

**Sygn. akt KIO 631/12**

**WYROK**  
**z dnia 12 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę HADATAP Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Białostocką w Białymstoku

przy udziale wykonawcy ARFIDO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Baranowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża HADATAP Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez HADATAP Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w Białymstoku.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Politechnika Białostocka - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup wyposażenia, obejmującego system zabezpieczenia i kontroli zbiorów, działającego w technologii RFID (Radio Frequency Identification), do pomieszczeń budynku Politechniki Białostockiej, w skład którego wchodzi Biblioteka wraz z wyposażeniem do przechowywania księgozbioru, zespoły pomieszczeń Centrum Kształcenia Zdalnego oraz Studium Języków Obcych, realizowanego w ramach projektu Centrum Nowoczesnego Kształcenia Politechniki Białostockiej.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 stycznia 2012 r., pod numerem 2012/S 16-025364. Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

20 marca 2012 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Arfido Sp. z o.o. w Baranowie. Jednocześnie poinformował, że wykluczył z postępowania HADATAP Sp. z o.o. W Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Jako powody decyzji podał, że wykonawca nie wykazał wymaganego doświadczenia – nie podał wymaganych wartości dostaw tylko wartości przybliżone oraz załączone referencje z Biblioteki w Halle wskazują inny rok realizacji, niż podany w wykazie, który nie mieści się w wymaganym przepisami okresie trzyletnim. Nadto referencje z Edgehill University wykonawca złożył wyłącznie w tłumaczeniu bez wersji oryginalnej, zaś dokumenty podmiotu udostępniającego swoje zasoby zostały poświadczane za zgodności przez wykonawcę bez załączenia pełnomocnictwa do dokonania tej czynności.

Zamawiający oświadczył, że wymienionych braków nie uzupełnił w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ:

- załączone do oferty próbki nie spełniają wymogów pamięci EEPROM, co potwierdziła zlecona ekspertyza;
- wykonawca nie podał wymaganych informacji odnośnie opisu oferowanego sprzętu (nazwa, typ, producent, parametry);
- wykonawca wbrew wymaganiu zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnieniach z 21 lutego 2012 zaoferował anteny systemu zasilane napięciem 230V;
- wykonawca nie podał wymaganych funkcji licznika osób w opisie systemu bramek trzy- i dwu antenowych;
- zdjęcie kiosku do samodzielnej obsługi wypożyczeń i zwrotów przystosowanego do obsługi przez

osoby niepełnosprawne nie potwierdza opisu urządzenia odnośnie regulacji wysokości i wymogu wbudowania półki A4 z kompozytu+pleksi;

- wykonawca zamieścił opis działania wrzutni wewnętrznej, podczas gdy zamawiający wymagał zainstalowania wrzutni zewnętrznej;

- wykonawca nie uwzględnił modyfikacji specyfikacji wynikającej z odpowiedzi na pytanie 1, gdzie zamawiający wymagał zaoferowania systemu integrowanego z systemem Aleph i zaoferował system zintegrowany z systemem Aleph.

Wykonawca Hadatap Sp. z o.o. wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 marca 2012r. z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 Pzp przez dokonanie:

a) czynności zamawiającego polegającej na ocenie i wyborze ofert;

b) z ostrożności proceduralnej - czynności zamawiającego, tj. podjętej w postępowaniu czynności odrzucenia oferty odwołującego (gdyby uznać domniemane dokonanie przez zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

c) z ostrożności proceduralnej - czynności zamawiającego, tj. podjętej w postępowaniu czynności uznania przez Zamawiającego, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (co doprowadziło do zaniechania przez zamawiającego wykorzystania art. 26 ust. 3 Pzp);

d) czynności zamawiającego, tj. podjętej w postępowaniu czynności wykluczenia odwołującego;

e) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Arfido Sp. z o.o.,

f) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy tj. zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,

g) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy tj. zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do dokonania wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp;

h) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy tj. zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania Odwołującej do dokonania wyjaśnień treści oferty, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert;

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego;

3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

4. nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wezwania odwołującego do uzupełniania

oferty;

