znaleźć między innymi w publikacji Justyny Andaj-Sępkowskiej [za KIO 980/14]. Autorka wyraźnie wskazuje, że obowiązek (wzywania wykonawców - przyp. aut) dotyczy zarówno dokumentów podmiotowych, jak dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wynika z tego, że dotyczy również próbek żądanych w tym kontekście i w przywołanym celu". Podobne wnioski prezentuje Aleksandra Sasin:"(...) próbka traktowana i określona jako dokument przedmiotowy [...] będzie podlegała uzupełnieniu."

Ponadto, dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości co do charakteru próbek w świetle art. 25 pzp oraz zakresu obowiązku wezwania do uzupełnienia próbek nałożonego na zamawiających w art. 26 ust. 3 pzp. Odwoływający zwraca uwagę, że z ukształtowanej linii orzeczniczej wynika, że w przypadku, gdy próbka ma służyć potwierdzeniu wymagań zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający w toku oceny próbki ma obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w okolicznościach wskazanych w przepisie, jeśli natomiast próbka wskazuje brak cech których posiadanie jest oceniane w ramach kryteriów oceny ofert, jest punktowane, wówczas wskazany przepis nie ma zastosowania.

Czytelnym jest, iż w niniejszym postępowaniu posiadanie systemu pomocy w j. polskim nie stanowiło kryterium oceny ofert i Zamawiający zobligowany jest do wezwania Odwoływającego do ponownego przedłożenia próbki - urzędnika - posiadającego zainstalowany powyższy element, a dopiero na podstawie tak przedłożonego urzędnika Zamawiający winien jest dokonać dalszej oceny oferty.

Celem potwierdzenia zasadności powyższego stanowiska Odwoływający przywołał wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r. o sygn. akt: KIO 2120/14, w którym wskazano, iż: „Próbki, na

gruncie ustawy Pzp, kwalifikowane są jako dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego - tzw. dokumenty przedmiotowe (art. 25 ust. 1 pkt 2 w z w. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...)) W tej sytuacji po stronie zamawiającego zaktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących próbek w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania."

Jak wskazał Odwołujący zupełnie bliźniaczym stanem faktycznym cechuje się sprawa, w której już rozstrzygała Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 2015-07-20, KIO 1423/15) w której czytamy: „Zgodnie z protokołami z przeprowadzonych testów „Uczestnik postępowania dokonał uzupełnienia próbki przez zainstalowanie innej wersji programowania do składania podpisu niebędącego częścią oferty) na tym samym Urzędzeniu, które było złożone wraz z ofertą i podlegało testowaniu". Tam Odwołujący stawiając zarzut wobec zasadności podjętych czynności przez Zamawiającego wywodził, że „na gruncie niniejszej sprawy, brak było podstaw do wezwania Konsorcjum Orange i Polkomtel do uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W efekcie wezwania doszło do niedopuszczalnej po upływie terminu składania ofert, zmiany ofert złożonych przez Konsorcjum Orange i Polkomtel. W obu przypadkach uzupełnienie próbki nastąpiło bowiem poprzez zainstalowanie innej wersji oprogramowania do składania podpisów niż ta zainstalowana na załączonej do oferty próbce (zmiana przedmiotu świadczenia). Pierwotnie próbki załączone do ofert nie spełniały wymogów w zakresie podpisu, dopiero ich uzupełnienie doprowadziło do pozytywnej weryfikacji wymogów Zamawiającego. Jak wskazano w orzeczeniu: "(...) Oceniając tak ustalony stan faktyczny, analizując zarzut podnoszony przez Odwołującego, Izba wskazała, że nie doszło do nieprawidłowego uzupełnienia próbek. Nazwanie przez Zamawiającego danej czynności czy przypisanie jej podstawy prawnej nie przesądza o jej znaczeniu dla postępowania; istotne jest, co było przedmiotem danej czynności. Nie mogło być żadnych wątpliwości, że „próbką" w rozumieniu § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.), były wyłącznie urządzenia. (...) Zatem dla ważności przeprowadzenia testów nie

mogło mieć znaczenia, czy doszło do wymiany, czy przeinstalowania oprogramowania testowanych urządzeń. W konsekwencji Izba oddaliła przedmiotowy zarzut naruszenia przepisów poprzez wezwanie do przedłożenia nowej próbki lub niejako "doinstalowanie oprogramowania", co zdaniem Odwołującego w sposób jednoznaczny potwierdza prawidłowość jego stanowiska w zakresie obowiązku wezwania do uzupełnienia próbki na podstawie art 26 ust 3 Pzp w postaci ponownego przedstawienia, urządzenia wraz z zainstalowaną wersją oprogramowania.

