

Sygn. akt KIO/UZP 787/09

WYROK
z dnia 7 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Barbara Bettman

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: S & T Services Polska Sp. z o.o., MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. j., ul. Młynarska 48, 01 – 171 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02 – 642 Warszawa** protestu z dnia **28 maja 2009 r.**

przy udziale **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20 – 135 Lublin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Główną Policji** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: S & T Services Polska Sp. z o.o., MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. j., ul. Młynarska 48, 01 – 171 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 931 zł 84 gr** (słownie: osiem tysięcy dziewięćset trzydzieści jeden złotych zero groszy) przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02 – 642 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: S & T Services Polska Sp. z o.o., MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. j., ul. Młynarska 48, 01 – 171 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów tłumaczenie przysięgłego,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: S & T Services Polska Sp. z o.o., MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. j., ul. Młynarska 48, 01 – 171 Warszawa.**

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

Zamawiający - Komenda Główna Policji - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "Dostawę i instalację 65 kompletnych stanowisk pełnofunkcyjnych do rejestracji elektronicznej danych identyfikacyjnych osoby".

W dniu 18.05.2009 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: S&T Services Polska Sp. z o. o. (Lider Konsorcjum,) z siedzibą w Warszawie i Malkom D. Malińska i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum S&T Services).

W dniu 28.05.2009r. GILDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie wniosła protest zarzucając, że oferta złożona przez Konsorcjum S&T Service podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm., dalej: Pzp), ponieważ jej treść nie odpowiada treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zmianę treści oferty złożonej przez Konsorcjum S&T Services. Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum S&T Services, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum S&T Services, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez protestującego.

W wyniku powiadomienia o wniesieniu protestu oraz wezwania dokonanego przez zamawiającego pismem z dnia 29.05.2009r. (przekazanego tego dnia) na podstawie art. 181 ust. 3 Pzp, Konsorcjum S&T Services pismem z dnia 1.06.2009r. przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przekazując kopię zgłoszenia protestującemu. Konsorcjum S&T Services wskazało na brak interesu prawnego po stronie GILDIA Sp. z o. o. i wniosło o oddalenie protestu.

Zamawiający pismem z dnia 5.06.2009 r. rozstrzygnął protest przekazując tego samego dnia rozstrzygnięcie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zamawiający postanowił protest uwzględnić częściowo w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty Konsorcjum S&T Services z treścią siwz t.j. zarzutu zawartego w pkt 2.1 protestu - nieprawidłowego formatu pola 2.011 i zawartego w pkt 2.2. protestu zarzutu braku wymaganego pola 10.040 NCIC Designation Code (SMT) oraz protest oddalić w zakresie pozostałych zarzutów.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający w sposób merytoryczny odniósł się wyłącznie do zarzutów protestu, które uznał za bezzasadne. Nie podał natomiast przyczyn, dla których uznał zarzuty 2.1 i 2.2. protestu, ani też jakich czynności dokonał po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego Konsorcjum S&T Services wniosło w dniu 15.06.2009r. (*presentata* UZP) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 179 ust 1 Pzp przez nieoddalenie protestu jako wniesionego przez wykonawcę niemającego interesu prawnego we wniesieniu protestu;
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że oferta odwołującego się jest sprzeczna z siwz

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu oddalenia protestu z powodu braku interesu prawnego w jego wniesieniu przez GILDIA Sp. z o.o. oraz

w zakresie zarzutów 2.1 i 2.2 podniesionych w proteście oraz o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu GILDIA Sp. z o. o. z powodu braku interesu prawnego we wniesieniu protestu i w udziale w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący się podniósł, że w przypadku, gdy wykonawca wnosi protest na czynność zamawiającego, mimo uwzględnienie protestu nie doprowadzi do uzyskania zamówienia przez protestującego, to po jego stronie nie istnieje interes prawny we wniesieniu protestu. Oceniał, że skoro GILDIA Sp. z o. o. nie ma możliwości uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż cena jej oferty znacznie przekracza kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, to wybór oferty GILDIA Sp. z o. o. doprowadziłby do konieczności unieważnienia prowadzonego postępowania, a nie do udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy, zatem GILDIA Sp. z o. o. nie posiada interesu prawnego we wniesieniu protestu.