5. ewentualne - z ostrożności proceduralnej - nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wezwania odwołującej go do wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, złożonych w postępowaniu;

6. ewentualne - z ostrożności proceduralnej - nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w postępowaniu;

7. ewentualne - z ostrożności proceduralnej - nakazanie zamawiającemu wykonania czynności poprawienia oferty Odwołującej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 Pzp;

8. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Arfido Sp. z o.o.;

9. nakazanie dokonania powtórnie czynności oceny i wyboru ofert;

Wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że podstawą wykluczenia go z postępowania był art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający oświadczył, że nie wezwał do złożenia wyjaśnień i pełnomocnictw we właściwej formie, gdyż uznał, że mimo ich złożenia oferta odwołującego jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie wezwał nadto do uzupełnienia załączonych do oferty próbek uznając, że „zaoferowane w ofercie próbki” nie spełniają wymogów specyfikacji.

Odwołujący podniósł, że skoro zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty, zaniechanie zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp było niedopuszczalne. Wywiódł – powołując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - że zamawiający przed dokonaniem wykluczenia wykonawcy zobowiązany jest dokonać wezwania, o którym mowa w przywołanym przepisie, precyzyjnie wskazując brakujące dokumenty lub wątpliwości, które wzbudzały złożone dokumenty - również w sytuacji, gdy dotyczą one dokumentów podmiotu trzeciego udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie. Odwołujący wskazał, że „referencje” są jedynie przykładowym dokumentem potwierdzającym fakt należytego wykonania zamówienia, zatem zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia oferty np. wyjaśnienie daty zakończenia realizacji zamówienia, na które została przedstawiona referencja Miasta halle (Saale), lub wezwać do uzupełnienia referencji lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia na rzecz Edge Hill Uniwersytet.

Odwołujący wskazał, iż pomimo dostrzeżenia przez nią braków lub nieprawidłowości nie mógł on samodzielnie dokonać ich poprawienia lub wyjaśnienia, gdyż zgodnie z przyjętą powołaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej takie samodzielne działanie po stronie wykonawcy byłoby bezskuteczne. Oświadczył, że obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp dotyczy również złożonych próbek, które winny być traktowane jak dokumenty postępowania zgodnie z § 5 ust. 1pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 września 2009 r. w sprawie dokumentów, jak ich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817, dalej jako: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”).

Podniósł, że wszystkie błędy, jakie wskazał zamawiający w piśmie „stanowiącym wybór

najkorzystniejszej oferty” mogły być uzupełnione, przez co oferta odwołującego nie podlegałaby odrzuceniu. Nadto całe postępowanie nie podlegało i nie podlega unieważnieniu,

Odwołujący wywiódł, że oferta odwołującego wymagała dokonania czynności wezwania go do wyjaśnienia oferty w postępowaniu, tudzież dokonania poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt z 1, 2 i 3 Pzp, w zakresie systemu bramek, dwukierunkowego licznik osób odwiedzających, kiosku do samodzielnych wypożyczeń dla osób niepełnosprawnych, wrzutni zewnętrznej oraz integracji systemu RFID systemem ALeph.

Odwołujący zarzucił, iż również wykonawca Arfido Sp. z o.o. zaoferował system RFID „w pełni zintegrowany ze stosowanym w bibliotece zautomatyzowanym systemem Aleph”, wobec czego „zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty, jako najkorzystniejszej wykonawcy Arfido Sp. z o.o. powinien także odrzucić ofertę, a przynajmniej wezwać tego wykonawcę do wyjaśnień lub uzupełnienia oferty. Wybór, jako najkorzystniejszej oferty z pominięciem niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ stanowi naruszenie art. 91 oraz art. 7 ust., 1 i 3 Pzp”.

