

Sygn. akt: KIO 1776/13

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Arfido sp. z o.o. w Chybach**

przy udziale wykonawcy **Elibron sp. z o.o. w Katowicach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Górniczo-Hutniczą w Krakowie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Elibron sp. z o.o. w Katowicach na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 5.1. ppkt 5 SIWZ, z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu,**
2. kosztami postępowania obciąża **Akademię Górniczo-Hutniczą w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Arfido sp. z o.o. w Chybach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie na rzecz wykonawcy **Arfido sp. z o.o. w Chybach** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Akademia Górniczo-Hutnicza w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa i montaż systemów zabezpieczenia zbiorów bibliotecznych „RFID” i „EAS EM” w ramach rozbudowy i przebudowy Biblioteki Głównej AGH przy al. Mickiewicza 30 w Krakowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 marca 2013 r., nr 2013/S 054-088734.

W dniu 12 lipca 2013 r. zamawiający przesłał wykonawcy Arfido sp. z o.o. w Chybach, zwanemu dalej „odwołującym”, informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Elibron sp. z o.o. w Katowicach, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), w następującym zakresie:
 - a) zaoferowania przez przystępującego etykiet RFID niezgodnych (tak co do parametrów technicznych - typu i częstotliwości działania, jak i wymaganego nadruku) z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ, a w szczególności w treści Szczegółowej Specyfikacji Technicznej stanowiącej integralną część SIWZ (zwanej dalej również: SST), wraz z wyjaśnieniami zamawiającego do treści SIWZ,
 - b) zaoferowania przez przystępującego stanowiska Selfcheck - do samoobsługowego wypożyczania i prolongaty lub wypożyczania i zwrotów, o parametrach technicznych niezgodnych z SIWZ, w szczególności z SST (str. 8-9),
 - c) zaoferowania przez przystępującego bramek kontrolnych EM o parametrach technicznych niezgodnych z SIWZ, w szczególności z zapisami SST (str. 13-14),
 - d) zaoferowania przez przystępującego licencji na oprogramowania używane do zabezpieczenia zbiorów bibliotecznych "RFiD" i "EAS EM" (oprogramowanie kontrolująco-raportujące firmy 3M - aplikację monitorowania i sterowania 3M Command Centre Software) na okres 3 lat, pomimo iż zamawiający wymagał licencji bezterminowej,
- 2) zaniechania wykluczenia przystępującego postępowania, pomimo iż przystępujący złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje, w tym oświadczenia, mające wpływ lub co najmniej mogące mieć wpływ na wynik postępowania, w następującym zakresie:

- a) co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia postawionego przez zamawiającego i opisanego w pkt 5.1. poz. 5. SIWZ, tj. wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) przystępujący należycie wykonał co najmniej 2 zamówienia na kwotę minimum 500.000,00 zł każde, polegające na dostawie i instalacji systemu „RFID”, poprzez świadome podanie przez przystępującego, niezgodnie z rzeczywistością, w wykazie zrealizowanych dostaw na str. 21 swojej oferty, że dostawa opisana pod poz. 2 tego wykazu, zrealizowana przez EMACK s.c. (podmiot udostępniający przystępującemu potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia), obejmowała dostawę, instalację i konfigurację systemu do zabezpieczenia zbiorów bibliotecznych wykonaną w technologii RFID o wartości 532.836 zł, oraz że przystępujący wskazał w oświadczeniach załączonych do złożonej oferty, że spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego w tym zakresie, które to nieprawdziwe informacje miały bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- b) co do spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia postawionego przez zamawiającego i opisanego w pkt 5.1. poz. 5. SIWZ, tj. wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) przystępujący należycie wykonał co najmniej 2 zamówienia na kwotę minimum 500.000,00 zł każde, polegające na dostawie i instalacji systemu „RFID”, poprzez świadome podanie przez przystępującego, niezgodnie z rzeczywistością, w wykazie zrealizowanych dostaw na str. 21 swojej oferty, że dostawa opisana pod poz. 1 tego wykazu została zrealizowana przez 3M Poland sp. z o.o. (podmiot udostępniający przystępującemu potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia) oraz że przystępujący wskazał w oświadczeniach załączonych do oferty, że spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego w tym zakresie, które to nieprawdziwe informacje miały bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- c) co do spełniania przez dostawę (elementy systemu zaoferowanego przez przystępującego) wszystkich wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, tj. poprzez świadome podanie przez przystępującego, niezgodnie z rzeczywistością i w sposób wprowadzający w błąd zamawiającego, w treści dołączonego do oferty przystępującego Opisu technicznego oferowanego systemu „RFID” i „EAS EM”, że stanowiska do samoobsługowego wypożyczania i prolongaty lub wypożyczania i zwrotów (Selfcheck) mają rozmiary wymagane przez zamawiającego,