W końcowej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, iż jak wskazano w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w niniejszym postępowaniu Zamawiający obowiązany był wszcząć procedurę w trybie art. 26 ust 3 Pzp, a dopiero po jej przeprowadzeniu dokonać badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertami złożonymi przez obu odwołujących się wykonawców oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z treścią obu odwołań, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Alfa Systems Spółka z o.o. o odrzucenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1050/16 ze względu na złożenie go nie przez strony umowy spółki cywilnej (wspólników spółki cywilnej), lecz przez spółkę, która nie może występować w obrocie. Izba wskazuje, iż brak jest wątpliwości, że podmiotami wnoszącymi odwołanie są osoby fizyczne ubiegające się o zamówienie w ramach spółki cywilnej i drobne nieprawidłowości w tym zakresie związane z tytułaturą odwołania nie mogą

prowadzić do negatywnych konsekwencji w tym zakresie, tym bardziej nie sposób uznać, iż odwołanie podlega odrzuceniu jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że obu Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty, dążyli do wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej podważając liczbę przyznanych punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny oferty (Odwołanie KIO 1050/16) lub dążyli do przywrócenia do postępowania odrzuconej przez Zamawiającego oferty (odwołanie KIO 1053/16).. W przypadku zaś uwzględnienia złożonych przez nich odwołań mają oni szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów złożone przez obu odwołujących. Izba przeprowadziła i oceniła również przeprowadzone w toku rozprawy dowody z okazania teczki STP okazanej przez Odwołującego Transactor Security Spółka z o. o. oraz teczki okazanej przez Zamawiającego. W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1050/16, odnosząc się do wniosku złożonego przez Przystępującego Alfa Systems Spółka z o.o. o oddalenie dowodów z dokumentów zgłoszonych przez Odwołującego Transactor Security Spółka z o. o., Izba wskazuje, iż poza oceną formalną pozostaje dopuszczalność takich dowodów ze względu na niewłaściwe sformułowanie, jak wskazał Przystępujący, zarzutów i spóźnione kwestionowanie postanowień SIWZ, gdyż ich ewentualne niedopuszczenie jest reglamentowane stosownymi przepisami ustawy Pzp i ogólnymi zasadami postępowania cywilnego. Niedopuszczenie dowodu ma miejsce wówczas, gdy fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp), jak również wówczas gdy możliwość niedopuszczenia dowodu wynika z ogólnych zasad postępowania cywilnego, tj. dowód jest niemożliwy do przeprowadzenia, jego przeprowadzenie spowodowałoby czyn zagrożony karą, dowód jest nielegalny lub zdobyty w taki sposób lub nie zmierza do wykazania faktów zawartych w

sformułowanej tezie dowodowej. W tym ostatnim przypadku powyższe rozciąga się na brak możliwości sformułowania tezy dowodowej lub sformułowanie jej w sposób nieadekwatny do wykazywanych faktów lub też powodujący, iż zgłoszony wniosek dowodowy nie zmierza do wykazania okoliczności mogących potwierdzić istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia okoliczności, a więc w przypadku gdy przeprowadzenie dowodu jest irrelewantne dla rozstrzygnięcia sporu. Jednakże w tych ostatnich przypadkach nieprzeprowadzenie dowodu, a tym samym oddalenie wniosku dowodowego powinno być ostatecznością. W ocenie Izby z daleką dozą ostrożnością należy bowiem podchodzić do odmowy przeprowadzenia dowodu, gdyż odmowa jego przyjęcia i przeprowadzenia stanowi swego rodzaju prejudykat (przesąd) wskazujący już na etapie rozpoznania jakie fakty organ orzekający uznał za udowodnione lub jakie fakty uznaje za nieistotne dla rozstrzygnięcia danej sprawy. W takim wypadku za zdecydowanie bardziej właściwe postępowanie należy uznać pominięcie (przyjętych i przeprowadzonych dowodów) lub ich adekwatną ocenę w ramach merytorycznego rozstrzygnięcia. Tym samym Izba nie uwzględniła w tym zakresie wniosków Przystępującego o niedopuszczenie dowodów, gdyż zarzut ten został oparty na argumentacji zmierzającej *de facto* do odparcia zarzutów Odwołującego, a więc nie odnosił się do kwestii formalnych lecz merytorycznych, tj. oceny zasadności samych zarzutów i oceny wiarygodności i mocy dowodowej, o której to ocenie mowa jest w art. 190 ust. 7 ustawy Pzp – a więc przepisie nie regulującym elementów formalnych postępowania dowodowego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w obu odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie obu odwołań dokonała następujących ustaleń.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, iż w ramach części I przedmiotem zamówienia jest aparat RTG służący do prześwietlania bagażu i rzeczy osobistych osób wchodzących na teren jednostek, gdzie wymagana jest reglamentacja wnoszonych tam przedmiotów.