Odwołujący odnosząc się do próbki zaoferowanej przez wykonawcę Arfido Sp. z o.o. oraz dokonania oceny zgodności tej próbki z postanowieniami SIWZ wskazał, że zamawiający w tym zakresie zlecił dokonanie badań oraz opinii przez Politechnikę Rzeszowską. Oświadczył, że nie badań tych aprobuje i nie przyjmuje, jako uzasadnienia wykluczenia jej z udziału z postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż opinia została wykonana w sposób nierzetelny. Opinia jak sama nazwa wskazuje ma stanowić ocenę stanu faktycznego oraz prawnego. Tymczasem w opinii tej poczynione zostały założenia, których rezultatem jest uznanie przez podmiot opiniujący, iż próbki pochodzące od wykonawcy Arfido Sp. z o.o. spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Wstępnie należy zauważyć, że odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu wszystkich podstaw odrzucenia złożonej przez siebie oferty wskazanych przez zamawiającego w piśmie informującym o wynikach postępowania. Pominął wskazany jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji brak podania wymaganych informacji odnośnie opisu oferowanego sprzętu (nazwa, typ, producent, parametry).

Konsekwencją braku zakwestionowania jednej z podstaw faktycznych odrzucenia oferty, z uwagi na upływ zawitego terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, jest brak możliwości skutecznego wzruszenia czynności zamawiającego. Postępowanie odwoławcze ma charakter w całości kontradiktoryjny, a Izba może rozpoznawać wyłącznie zarzuty podniesione w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp).

Samo powołanie podstawy prawnej oraz stwierdzenie, że wszystkie zarzuty zamawiającego wobec oferty są niezasadne, nie konstytuuje zarzutu. Zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych, zatem zaniechanie wskazania jako osnowy faktycznej zarzutu wadliwego odrzucenia z powodu braku podania informacji odnośnie opisu oferowanego sprzętu (nazwa, typ, producent,

parametry) powoduje, iż Izba nie może się odnieść do tej podstawy odrzucenia oferty. Zatem niezależnie od rozstrzygnięcia Izby co do pozostałych zarzutów, wykluczenie odwołującego pozostaje prawnie skuteczne.

Art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kształtuje się pogląd, zgodnie z którym nieobjęcie zarzutami odwołania wszystkich podstaw odrzucenia oferty powoduje brak wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia (wyroki z 6 maja 2011 r., KIO 847/11, z dnia 28 lipca 2011 r., KIO 1529/11). Z kolei w wyroku z dnia 7 grudnia 2011r. (V Ca 1973/11 niepubl.) Sąd Okręgowy w Warszawie uznał interes w uzyskaniu danego zamówienia wykonawcy wykluczonego z postępowania, zważył jednak, że jeśli wykonawca ten nie może uzyskać zamówienia, to nie została wykazana przesłanka szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Art. 179 ust. 1 Pzp zawiera samoistne materialnoprawne przesłanki warunkujące skuteczność środka ochrony prawnej. Brak ich ziszczenia oznacza oddalenie odwołania bez konieczności merytorycznego odniesienia się do podniesionych zarzutów.

Nie można też pominąć bezwzględnej przesłanki uwzględnienia odwołania wskazanej w art. 192 ust. 2 Pzp. Skoro nawet potwierdzenie naruszenia przepisów ustawy w zakresie wskazanym przez odwołującego nie może doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, to naruszenia takie miały i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania.

Zaistnienie przesłanek wskazanych w art. 179 ust.1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp jest badane przez Izbę obligatoryjnie, z urzędu.

Odwołanie podlega zatem oddaleniu.

Izba uznała jednak za zasadne, aby pokrótce odnieść się do zarzutów odwołania.

Należy przyznać rację odwołującemu, że stwierdzone przez zamawiającego braki oświadczeń i dokumentów złożonych przez odwołującego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (fakt ich zaistnienia stanowi okoliczność bezsporną) podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący nie złożył bowiem dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych przez zamawiającego w specyfikacji – wykaz wykonanych dostaw obarczony był bledami, nie zostały złożone oryginały lub poświadczony kopie jednej z referencji oraz dokument pełnomocnictwa. Izba uznała również - w okolicznościach sprawy - iż próbki etykiet stanowią dokument o charakterze przedmiotowym, czyli potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego.