- d) co do spełniania przez dostawę (elementy systemu zaoferowanego przez) przystępującego wszystkich wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, tj. poprzez świadome podanie przez przystępującego, niezgodnie z rzeczywistością i w sposób wprowadzający w błąd zamawiającego, w treści dołączonego do oferty przystępującego Opisu technicznego oferowanego systemu „RFiD” i „EAS EM”, że bramki kontrolne EM (2 szt), współpracujące z zamontowaną w pobliżu bramką uchylną dwustronną, mają detekcję wymaganą w warunkach technicznych określonych przez zamawiającego w postępowaniu, które to nieprawdziwe informacje miały bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
 - e) co do spełniania przez dostawę (elementy systemu zaoferowanego przez przystępującego wszystkich wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, tj. poprzez świadome podanie przez przystępującego, niezgodnie z rzeczywistością i w sposób wprowadzający w błąd zamawiającego, w treści dołączonego do oferty przystępującego Opisu technicznego oferowanego systemu „RFiD” i „EAS EM”, że oferowane etykiety spełniają wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w tym zakresie, podczas gdy dołączone do oferty próbki oferowanych etykiet nie spełniają tych wymagań (tak co do parametrów technicznych - typu i częstotliwości działania, jak wymaganego nadruku), które to nieprawdziwe informacje miały bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania
- 3) zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo iż przystępujący w nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia,
 - 4) czynności poprawienia w ofercie przystępującego, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty przystępującego, informacji, że przystępujący oferuje w kalkulacji cenowej dostawę oprogramowania kontrolująco-raportującego firmy 3M - aplikacji monitorowania i sterowania 3M Command Centre Software 12 stanowisk z licencją na 3 lata w ten sposób, że zamawiający okres licencji sprostował na bezterminową licencję na użytkowanie z aktualizacją na okres 3 lat,
 - 5) czynności zamawiającego polegającego na wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez przystępującego.