Zamawiający w Rozdz. XIII „Kryterium wyboru ofert” SIWZ wskazał dla części I zamówienia w zakresie funkcjonalności przyjął dla oceny wagę 7% i określił dwa badane parametry:

a) możliwość powiększenia wybranego fragmentu obrazu (max. 2 pkt.)



- dwunastokrotne powiększenie wybranego fragmentu obrazu— 1 pkt.
- szesnastokrotne lub większe powiększenie wybranego fragmentu obrazu ~ 2 pkt.

b) skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych (max: 5 pkt.)

- za 20 mm osłoną stalową - 2 pkt.
- za 25 mm osłoną stalową – 5 pkt. ”

Wskazał ponadto, iż zaoferowanie urządzenia niewykrywającego ww. przedmiotów ukrytych za osłoną stalową o grubości 20 mm spowoduje odrzucenie oferty.

Zamawiający w treści SIWZ w rozdziale XIII wskazał w podtytule „Testowanie urządzenia”, iż „Wykonawcy udostępnią jedno oferowane urządzenie wraz z instrukcją obsługi w języku polskim, w celu potwierdzenia parametrów technicznych zgodnie ze złożonym formularzem ofertowym, najpóźniej 4 dni po upływie terminu składania ofert. Urządzenie przedstawione do testowania musi być identyczne z urządzeniami będącym przedmiotem późniejszej dostawy - nie spełnienie tego wymogu spowoduje odrzucenie oferty. Wykonawcy zapewnią warunki do sprawdzenia przydatności urządzenia w obecności swojego przedstawiciela. Testowanie winno odbyć się na terenie miasta Warszawy w miejscu uzgodnionym z zamawiającym, w obecności przedstawiciela (nie więcej niż jednego) innych wykonawców, na ich wniosek. Zespół testujący urządzenie sporządzi protokół określający typ, rodzaj, numer seryjny, datę produkcji sprzętu oraz wyniki testu.”

Odwołujący Transactor Security Spółka z o.o. w pkt 25 formularza ofertowego (Część 1) — „Nastawienie parametrów techniczno - użytkowych” potwierdził wymóg minimalny z pkt 2 „Wymagania ogólne” ppkt 8) wpisując „Tak” odnośnie oferowanego przez siebie urządzenia 5333 AutoClear (USA).

Wykonawca Alfa System Sp. z o.o. zaś dodatkowo wskazał w zakresie oferowanego urządzenia XIS-5335S Astrophysics: „37 mm standard, 39 mm typowo”.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający przeprowadził testy urządzeń (wskazane w Rozdz. XIII „Kryterium wyboru ofert”). W ich wyniku badania i oceny ofert dla każdego z urządzeń zgłoszonych do testów został sporządzony protokół. Odwołującemu Transactor Security Spółka z o.o. zgodnie z protokołem przyznano 2 pkt za funkcjonalność „skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych za osłoną stalową” uznając za potwierdzony parametr penetracji stali 20 mm natomiast wybranemu wykonawcy Alfa System Sp. z o.o. za tę funkcjonalność przyznano 5 pkt za parametr 25 mm.

Następnie pismem z dnia 6 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach badania i oceny ofert. W zakresie części I postępowania Zamawiający przyznał następującą punktację:

1. wykonawca Alfa system otrzymał łącznie 97,67 pkt w tym za kryterium „funkcje” 7 pkt;
2. wykonawca SAE otrzymał łącznie 95,50 pkt, w tym za kryterium „funkcje” 7 pkt;
3. wykonawca Transactor otrzymał łącznie 97,00 pkt, w tym za kryterium „funkcje” 4 pkt.