Pogląd przeciwny jest nie do pogodzenia z postanowieniami pkt 6 specyfikacji (str. 7), przywołującymi treść § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Rozporządzenie w sprawie dokumentów wymienia *expressis verbis* próbki w katalogu dokumentów

potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego, a więc podlegających uzupełnieniu w trybie wskazanym w art. 26 ust. 3 Pzp. Jednoznaczne postanowienia specyfikacji nie dają podstaw do tego, aby w drodze zabiegów interpretacyjnych dojść do stanowiska przeciwnego.

Orzeczenie Sądu Okręgowego w Krakowie z 6 listopada 2009 r. (XII Ga 317/09) nie znajduje zastosowania w sprawie. Orzeczenie zapadło w innym stanie faktycznym, przede wszystkim dotyczy innego przedmiot zamówienia – usług utrzymania czystości, a ustalenie prawnego charakteru wykazu środków czystości jako elementu treści oferty nastąpiło w orzeczeniu Izby poprzedzającym powołany wyrok sądu wobec innego brzmienia postanowień specyfikacji.

Istotne jest jednak, że aby zamawiający mógł wezwać do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów konieczne jest ustalenie, że oferta wykonawcy którego to wezwania miałoby dotyczyć nie podlega odrzuceniu, a postępowanie nie podlega unieważnieniu. Wymienione sytuacje stanowią bowiem przesłanki negatywne zawarte w art. 26 ust. 3 Pzp. Zaistnienie którejkolwiek z ich powoduje brak obowiązku zamawiającego dokonania wezwania.

Przedmiotem sporu jest ocena, czy oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Sam odwołujący podnosił wszak w odwołaniu, że postępowanie nie podlegało i nie podlega unieważnieniu.

Izba zważyła, że niedokonanie przez zamawiającego formalnego odrzucenia oferty odwołującego nie powoduje bezprawności odstąpienia od zastosowania trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp. Przywołany przepis nie stanowi o obowiązku dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty, lecz wymaga ustalenia, że oferta podlega odrzuceniu. Ustalenia takiego zamawiający dokonał.

Wskazać też trzeba, że ustawa odróżnia odrzucenie oferty - samodzielną czynności zamawiającego dokonywaną na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp, od uznania za odrzuconą oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. W drugim przypadku skutek odrzucenia oferty następuje *ex lege* bez dokonywania przez zamawiającego czynności odrzucenia, oferta taka nie jest odrzucana. Opisany stan prawny prowadzi do konstatacji, że przesądzające znaczenie dla oceny prawidłowości odstąpienia przez zamawiającego od zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp jest wskazanie w uzasadnieniu wykluczenia, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu oraz powołanie powodów odrzucenia w taki sposób, aby możliwe było ich kwestionowanie przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Samo dokonanie czynności odrzucenia ma wtórne znaczenie wobec zidentyfikowania faktycznych i prawnych podstaw uznania oferty za podlegającą odrzuceniu.

Zamawiający wskazał przyczyny dla których oferta odwołującego podlega odrzuceniu, odwołujący do pięciu z nich odniósł w odwołaniu.

Izba zbadała w granicach określonych w odwołaniu, czy oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zauważyć trzeba, że przywołany przepis nakazuje odrzucenie oferty, której treści nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ten z kolei przepis nakazuje zamawiającemu poprawienie omyłek w treści oferty, nie stanowiących

oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych polegających na niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany do dokonania poprawy, jeśli nie spowoduje ona istotnych zmian w treści oferty.

Poza sporem jest, że oczywiste omyłki pisarskie, których poprawienie nakazuje art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp nie stanowią niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

Izba uznała, że zaoferowanie przez odwołującego „zasilania anten systemu” prądem o napięciu 230 V nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka ma charakter oczywisty, jeśli rzuca się w oczy i jest możliwa do stwierdzenia w sposób łatwy, bez konieczności posiadania fachowej wiedzy i dokonywania analizy. Sytuacja ta nie ma miejsca w okolicznościach sprawy, zwłaszcza że odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom przystępującego, że na rynku oferowane systemy w całości zasilane prądem o napięciu 230 V.