odwołujący wniósł w dniu 22 lipca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania, odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaferowania etykiet niezgodnych z SIWZ, odwołujący podniósł, że przystępujący złożył 6 szt. etykiet niezadrukowanych, które mogą pracować w wymaganym paśmie częstotliwości HF. Jednakże próbki te nie zawierały w ogóle wymaganego kolorowego nadruku, co nie jest zgodne z zapisami SIWZ dot. liczby próbek zawierających kolorowy nadruk. Wywiódł, że przystępujący złożył również 10 szt. etykiet zadrukowanych - o znacznie mniejszym rozmiarze anteny tj. ok. 3 cm x 5 cm, który nie jest zgodny z parametrami technicznymi anteny opisanymi w SIWZ tj. min. 46 mm x 76 mm oraz posiadającym inny chip, niż stosowany powszechnie w antenach typu HF. Próbki te zawierały wielokolorowy nadruk, który nie wypełniał zapisów SIWZ, tj. nie posiadał przynajmniej dwóch z trzech wskazanych przez zamawiającego kolorów, zgodnych z Księgą Identyfikacji Wizualnej BG AGH. Poza kolorem czarnym, na zaproponowanej kolorowej etykietce trudno jest się bowiem doszukać innych właściwych kolorów, nadruk tła stanowi bowiem paletę kolorów, płynnie przechodzącą od jednego koloru do drugiego. Odwołujący podniósł także, że złożone próbki etykiet trzeba oceniać jako całość, pod względem wymaganego nadruku jak również wyglądu, technologii i parametrów technologicznych.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z SIWZ w zakresie urządzenia Selfcheck odwołujący podniósł, że przystępujący w sporządzonym przez siebie opisie wskazał, że zaferował urządzenie Selfcheck o rozmiarach: wysokość 143 cm, szerokość 66 cm; szerokość podstawy 66 cm. Zwrócił uwagę na maksymalną głębokość urządzenia Selfcheck określoną w SIWZ na 64 cm wraz z półką. Tymczasem, z rysunku przedstawionego przez przystępującego wynika, iż głębokość samej podstawy wynosi 67,3 cm. Do wymiaru głębokości należy doliczyć również fragment półki urządzenia, wystający przed podstawę. W ocenie odwołującego łączna głębokość urządzenia wynosi więc przynajmniej ok. 70 cm. A zatem wymiar głębokości podstawy przekracza wymiar wskazany w SIWZ przez zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności jego oferty z SIWZ w zakresie wymogów odnośnie bramek kontrolnych EM odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ obszar działania systemu powinien sięgać od poziomu podłogi do wysokości 1.8 m. Wywiódł, że niemożliwym jest aby zaferowana przez przystępującego bramka 3M model 3500 spełniała ww. wymóg. Obszar detekcji ww. bramki kontrolnej nie sięga do podłogi. Wynika to z wysokości wspornika tej bramki, będącego częścią jej obudowy, w którym jednakże nie ma anteny. Wysokość tego wspornika wynosi ok. 34 cm, natomiast antena zamontowana w tym urządzeniu ma zasięg działania maksymalnie do 20 cm w kierunku wertykalnym. Powoduje to, że od poziomu podłogi do

realnego poziomu detekcji tego modelu bramki kontrolnej EM pozostaje ok. 10 cm przestrzeni, w której przedmiotowa bramka kontrolna nie zabezpiecza przed kradzieżą zbiorów bibliotecznych.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności z SIWZ w zakresie oferowanej licencji na oprogramowanie odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał aby „Licencje na oprogramowanie były bezterminowe. Należy przewidzieć wsparcie techniczne na okres 3 lat, obejmujący m.in. konieczne aktualizacje”. Natomiast przystępujący wskazał, że oferuje „aplikację monitorowania i sterowania 3M Command Centre na 12 stanowisk z licencją na 3 lata”. Zamawiający wprawdzie odrzucił ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z ww. powodu. Jednakże na skutek odwołania przystępującego wobec tej czynności zamawiającego, zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał sprostowania omyłki z naruszeniem tego przepisu oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący uważa, że oferta przystępującego powinna więc zostać odrzucona z ww. powodu ze względu na niezgodność z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu odwołujący wywiódł, że przedstawione przez przystępującego referencje wystawiony dla Emack s.c. przez Dyrektora Biblioteki Głównej Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni nie zawierają jednoznacznego potwierdzenia, że dostawa dotyczyła wymaganej postanowieniami „dostawy i instalacji systemu RFID”. Treść ta potwierdza tylko „dostawę, instalację i konfigurację systemu do zabezpieczeń i ewidencji zbiorów bibliotecznych”.

Odwołujący podniósł, że wykonawcą systemu RFID w przetargu prowadzonym przez Bibliotekę Główną Marynarki Wojennej w Gdyni, którego wykonaniem na potrzeby wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu legitymował się przystępujący nie był Emack s.c., ale spółka PSP.