Odwołujący się wskazał, że zaoferował oprogramowanie zgodne ze standardem ANSI/NIST ITL1-2000 ver. 4.22b z dnia 25.10.2005 r. (dalej: Standard) uściślając, iż zarzut niezgodności plików z wymienionym Standardem może ewentualnie dotyczyć oprogramowania, nie zaś sprzętu (vide np. pkt 1.8 siwz). Wywiódł, że oferowane oprogramowanie jest w pełni zgodne z wymogami zamawiającego określonymi w pkt 2.1.4 zał. nr 1 do siwz (OPZ), w tym wszystkie wygenerowane i przesłane w trakcie testów przez Odwołującego się pliki są zgodne odnośnie struktury z Standardem. Powołując się na treść Standardu (str. 20, pkt 2.1.11) wywiódł, że Pole 2.011 - podobnie jak wcześniejsze pole 2.010 zawiera przynajmniej jedno podpole zawierające dwie informacje. Informacjami tymi mogą więc być: CC-kod państwa, type_number - dowolny numer definiujący numer porządkowy, natomiast ref_number "jako numer stosujący się do stosownych wytycznych krajowej agencji" nie jest przez standard traktowany jako obowiązkowy i może być fakultatywnie stosowany w poszczególnych krajach przyjmujących ten standard, więc obie formy zapisu są dopuszczalne, tj. dopuszczalny jest zapis pliku: CC/type_number, jak również CC/type_number/ref_number. W konsekwencji formaty danych plików zakwestionowanych w proteście: 02-ŁONIEWSKA.nst i 03-ŚREDNICKI.nst są prawidłowe, jako zgodne z dopuszczalnym zapisem pliku: CC/type_number.

Odnosząc się do zarzutu pkt 2.2 protestu, braku wypełnienia pola 10.040. odwołujący się wskazał powołując się na udzielone przez zamawiającego w dniu 18.02.2009r. odpowiedzi (odp. 25 c), że w trakcie testów ocenie podlegać będzie zgodność struktury plików (danych), które ujęte są wprost w specyfikacji Standardu, a nie takie dane, które stanowią odwołania do typów (danych) ujętych wprost w specyfikacji Standardu. Pola te stanowią jedynie odniesienie do pól 10.003, które jako wprost ujęte w specyfikacji Standardu podlegały ocenie w zakresie zgodności. W konsekwencji brak wypełnienia pól 10.040 w trakcie testów nie może dyskwalifikować oferty, zwłaszcza, że wypełnienie pola 10.040 wskazujące na

umieszczenie znaków szczególnych jest zawsze możliwe i stanowi czynność jedynie techniczną następującą po wypełnieniu pola 10.003.

W wyniku powiadomienia dokonanego przez zamawiającego w dniu 17.06.2009r. (data otrzymania) GILDIA Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Odwołując się do przepisów art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wywiódł, że możliwe jest zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powołując się na sformułowania Standardu wskazał, że wymaganiami Standardu objęty jest zarówno obowiązek podania numeru referencyjnego, jak i wypełnienie pól 10.040.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, uwzględniając w szczególności siwz, wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego w dniu 18.02.2009r., protokół ZP-1, tłumaczenia fragmentów Standardu przedstawione przez odwołującego się oraz zamawiającego, wydruków z testu oprogramowania odwołującego się dotyczącego pól 2.010 oraz 10.003 i 10.004 oraz po analizie oświadczeń pełnomocników stron i przystępującego po stronie zamawiającego GILDIA Sp. z o.o., Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dn. 07.01.2009 i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2009/5 4 -004758.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu.