Jest to spójne również z wyjaśnieniami treści specyfikacji z 21 lutego 2012 roku, w których w odpowiedzi 17 zamawiający dopuścił użycie napięcia 230 V do zasilania systemu bramek i wskazał, że niskie napięcie 24 V ma być użyte do zasilania elektroniki i anteny bramki., precyzując swoje wymagania wobec różnych rozwiązań możliwych do zastosowania i uwzględniając posiadane warunki techniczne.

Odwołujący nie wskazał również na rozprawie, mimo pytania Izby, aby zaistniały podstawy do poprawienia ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – nie wyjaśnił dlaczego powstałe uchybienie należy uznać za nieistotne.

Z braku argumentów i dowodów na twierdzenie przeciwne Izba podzieliła pogląd zamawiającego i uznała, że niezgodność oferty odwołującego miała charakter istotny. Izba uwzględniła, że wymaganie zamawiającego podyktowane było – bezpieczeństwem użytkowników systemu oraz warunki technicznymi zamawiającego.

Wskazać trzeba, że powołana przez odwołującego możliwość wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp nie może zastąpić czynności poprawy oferty, które ze swej natury prowadzi do zmiany treści oferty, a służy jedynie wykładni zawartych w niej oświadczeń.

Analogicznie Izba ocenia pominięcie przez odwołującego wskazania w treści oferty funkcjonalności dwukierunkowego licznika osób odwiedzających w postaci: liczenia osób wchodzących i wychodzących, wykonywania statystyk odwiedzin w różnych konfiguracjach (dziennie, tygodniowo, miesięcznie, rocznie), możliwości wydruku danych, możliwości przesyłania danych drogą elektroniczną.

Izba stwierdzała, że odwołujący nie wskazał na rozprawie, aby oferowany system przywołane wymagania spełniał, mimo że twierdził tak w odwołaniu. Wątpliwe jest zresztą, aby dowód taki był możliwy do przeprowadzenia, skoro nazwa, typ i producent oferowanego sprzętu nie zostały wskazane przez odwołującego.

Pominięcie przez odwołującego parametrów wymaganych przez zamawiającego nie ma charakteru oczywistej omyłki. Izba nie podzieliła też poglądu odwołującego o jego nieistotności. Sam fakt, że odwołujący pominął kilka z wielu wymaganych parametrów nie stanowi o



nieistotności. O istotności stanowi ich znaczenie w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom odwołującego przystępujący na str. 31 i 32 oferty wskazał wymagane funkcjonalności.

Izba uznała natomiast stanowisko odwołującego, co do kiosku do wypożyczeń dla osób niepełnosprawnych. Analiza treści oferty w tym również zdjęcia zamieszczonego na str. 47 oferty odwołującego nie uzasadnia twierdzenia zamawiającego o braku. Wyjaśnienia odwołującego, iż na zdjęciu znajduje się półka Izba uznała za wiarygodne.

Izba nie podzieliła twierdzenia zamawiającego, że odwołujący zaoferował "wrzutnię wewnętrzną" w sytuacji, gdy zamawiający wymagał „wrzutni zewnętrznej”.

Stwierdzenia zawarte w piątym akapicie opisu systemu na str. 37 oferty wskazują, że można mówić w tym przypadku co najwyżej o braku jednoznaczności treści oferty odwołującego. Kwestia ta mogłaby być wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, zwłaszcza, że na str. 51 i 52 oferty zamieszczony został opis wrzutni zewnętrznej.

Izba nie podzieliła również poglądu zamawiającego, że podstawę do odrzucenia oferty odwołującego stanowić może użycie sformułowania, że odwołujący oferuje system w pełni zintegrowany z systemem Aleph.

Izba ocenia, że dokonana przez zamawiającego zmiana specyfikacji z dnia 21 lutego 2012 r. w której sformułowanie „system zintegrowany” zostało zastąpione sformułowaniem „system integrowalny” jest oczywista i logiczna. Skoro zamawiający użytkuje system Aleph, to system oferowany przez wykonawców w postępowaniu zostanie zintegrowany w toku wykonywania zamówienia - musi być z nim integrowalny. Oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu w sytuacji ustalenia, że oferowany system nie jest możliwy do integracji z systemem Aleph.