Ponadto odwołujący podniósł, że tożsamymi referencjami posłużył się Emack s.c. na potwierdzenie okoliczności wykonania minimum 3 zamówień w zakresie dostaw elektromagnetycznego systemu ochrony przed kradzieżą zamontowanego w bibliotekach, w postępowaniu prowadzonym przez Bibliotekę w Katowicach. Przedmiotowy list referencyjny został poświadczony przez: E..... M..... S..... jako Menagera Emack s.c. oraz przez J..... Z..... jako Menagera Emack s.c. Podkreślał, że J..... Z..... jest jednocześnie Prezesem Zarządu przystępującego. Wywodził, że nie jest możliwe, aby Emack s.c. jednocześnie wykonał system elektromagnetyczny i RFID, skoro wynagrodzenie PSP za wykonanie systemu zabezpieczeń RFID wynosiło 745.000 zł. Przy

czym wskazywał, iż wykonanie przez PSP systemu RFID jest wyraźnie potwierdzone referencjami udzielonymi PSP w dniu 31 maja 2012 r. i nie budzi wątpliwości.

Natomiast odnosząc się do zobowiązania udostępnienia zasobów przez 3M Poland, w zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia przystępującego oraz listu referencyjnego z dnia 14 sierpnia 2012 r. wystawionego przez Uniwersytet w Stirling, podniósł, że dostawy, o których mowa w rzeczonym liście referencyjnym zostały wykonane przez inny podmiot z grupy 3M, a nie przez spółkę 3M Poland sp. z o.o., która jest tylko adresatem przedmiotowego pisma, a która faktycznie udzieliła zobowiązania do udostępniania zasobów. Wywiódł, że wykonawcą prac w zakresie wdrożenia i instalacji systemów elektromagnetycznych oraz RFID w bibliotece Uniwersytetu w Stirling była spółka 3M United Kingdom PLC, mająca swoją siedzibę w Wielkiej Brytanii. Działająca na terenie Polski 3M Poland oraz 3M United Kingdom PLC, to dwa zupełnie odrębne podmioty.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) odrzucenia oferty przystępującego bądź, alternatywnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu niezgodności treści oferty przystępującego z SIWZ, wykluczenia z postępowania przystępującego,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty złożonej przez przystępującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Elibron sp. z o.o. w Katowicach. Wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ z 26 marca 2013 r., z 8, 12, 19 kwietnia 2013 r., ofertę przystępującego, rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia z 7 czerwca 2013 r., treść odwołania wykonawcy Elibron z 14 czerwca 2013 r. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 25 czerwca 2013 r., wydane w sprawie o sygn. akt KIO 1417/14, zawiadomienie o poprawieniu omyłki w ofercie

przystępującego z 28 czerwca 2013 r., zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania z 12 lipca 2013 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, zeznania świadka, oględziny próbek, oględziny filmu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie nie przysługiwało wobec zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego z powodu złożenia przez przystępującego oświadczenia o zaoferowaniu licencji na oprogramowania używane do zabezpieczenia zbiorów bibliotecznych "RFiD" i "EAS EM" (oprogramowanie kontrolująco-raportujące firmy 3M - aplikację monitorowania i sterowania 3M Command Centre Software) na okres 3 lat.

Dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podkreślenia wymaga, że w pierwszym rozstrzygnięciu postępowania z dnia 7 czerwca 2013 r. zamawiający odrzucił ofertę obecnego przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z ww. powodu. Obecny przystępujący wniósł w dniu 14 czerwca 2013 r. odwołanie, w którym domagał się unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, zaś obecny odwołujący (który ówczesnie posiadał status uczestnika postępowania) nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu. W konsekwencji Izba postanowieniem z dnia 25 czerwca 2013 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1417/13 na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze. Efektem umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego była konieczność unieważnienia przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty obecnego przystępującego zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania, do czego obligował zamawiającego przepis art. 186 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji należało przyjąć, że zaniechanie odrzucenia oferty obecnego przystępującego z powodu złożenia przez niego oświadczenia o zaoferowaniu licencji na oprogramowania używane do zabezpieczenia zbiorów bibliotecznych "RFiD" i "EAS EM" (oprogramowanie kontrolująco-raportujące firmy 3M - aplikację monitorowania i sterowania