Przekazanie kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wykonawcy, który wniósł protest, po upływie terminu dłuższego niż trzy dni, nie skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp. Przywołany przepis nakazuje odrzucenie odwołania, które nie było poprzedzone protestem. W przypadku odwołania wniesionego przez wykonawcę, który zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, istotne jest ustalenie, czy dokonane zgłoszenie było skuteczne tzn. czy nastąpiło zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 181 ust. 5 Pzp wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zgłoszenie przystąpienia wnosi się do zamawiającego, przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest. W okolicznościach faktycznych sprawy

(wniesienia protestu na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) ustawodawca zastrzega dla przystąpienia zawity termin 3 dni (art. 181 ust. 4 pkt 1 Pzp).

Izba stwierdza, że 3-dniowy termin zastrzeżony został wyłącznie dla wniesienia przystąpienia do zamawiającego, przed którym toczy się postępowanie wynikłe z wniesienia protestu. Zachowanie 3-dniowego terminu ma znaczenie wyłącznie dla zamawiającego, m.in. umożliwi mu identyfikację wszystkich wykonawców, którym zobowiązany jest doręczyć rozstrzygnięcie protestu.

Analiza norm wynikających z przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzi do przyjęcia, że obowiązek przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia stanowi wprawdzie przesłankę wymaganą dla uznania skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jednak dla jej zachowania nie jest wymagane, aby czynność ta nastąpiła w 3-dniowym terminie. Wskazać tu należy na cel obowiązku przekazania kopii zgłoszenia. Celem tym jest umożliwienie wykonawcy wnoszącemu protest zapoznania się z argumentacją zawartą w przystąpieniu, tak aby przygotowując się do rozprawy miał, znał krąg podmiotowy i stanowiska uczestników w sporze.

Zgłoszenie przystąpienia do późniejszego postępowania odwoławczego, może nastąpić do otwarcia posiedzenia Izby z przekazaniem kopii zgłoszenia odwołującemu się, zatem może nastąpić zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych w taki sposób, że wykonawca – odwołujący się nie może się zapoznać z jego treścią przed otwarciem posiedzenia. Z powyższego względu, mając na uwadze zachowanie zasady równości stron w kontradyktoryjnym postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, ustawodawca statuuje wymóg przekazania zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Skoro cel ustawodawcy został spełniony, to brak jest podstaw do uznania braku skuteczności zgłoszenia przystąpienia. W przeciwnym razie ustawodawca wskazałby, w razie uchybienia terminowi na przekazanie kopii zgłoszenia, związany z tym faktem skutek prawny, jak uczynił to *expressis verbis* w przypadku wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 in fine Pzp obowiązku jednoczesnego przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu. Odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego w tej kwestii nie jest możliwe. Art. 14 Pzp dopuszcza stosowanie przepisów kodeksu cywilnego wyłącznie w sytuacji, gdy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Skoro kwestia zgłoszenia przystąpienia została w ustawie Prawo zamówień publicznych uregulowana, to przepisy kodeksu cywilnego nie znajdą zastosowania.

Izba nie znalazła również podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp z powodu załączenia do odwołania wyłącznie kopii pełnomocnictwa (oryginał znajduje się w ofercie), z którego wynika umocowanie do wniesienia odwołania, wraz z kopią odpisu z

KRS lidera Konsorcjum, który wniósł odwołanie, w sytuacji, gdy o zamówienie ubiega się dwóch wykonawców wspólnie.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem uregulowanym odrębnie w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.). Posiłkowo na mocy art. 184 ust. 6 Pzp znajdują do niego zastosowanie wyłącznie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym, brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że w postępowaniu przed Izbą zastosowanie znajdują przepisy części ogólnej kpc. Z powyższego wynika m.in. kwalifikacja pełnomocnictwa do wniesienia odwołania, jako pełnomocnictwa o charakterze materialnoprawnym ocenianego wg. przepisów kodeksu cywilnego, nie zaś pełnomocnictwa o charakterze procesowym.