Samo użycie słowa „zintegrowany” nie może przesądzać o niezgodności oferty odwołującego z wymaganiami zamawiającego.

Izba ustaliła, że w treści oferty przystępujący posługiwał się pojęciem zintegrowany, ale również integrowalny, co niezależnie od oceny prezentowanej wyżej uzasadnia brak potwierdzenia zarzutu nierównego traktowania wykonawców.

Izba nie podzieliła poglądu przystępującego, że skoro realizacja na rzecz Wyższej szkoły Policji w Szczytnie nie została zakończona, to odwołujący nie może twierdzić, że oferuje system integrowalny bądź zintegrowany z systemem Aleph. Ustawa odróżnia spełnianie warunków udziału w postępowaniu od oceny zgodności oferty z treścią specyfikacji. Zatem brak dokumentu potwierdzającego fakt należytego wykonania tego zamówienia nie może w żadnym razie przynieść skutku w postaci uznania, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Izba zważyła, że fakt nie złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia na rzecz Wyższej szkoły Policji w Szczytnie nie miało znaczenia dla uczestnictwa odwołującego w postępowaniu, nie było objęte zarzutami odwołania. Badanie tej okoliczności jest niedopuszczalne z uwagi na treści art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba nie podzieliła też poglądu odwołującego, co do braku rzetelności oceny eksperckiej próbek

etykiet dokonanej Politechniki Rzeszowskiej z 13 marca 2012r. i konieczności odrzucenia oferty przystępującego.

Po pierwsze uznanie próbek za niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia może przynieść jedynie skutek w postaci wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie: Izba uznaje za prawidłową ocenę próbek złożonych przez przystępującego.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania opinii za dokument sporządzony nierzetelnie lub w sposób stronniczy. Przede wszystkim zamawiający zanonimizował próbki. Izba uznała, w okolicznościach sprawy, że wystawca opinii mógł i powinien dokonać interpretacji wymagań zamawiającego. Okolicznością znaną Izbie z urzędu jest to, że podmioty wystawiające opinię, nawet w sytuacji, gdy stanowi ona dowód w rozumieniu art. 190 ust. 3 Pzp z uwagi na stopień profesjonalizmu zamawiających dokonują ustalenia znaczenia postanowień specyfikacji. Nadto wystawcy opinii dokonywali interpretacji specyfikacji nie tylko na korzyść próbek przystępującego, ale również odwołującego.

Niespornie zamawiający zastosował pojęcie „pamięci do wykorzystania” w sposób inny, niż zwyczajowo przyjęty – wskazuje na to również opinia złożona przez odwołującego. Izba zważyła jednak, że skoro w opinii znajduje się stwierdzenie, że w przypadku rozumienia wymagania nr 9 jako pamięci użytkownika (czego domaga się odwołujący), w kontekście innych wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, na rynku nie ma identyfikatora spełniającego wymagania zamawiającego. Oznacza to w ocenie Izby, że przyjęcie poglądu odwołującego musiałoby prowadzić również do odrzucenia jego oferty. Odwołujący pominął również, że również w odniesieniu do wymagania 16 autor ekspertyzy dokonał zabiegu interpretacji specyfikacji w wyniku czego ustalił, że wszystkie próbki spełniają wymagania zamawiającego.

Przedstawione ustalenia i oceny zostały dokonane w granicach określonych zarzutami odwołania.

Nowe zarzuty – wynikające z okoliczności faktycznych i prawnych nie ujętych w odwołaniu zostały pominięte stosownie do obowiązku wynikającego z art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba uznała również, iż art. 192 ust. 2 Pzp nie pozwala na badanie nowych podstaw wykluczenia nie wskazanych w informacji o wynikach postępowania i nieobjętych w związku z tym zarzutami odwołania. Badanie wpływu naruszeń przepisów ustawy na wynik postępowania nastąpić może wyłącznie w granicach wymienionych podstaw.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:.....**