Oferta wykonawców T.F. i D.K. działających w formie spółki cywilnej pod firmą DPIda s.c., ul. Spokojna 28, 81-549 Gdynia nie została oceniona w oparciu o kryteria oceny ofert. Zamawiający bowiem odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ. W toku testów Zamawiający stwierdził, iż system pomocy (helpdesk) nie został zainstalowany w prezentowanym urządzeniu w języku polskim.

We wniesionych odwołaniach Odwołujący Transactor Security Spółka z o.o. podniósł zarzuty związane z wyborem oferty najkorzystniejszej w zakresie części I wskazując na nieprawidłowe przeprowadzenie testów w zakresie funkcji „skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych za osłoną stalową” i tym samym przyznanie mu zbyt małej ilości punktów, zaś Odwołujący T.F. i D.K. działających w formie spółki cywilnej pod firmą DPIda s.c. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty ze względu na to, iż system pomocy (helpdesk) nie został zainstalowany w prezentowanym urządzeniu w języku polskim zarzucając jednocześnie Zamawiającemu, iż zaniechał on wezwania do uzupełnienia próbki urządzenia lub poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołujących zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

**KIO 1050/16**

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1050/16 Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał, iż w ramach badania funkcjonalności w zakresie parametru „skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych za osłoną stalową” doszło do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – a tylko takie naruszenie mogłoby stanowić podstawę do uwzględnienia zarzutów sformułowanych przez Odwołującego w treści odwołania (art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Należy bowiem wskazać, iż podmiot zamawiający ma swobodę w ustalaniu sposobu weryfikacji parametrów urządzeń, o ile sposób oceny nie dyskryminuje poszczególnych wykonawców lub nie stawia innych w uprzywilejowanej pozycji. Na tym etapie postępowania (tj. po ocenie ofert) nie sposób narzucić Zamawiającemu innej niż zakładana przez niego metody badania ofert. Po pierwsze upłynął już termin na kwestionowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Po drugie w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, iż ocena jego oferty nastąpiła w sposób dyskryminujący oferowane przez niego urządzenie.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wobec wybranej przez Zamawiającego metody weryfikacji funkcjonalności zaoferowanych urządzeń wskazać należy, iż oferty wszystkich wykonawców zostały ocenione w ten sam sposób i nawet jeżeli wybrana przez Zamawiającego metoda nie była najwłaściwsza do tego typu oceny to brak jest jakichkolwiek dowodów na to, iż jej zastosowanie różnicowało pozycje wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej. Powyższe potwierdzają prezentowane przez Zamawiającego w toku rozprawy zdjęcia, testu urządzeń Odwołującego i Przystępującego, na których w obu przypadkach uwidocznione jest ostrze „brzeszczotu”. Wszakże sam Odwołujący wskazał, iż oferowane przez wykonawców urządzenia mają większą przenikalność gwarantowaną przez producentów – jednakże wybrana przez Zamawiającego metoda ograniczyła ją dla urządzenia Odwołującego z 30 mm do 20 mm, zaś dla urządzenia wykonawcy Alfa System Spółka z o. o. z 39 mm do 30 mm. (Jak wskazano w odwołaniu Zamawiający przyjął: 20 mm dla Odwołującego i 25 mm dla Alfa-System Sp. z o.o. tymczasem dla urządzenia 5333 AutoClear parametr ten w rzeczywistości wynosi do 30 mm, zaś dla urządzenia XIS-5335S Astrophysics do 39 mm). Już tylko ten przykład wskazuje, iż ocena dokonana przez Zamawiającego gwarantowała otrzymanie porównywalnych wyników, zaś niezakwestionowany przez Odwołującego na etapie ogłoszenia i SIWZ sam wybór metody, nie może stanowić podstawy uznania, iż doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Owa redukcja możliwości urządzeń została przez Odwołującego oceniona w toku rozprawy na około 30% - identycznie w stosunku do obu wykonawców (Odwołującego i Alfa System Spółka z o.o.), co jest najlepszym wskaźnikiem tego, iż nie doszło do nierównego traktowania wykonawców.