W postępowaniu przed Izbą nie stosuje się art. 89 ust. 1 zd. 1 kpc nakazujący pełnomocnikowi dołączenia pełnomocnictwa do akt sprawy przy pierwszej czynności procesowej. Z mocy 15 § rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Izba, niezbędnych czynności formalnych i sprawdzających związanych m.in. z badaniem wniesionego odwołania dokonuje na posiedzeniu. W czasie posiedzenia Izba dysponuje oryginałem dokumentacji postępowania wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertami (§ 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Badanie zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, w tym uprawnienie do wniesienia odwołania, następuje z uwzględnieniem oryginalnej dokumentacji. Skoro dokumenty złożone wraz z ofertą potwierdzają uprawnienie do wniesienia odwołania, to brak jest podstaw do odrzucenia odwołania wyłącznie z tego powodu, że dokumenty z których uprawnienie to wynika, nie zostały dołączone do odwołania w formie oryginału albo kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez notariusza. Dla ustalenia uprawnienia do wniesienia odwołania istotne jest jego istnienie w sensie materialnym. Wynikający z § 1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań obowiązek dołączenia pełnomocnictwa należy interpretować jako konieczność dołączenia do odwołania pełnomocnictwa, gdy odwołanie wnosi podmiot nie posiadający wcześniejszego upoważnienia do dokonania tej czynności. Jeśli odwołanie wnosi osoba, której upoważnienie do dokonania tej czynności wynika z dokumentów złożonych wraz z ofertą, które nie zostały zakwestionowane, to nałożenie na wykonawcę obowiązku ponownego ich złożenia stanowiłoby nadmierny formalizm, ku czemu przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają podstaw.

Do przeciwnych wniosków nie prowadzi wskazanie, że odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 184 ust. 2 *in initio* Pzp). Jediną czynnością dokonywaną

przez Prezesa wobec wniesionego odwołania jest sprawdzenie, czy uiszczono od niego wpis. Pozostałych czynności związanych z badaniem formalnym odwołania dokonuje Izba na posiedzeniu z uwzględnieniem oryginalnej dokumentacji postępowania.

GILDIA Sp. z o. o. wnosząc protest posiadała interes prawny w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, upoważniający wykonawcę również do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym. Wbrew twierdzeniom odwołującego się zaoferowanie przez wykonawcę ceny wyższej, niż wskazana przez zamawiającego przed otwarciem ofert nie prowadzi do utraty interesu prawnego przez takiego wykonawcę. Należy odróżnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, od uzyskania zamówienia - zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, kwotę którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 Pzp), od kwoty jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp). Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nakazują zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej – art. 91 Pzp. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jest czynnością zamawiającego następczą wobec wyboru oferty najkorzystniejszej dokonywaną przez zamawiającego w razie ustalenia, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia nie może zostać zwiększona. Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że poczynił starania w celu uzyskania dodatkowych środków, brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że GILDIA Sp. z o. o. nie może uzyskać zamówienia w badanym postępowaniu.

GILDIA Sp. z o.o. wnosząc protest, zgłaszając przystąpienia do postępowania odwoławczego i występując w charakterze przystępującego przed Izba dąży do uzyskania zamówienia i posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Wskazać też należy, że interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp przejawiać może się również we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości procedury o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby zawarta w jej wyniku umowa w sprawie zamówienia publicznego nie była dotknięta sankcją nieważności. Skoro zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 Pzp) a postanowienia zawartej umowy mogą być zmienione jedynie w ograniczonym zakresie (art. 144 ust. 1 Pzp), to zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, której treść nie odpowiada treści siwz, prowadziłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nieważnej z mocy prawa (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp). Okoliczność ta wskazuje na posiadanie przez GILDIA Sp. z o. o. Interesu prawnego, który w orzecznictwie Izby odwołującym się do prowdólnotowej wykładni art. 179 ust. 1 Pzp określany jest interesem prawnym w znaczeniu szerokim (*sensu largo*).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Bezsporne jest między stronami, że oprogramowanie zaoferowane przez odwołującego się, w przypadku plików 02-ŁONIEWSKA.nst oraz 03-ŚREDNICKI.nst nie zapewnia wypełnienia pola 2.011 wg formatu CC/rodzaj_numeru/numer_referencyjny oraz, że mimo wypełnienia pola 10.003 wskazującego na występowanie blizny, znaku szczególnego lub tatuażu nie zostało w odniesieniu do tych plików wypełnione pole 10.040 podające umiejscowienie blizny, znaku szczególnego lub tatuażu.