3M Command Centre Software) na okres 3 lat stanowi wypełnienie przez zamawiającego jego obowiązku wynikającego z art. 186 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp. Zaś czynności podjęte przez zamawiającego zgodne z żądaniem uwzględnionego odwołania korzystają z ochrony w myśl art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp i nie mogą być już kwestionowane w drodze kolejnego środka ochrony prawnej. Odwołanie w omawianej części podlegało zatem odrzuceniu. Jednakże wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części) w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się, bez merytorycznego ich rozpoznania.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w przypadku pozostałych zarzutów nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła wniosek przystępującego, zgłoszony w trakcie posiedzenia Izby, o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Przystępujący wywodził, że odwołanie zostało złożone przez pełnomocnika działającego na podstawie dokumentu pełnomocnictwa, który nie obejmuje umocowania do wniesienia odwołania, gdyż mocuje jedynie do reprezentowania odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby przywołane przez przystępującego okoliczności faktyczne nie stanowiły przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, lecz co najwyżej ewentualną przesłankę do zastosowania procedury wezwania do usunięcia braków formalnych zgodnie z art. 187 ust. 3 lub art. 187 ust. 7 ustawy Pzp. Złożenie pełnomocnictwa wadliwego, które nie potwierdza umocowania do wniesienia odwołania, należy bowiem utożsamić w skutkach z brakiem pełnomocnictwa, co podlega procedurze przewidzianej art. 187 ust. 3 i 7 ustawy Pzp (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r. wydany w sprawie o sygn. akt V Ca 2739/11). Jednakże, w ocenie składu orzekającego, w niniejszej sprawie brak było podstaw do wzywania odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania, albowiem złożone przez niego pełnomocnictwo potwierdzało w prawidłowy sposób umocowanie do wniesienia odwołania. Obejmowało umocowanie do reprezentowania odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które trwa do chwili gdy rozstrzygnięcie zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej nie stanie się ostateczne. Tym samym brak było podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła również wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powołany przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Przystępujący podniósł, że wszystkie zarzuty odwołania zgłoszone mogły zostać przez odwołującego już w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wywołanego odwołaniem z dnia 13.06.2013 r., a zatem są one spóźnione. Uszło jednak uwadze przystępującego, że stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Z powyższego jednoznacznie wynika, że w piśmie procesowym, jakim jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie formułuje się jakichkolwiek zarzutów względem czynności lub zaniechań zamawiającego, które mogłyby być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

Rozpoznając odwołanie stwierdzono, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu, że zaniechał odrzucenia oferty wybranej, względnie zaniechał wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty wybranej, względnie zaniechał wykluczenia wykonawcy, który złożył tę ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tych czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

1. Zarzut co do niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ z powodu zaoferowania etykiet niezgodnych z SIWZ

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Ustalono, że zgodnie z postanowieniem pkt 7.4. SIWZ *Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty próbki oferowanych etykiet RFID (min. 10 szt.) łącznie z kartą katalogową.*

Ustalono nadto, że w trakcie postępowania udzielano odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ. W dniu 12 kwietnia 2013 r. wpłynęło pytanie o treści: *Czy próbki etykiet RFID na książki mogą być bez przedruku fleksograficznego? Metoda przedruku fleksograficznego wiąże się bowiem z dość istotnymi kosztami uruchomienia produkcji – w praktyce by wydruk odpowiednio skalibrować, tak by był odpowiedniej jakości, należy wydrukować minimum kilkaset, a często kilka tysięcy etykiet (tj. kilka procent z całej ilości etykiet RFID, która ma być dostarczona docelowo), co oznaczało by w tym przypadku dość istotny koszt związany z przygotowaniem oferty. W szczególności, dla etykiet RFID te stałe koszty uruchomienia produkcji są jeszcze wyższe - z uwagi na specyficzne wymogi związane z produkcją i przedrukiem etykiet RFID.*

Zamawiający odpowiedział na to pytanie wyjaśniając, że w dokumencie <Odpowiedź na zapytania – zmiana SIWZ (2)> z dn. 08-04-2013 (pkt. 2 cz. 1) dopuszczone zostały inne technologie nadruku równoważne technologii fleksograficznej. *Próbki etykiet przedstawione w ofercie powinny zawierać nadruk, aby można było ocenić jego jakość, szczególnie w przypadku zastosowania innych technologii. Zamawiający informuje, iż pliki wzorcowe zawierające kolorowe logo biblioteki zgodne z Księgą identyfikacji wizualnej BG AGH (w standardzie CMYK i RGB) są do pobrania pod adresem: http://di.adm.agh.edu.pl/przetargi/di/zj/BG/Logo_BG/*