Oceniając zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu na szczególną uwagę zasługuje następujący fragment uzasadnienia odwołania, gdzie zostało wskazane, że:

„Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający ma obowiązek sporządzić SIWZ, w tym w zakresie sposobu oceny ofert w sposób, jednoznaczny, precyzyjny, obiektywny i umożliwiający rzeczywistą ocenę ocenianych funkcjonalności (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Z tego obowiązku wypływa kolejny obowiązek interpretowania SIWZ w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji i na korzyść wykonawców, a także dokonywania oceny ofert w sposób niesprzeczny z tą zasadą.”. Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, iż Odwołujący pod postacią zarzutów związanych z oceną i badaniem ofert podnosi również zarzuty odnoszące się do sformułowania postanowień SIWZ odnoszących się do wyboru metod oceny i badania parametrów funkcjonalnych zaoferowanych przez wykonawców urządzeń. W tym miejscu należy zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego reprezentowanym w toku rozprawy. Na powyższe wskazuje bowiem nie tylko powyższy fragment odwołania, ale cały kontekst podniesionych zarzutów oraz argumentacja związana z żądaniami przeprowadzenia oceny przy wykorzystaniu specjalnej walizki testowej STP (Standard Test Piece), przeznaczonej do testowania i kalibracji tego typu urządzeń. W ocenie Odwołującego badane urządzenie prześwietla tę walizkę pozwalając na rzeczywistą ocenę maksymalnego poziomu penetracji stali. Izba wskazuje, iż na tym etapie postępowania zarzuty takie są niedopuszczalne ze względu na upływ terminu na wniesienie środka ochrony prawnej. Ponadto nie zmierzają one do usunięcia wadliwych czynności skutkujących nierównym traktowaniem wykonawców, gdyż wszystkie poddane ocenie urządzenia, jak wynika z treści odwołania, zostały przebadane przy użyciu tej samej metody. Wybór samej metody nie może być przedmiotem zarzutów na tym etapie postępowania i nie może zmierzać do takiego jej „dopasowania” aby zmaksymalizować ilość punktów otrzymanych za określony parametr przez urządzenia oferowane przez określonego wykonawcę. Praktyka pokazuje, iż przy zaawansowanych technologicznie urządzeniach niemal każdy sposób badania może stanowić źródło problemów interpretacyjnych dla otrzymanych wyników, jak również być bardziej lub mniej adekwatny (tj. „dopasowany”) do jego specyfiki. Jednakże na kanwie niniejszej sprawy termin wnoszenia środków ochrony prawnej dotyczących postanowień SIWZ upłynął, zaś wyniki otrzymane w ramach parametru „skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych za osłoną stalową” są, jak wskazano powyższej na podstawie podanych przez Odwołującego w treści odwołania przykładów, porównywalne.

Także przywołane przez Odwołującego orzecznictwo uznać należy za nie tyle nieadekwatne do okoliczności niniejszej sprawy, ile odczytywane przez Odwołującego w sposób niewłaściwy. W ocenie Izby przywołane przez Odwołującego orzecznictwo uzasadnia oddalenie zarzutów podniesionych w rozpoznawanym środku odwoławczym. Otóż z orzecznictwa tego należy bowiem wyprowadzić ogólny wniosek, iż z równym traktowaniem wykonawców i poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji mamy do czynienia wówczas, gdy wszyscy wykonawcy znajdujący się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej są

traktowani przez podmiot zamawiający w tożsamy sposób, zaś wykreowaną w ramach orzecznictwa zasadę, iż „wszelkie niejasności w treści SIWZ należy interpretować z korzyścią dla wykonawcy” należy interpretować w ten sposób, iż słowo „wykonawcy” nie może być odczytywane jako jednego i konkretnego wykonawcy, lecz jako konieczność realizacji tożsamej interpretacji postanowień SIWZ na korzyść wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu stanowiąc tym samym przeciwwagę do interpretacji dokonywanej na korzyść podmiotu zamawiającego.