Przedmiotem sporu jest, czy wymaganie wskazanego formatu pola 2.011 oraz pola 10.040 wynika ze standardu ANSI/NIST ITL1-2000 ver. 4.22b z dnia 25.10.2005 r. oraz, czy ewentualna niezgodność ze Standardem powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konieczność zachowania wymagań wynikających ze Standardu w powołanej wersji wynika z odpowiedzi zamawiającego na pytanie 25 a) w piśmie z dnia 18.02.2009 r., znak pisma FA - 157/09.

Ponadto Izba stwierdza, że odpowiedź zamawiającego na pytanie 25 c) w przywołanym już piśmie z dnia 18.02.2009 r., w brzmieniu "w nawiązaniu do pkt 2.1.4.2 załącznika nr 1 do siwz: ocenie w trakcie testów będzie podlegać zgodność przesłanych i wygenerowanych plików ze standardem ANSI/NIST ITL-1-2000". Czy Zamawiający będzie ocenił zgodność użycia konkretnych pól rekordów pliku ANSI/NIST z ich przeznaczeniem przewidzianym w standardzie?", zgodnie z którą "Zamawiający będzie ocenił zgodność zawartości i struktury plików ANSI/NIST ze standardem ANSI/NIST ITL 1-2000 ver. 4.22b z dnia 25.10.2005 roku. Dane występujące na kartach daktyloskopijnych i albumowych, ujęte wprost w specyfikacji ww. standardu, muszą być zgodne ze specyfikacją w każdym zakresie (np. format, separatory, długość, rozdzielczość, wymiary itp.)...". Wbrew wywodom odwołującego się prezentowanym na rozprawie, nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, w sposób jednoznaczny wskazuje na konieczność zachowania wymagań Standardu w stosunku do danego pola.

Z przedstawionego przez zamawiającego fragmentu tłumaczenia Standardu w odniesieniu do pola 2.011 (pkt 2.1.11 Standardu), co do którego odwołujący się nie wniósł zastrzeżeń, wymaganie prezentacji go w formacie CC/rodzaj_numeru/numer_referencyjny nie budzi wątpliwości.

Podobieństwo do pola 2.010, na które powoływał odwołujący się, nie może przynieść skutku w postaci uznania, że pole 2.011 pozbawione numeru referencyjnego spełnia wymagania Standardu.

Odwołujący się wywodów swoich nie poparł dowodem a wyjaśnienia zamawiającego odnośnie wymagań wynikających ze Standardu Izba uznała za logiczne i spójne.

Za znajdujące oparcie w treści Standardu Izba uznała również stwierdzenie, że w przypadku wypełnienia pola 10.003 zawierającego rekordy, które zawierają jedną z wymaganych przez Standard wartości SCAR, MARK, TATOO (blizna, znak, tatuaż) konieczne jest obowiązkowe wypełnienie pola 10.040 wskazującego ich umiejscowienie.

Uznać zatem należy, że oprogramowanie zaoferowane przez odwołującego się w odniesieniu do dwóch plików 02-ŁONIEWSKA.nst oraz 03-ŚREDNICKI.nst w czasie dokonywania testów, nie umożliwiło osiągnięcie dwóch wymaganych standardem funkcjonalności. Podkreślić należy, że zamawiający w odpowiedzi 25 d z dnia 18.02.2009 r. stwierdził, że ocenie będą podlegały wszystkie wykonane podczas testów zapisy w wygenerowanym pliku ANSI/NIST.

Ustalenie powyższych okoliczności nie może jednak w okolicznościach faktycznych sporu przynieść skutku w postaci oddalenia odwołania.