Jak słusznie zostało wskazane w toku rozprawy przez Zamawiającego i Przystępującego ocenie i badaniu nie podlegały maksymalne możliwości urządzenia, lecz możliwości realizowane w określonych warunkach fizycznych i w określonym obszarze z uwzględnieniem potrzeb i dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego. Wszakże przedmioty ukryte pod stalowymi płytami, które urządzenie miało za zadanie zobrazować w ramach testu, są typowymi obiektami „przemycanymi” do zakładów penitencjarnych. Oznacza to, iż celem przeprowadzonych testów było odtworzenie środowiska zbliżonego do występującego w rzeczywistości, co nie pozwala na przyjęcie, iż tylko standardowe badania prowadzone w warunkach laboratoryjnych pozwalają na precyzyjną ocenę właściwości technicznych tego typu urządzeń. W tym zakresie przedstawione przez Odwołującego dowody, w szczególności „opinie ekspercką” Izba uznała za stanowisko własne Odwołującego nakierowane na podważenie postanowień SIWZ – nie zaś sposobu prowadzenia testów w odniesieniu do poszczególnych urządzeń. W tym miejscu w ramach podsumowania wskazać należy, iż nawet gdyby Zamawiający przeprowadził testy badając przenikalność materiału o wysokiej gęstości i wysoko utrudnionej przenikalności dla promieniowania Rtg to miał do tego pełne prawo – o ile, jak w przypadku niniejszego postępowania, zastosował taką procedurę wobec wszystkich wykonawców. Ta ostatnia okoliczność nie została jednak poważona w toku postępowania bowiem Odwołujący nie wykazał, iż doszło na skutek odmiennych metodologii prowadzenia testów do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tym samym nie doszło do naruszenia wskazanych w treści odwołania o sygn. akt KIO 1050/16 przepisów, w szczególności art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

## **KIO 1053/16**

W ramach odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 1053/16 istotą sporu decydującą o ewentualnej możliwości uwzględnienia zarzutów jest kwestia związana ze

znaczeniem czynności polegającej na prezentacji przez poszczególnych wykonawców oferowanych urządzeń w odpowiedzi na wymagania ujęte w treści SIWZ. W ramach tego sporu elementarne znaczenie posiada okoliczność, czy prezentacja urządzeń w ramach testów nosiła cechy „próbki” która na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może podlegać uzupełnieniu lub czy ewentualnie stwierdzona przez Zamawiającego w ramach testów niezgodność treści oferty Odwołującego może podlegać konwalidacji w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp. Poza sporem pozostała sama niezgodność prezentowanego przez Odwołującego urządzenia z wymaganiami wyspecyfikowanymi w treści SIWZ.

Jak wskazał Odwołujący konieczność dostarczenia Zamawiającemu oferowanego urządzenia powodowała, iż mamy do czynienia z próbką, której uzupełnienie jest dopuszczalne w doktrynie i dość jednolitym w tym zakresie orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych. Z drugiej strony, zarówno Zamawiający, jak również obaj Przystępujący stoją na stanowisku, iż sposób oceny oferowanych urządzeń, rola nadana testom w treści SIWZ, jak również inne postanowienia ujęte w SIWZ powodują, iż w ramach niniejszego postępowania nie mamy do czynienia z próbką, lecz z okazaniem przedmiotu przyszłej dostawy, którego z tego faktu nie można uzupełnić na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak również nie istnieje możliwość wykorzystania do tego celu instytucji uregulowanej w treści art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, gdyż takie działanie doprowadziłoby do zmiany i tym samym negocjowania treści złożonej przez Odwołującego oferty.

W ocenie Izby nie sposób zakreślić wyraźnej i uniwersalnej granicy pomiędzy próbką a prezentacją (okazaniem przyszłego przedmiotu świadczenia), gdyż każdorazowo istotne są w tym zakresie postanowienia SIWZ i rola jak została nadana obowiązkowi przedstawienia przedmiotu przyszłej dostawy przez podmiot zamawiający. W niniejszej sprawie Zamawiający obowiązkowi temu nadał określone znaczenie w treści SIWZ. Jak bowiem stanowi SIWZ w Rozdziale XIII w akapicie zatytułowanym „Testowanie urządzenia” „Wykonawcy udostępnią jedno oferowane urządzenie wraz z instrukcją obsługi w języku polskim, w celu potwierdzenia parametrów technicznych zgodnie ze złożonym formularzem ofertowym, najpóźniej 4 dni po upływie termin składania ofert. Urządzenie przedstawione do testowania musi być identyczne z urządzeniami będącymi przedmiotem późniejszej dostawy – nie spełnienie tego wymogu spowoduje odrzucenie oferty. (...)”.