Izba z mocy art. 191 ust. 3 Pzp zobowiązana jest do orzekania wyłącznie w odniesieniu do zarzutów zawartych w proteście GILDIA Sp. z o.o. w proteście podniosła zarzut zaniechania odrzucenia oferty odwołującego się jako niezgodnej z treścią siwz - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wskazać należy na zał. 1 do siwz - Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) - Wymagania dodatkowe, pkt 2.1.1, gdzie zamawiający wskazał, iż: "Komisja Przetargowa Zamawiającego po dokonaniu oceny ofert zaprosiła wykonawców, k którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu do przedstawienia oferowanego sprzętu do testów potwierdzających przystosowanie sprzętu i/lub rozwiązań programowych do współpracy z istniejącą infrastrukturą informatyczną oraz spełnianie wymagań jakościowych gromadzonych i przesyłanych danych."

W pkt 2.1.3 OPZ zamawiający wskazał, że do testów wykonawca powinien dostarczyć takie elementy oferowanego sprzętu, które zapewnią mu wykonanie wymaganych testami funkcjonalności, a w szczególności (...) utworzenie pakietu danych w standardzie ANSI/NIST (zawierającego dane demograficzne, daktyloskopijne oraz zdjęcia sygnalityczne, zgodne z opisem 1.11.5) i przesłanie go na stanowisko odbiorcze w ramach stanowiska testowego), gdzie dane te zostaną odebrane i wydrukowane.

Załącznik A przewiduje wyłącznie wskazanie ewentualnych zdjęć dodatkowych - danych dotyczących bezpośrednio pola 10.003, sposób ich prezentacji przez odwołującego się nie został zakwestionowany.

Zatem skoro zamawiający zaprosił odwołującego się do testów to uznał, że złożona przez niego oferta spełnia wymagania siwz i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Rozprawa nie dostarczyła Izbie podstaw do tezy przeciwnej, gdyż ani zamawiający ani przystępujący GILDIA sp. z o.o. nie wskazali postanowień siwz, z którymi oferta

odwołującego się jest niezgodna. Rozstrzygnięcie protestu przez uwzględnienie przez zamawiającego zarzutu niezgodności treści oferty odwołującego się z treścią siwz z podanych wyżej przyczyn, w okolicznościach faktycznych sporu, w szczególności wobec postanowień siwz nie jest prawidłowe i narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wskazać należy, że zgodnie z rozdziałem XVI siwz kryteria oceny ofert stanowią:

1. cena - 50%;
2. okres gwarancji - 10%;
3. ocena techniczna - 40 %.

W pkt 3 rozdziału XVI zamawiający wskazał, że punkty w kryterium oceny technicznej stanowią punkty za wynik testów: testu daktyloskopijnego i za wyniki testu fotograficznego, których sposób przyznawania zamawiający szczegółowo opisał.

W ocenie Izby zatem potwierdzone braki zgodności plików 02-ŁONIEWSKA.nst oraz 03-ŚREDNICKI.nst z wymaganiami Standardu skutkować winny ewentualną zmianą oceny punktowej oferty odwołującego się.

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że w rozstrzygnięciu protestu oraz na rozprawie zamawiający nie oświadczył jakich czynności zamierza dokonać po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, Izba uznała, że błędne rozstrzygnięcie protestu mogłoby mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby uwzględnienie przez zamawiającego części zarzutów protestu stanowi zapowiedź odrzucenia oferty odwołującego się, do czego w okolicznościach faktycznych sporu, zamawiający nie ma podstaw. Zamawiający nie wykazał niezgodności oferty odwołującego się z siwz (art. 188 ust. 1 Pzp), zatem na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1a Pzp Izba uwzględniła odwołanie.

Wobec ustalenia, że niezgodności 02-ŁONIEWSKA.nst oraz 03-ŚREDNICKI.nst ze Standardem mogą mieć wpływ na ocenę punktową oferty, Izba na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do wysokości 3600 zł oraz koszty wykonania tłumaczenia przysięgłego w kwocie 757,84 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*