W ocenie Izby z powyższego wynika, iż w ramach przedmiotowego postępowania nie mamy do czynienia z próbką – jednak nie z tego względu, jak wskazano w przywołanej na rozprawie przez Przystępującego Transactor Security Spółka z o.o. opinii UZP, że istotą próbki jest to, że winna ona stanowić załącznik do protokołu i być przechowywana przez pewien okres – lecz ze względu na to jaka rola została nadana czynności prezentacji przez

Zamawiającego w treści SIWZ. Analizując treść SIWZ, w szczególności w Rozdziale XIII SIWZ zatytułowanym „Kryterium wyboru oferty”, w ramach którego na stronie 57 w akapicie zatytułowanym „Testowanie urządzenia” Zamawiający jednoznacznie wskazał na cel wykonania testów. Z powyższych postanowień SIWZ wynika bowiem, iż konieczność prezentacji urządzenia jest de facto materialnym (rzecзовym) dookreśleniem i dopełnieniem treści oferty. Otóż w niniejszym stanie faktycznym treść oferty została niejako utożsamiona z koniecznością zaprezentowania gotowego i funkcjonujące urządzenie. Na rolę tego wymogu oraz powód jego ujęcia w treści SIWZ wskazał Zamawiający w toku rozprawy wyjaśniając, iż jest on podyktowany dotychczasowymi doświadczeniami w nabywaniu tego typu urządzeń.

W ocenie Izby istotą próbki, analogicznie jak dokumentów przedmiotowych składanych wraz z ofertą na potwierdzenie spełnienia przez oferowane urządzenia wymagań podmiotu zamawiającego, jest wycinkowe potwierdzenie pewnych cech przedmiotu przyszłej dostawy. Za próbkę nie sposób bowiem uznać kompleksowego i gotowego do użycia urządzenia i to, jak wynika z postanowień Rozdziału XIII SIWZ, tożsamego z przedmiotem dostarczającym w ramach realizacji przyszłej umowy. Przez próbkę należy raczej rozumieć mały i ograniczony fragment (czy tylko określonego materiału, czy też całego przedmiotu dostawy) lub jego reprezentatywną część. W realiach niniejszej sprawy Zamawiający na etapie postępowania żądał bowiem dostarczenia gotowego, sprawnego, kompletnego i istniejącego urządzenia stanowiącego materializację oświadczeń złożonych w treści oferty, który ponadto musi być tożsamy z przedmiotem przyszłej dostawy.

Tym samym w ramach wykładni przywołanych wyżej postanowień SIWZ wskazać należy, że celem przedstawienia gotowego do pracy urządzenia już na etapie ofertowania było dookreślenie i zmaterializowanie treści samej oferty. Mając na uwadze powyższe dopuszczenie konwalidacji złożonej przez Odwołującego oferty stanowiłoby tym samym zmianę jej treści Nie ulega bowiem wątpliwości, co potwierdzają również dowody złożone przez samego Odwołującego w postaci oświadczeń producenta oferowanego skanera RTG, w przypadku powtórzenia czynności Zamawiającego w postaci przeprowadzenia testów urządzenia, mógłby zaoferować tylko inny egzemplarz tego samego urządzenia z wymienionym oprogramowaniem lub wgrać nowe oprogramowanie na miejsce zaoferowanego (stanowiącego również przedmiot zamówienia).

Należy zauważyć, że zmiana oprogramowania spowoduje, że Wykonawca zmieni oferowane urządzenie, jego parametry, a tym samym zaoferuje inny produkt, co uznać należy za niedopuszczalne. Zgodnie z przepisami ustawy, zmiana oferowanego przedmiotu dostawy po otwarciu ofert jest niedopuszczalna. Co istotne, zmiana parametrów urządzenia powodowałaby zmianę oferowanego urządzenia, a tym samym prowadziła do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Tym samym Izba podzieliła w całej rozciągłości argumenty zawarte w przywołanym przez Zamawiającego w toku rozprawy wyroku KIO o

sygn. akt 559/14, w ramach którego zostało wskazane, iż: „W ocenie Izby nie można mówić, wbrew twierdzeniu Odwołującego, że zaoferowane urządzenie stanowi próbkę. Fakt, że Zamawiający sprawdzał w trakcie testów parametry oferowanego urządzenia nie oznacza automatycznie, że urządzenie to było próbką. Testy zostały przeprowadzone na okoliczność sprawdzenia, czy oferowane modele urządzeń spełniają wymagania techniczne określone przez Zamawiającego. Celem testów było więc potwierdzenie spełniania deklarowanych przez wykonawców parametrów oferowanych urządzeń.”.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż nie potwierdziły się zawarte w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3, art. 87 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przekazane do testów urządzenie nie było bowiem próbką lecz zmaterializowanym elementem treści oferty obrazującym jakiego rodzaju świadczenie zostało zaoferowane przez Odwołującego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w rozpoznawanych odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**