Z kolei w dniu 19 kwietnia 2013 r. wpłynęło pytanie o treści: *Wykonawca prosi o uszczegółowienie, czy próbki przedstawione w ofercie przetargowej muszą zawierać kolorowe logo BG AGH w Krakowie, czy też mogą zawierać inny kolorowy nadruk wykonany w technologii zgodnej z zapisami w SIWZ, co pozwoli ocenić ich jakość?*

Zamawiający odpowiedział na to pytanie wyjaśniając, że *próbki nadruku na etykietach RFID mogą zawierać inny kolorowy nadruk (nie z logo AGH) wykonany w technologii zgodnej z zapisami SIWZ pod warunkiem użycia co najmniej dwóch z kolorów: czarny, zielony, czerwony, zdefiniowanych w Księdze Identyfikacji Wizualnej BG AGH. Zamawiający wyjaśnił także, że jakość wykonania nadruku będzie oceniana głównie wzrokowo, pod kątem intensywności barw, ostrości kształtów, braku widocznych wad druku oraz dobrej ostrości kontrastu obrazu*

W następstwie udzielonych odpowiedzi dokonano modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, które zostało przekazane do Dziennika Urzędowego UE w dniu 19 kwietnia 2013 r. Zamawiający dodał drugie zdanie, zgodnie z którym należy dostarczyć zarówno próbki etykiet na książki jak i na płyty CD/DVD. *Próbki nadruku na etykietach RFID mogą zawierać inny kolorowy nadruk (nie z logo AGH) pod warunkiem użycia co najmniej dwóch*

określonych kolorów. Zaś jakość wykonania nadruku będzie oceniana głównie wzrokowo, tj. pod kątem intensywności barw, ostrości kształtów oraz dobrej ostrości kontrastu obrazu.

W ocenie Izby literalna wykładnia przywołanych postanowień SIWZ, zmodyfikowanych w trakcie postępowania, prowadziła do wniosku, że próbki nadruku nie musiały być wykonane na oferowanych etykietach RFID HF. W dniu 19 kwietnia 2013 r. zamawiający wskazał, że próbki nadruku mają być wykonane na „etykietach RFID”, co oznaczało możliwość potraktowania jako nośnika nadruku każdej etykiety RFID. Nie narzucił zatem aby próbki nadruku musiały być wykonane na „oferowanych etykietach RFID”, czyli etykietach RFID HF. Również reguły wykładni celowościowej nie prowadziły do konieczności przyjęcia przeciwnego stanowiska. Zamawiający wyraźnie wskazał, dlaczego żąda próbek nadruku, a mianowicie aby można było ocenić jego jakość przy przyjętej przez wykonawcę technologii, a szczególnie w przypadku zastosowania innych technologii (niż fleksograficzna). W ocenie Izby próbka nadruku wykonana na etykiecie RFID UHF umożliwiała zamawiającemu ocenę jakości nadruku. Jak wyjaśnił w trakcie rozprawy przystępujący, wykonanie nadruku na etykiecie RFID UHF jest pod względem technologicznym identyczne do wykonania nadruku na etykietach RFID HF. Okoliczności tej nie zaprzeczył odwołujący. W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, że również reguły wykładni celowościowej prowadziły do wniosku, iż próbki nadruku nie musiały być wykonane na oferowanych etykietach RFID HF. Mogły pojawić się na każdej etykiecie RFID, która umożliwiała dokonanie jakości nadruku, w tym etykiecie RFID UHF.

W konsekwencji za błędne należało uznać również stanowisko odwołującego, który wywodził, że skoro próbki nadruku pojawiły się na etykietach RFID UHF, to oznaczało jednocześnie, że są to „etykiety oferowane”, co z kolei miało świadczyć o niezgodności oferty z SIWZ, w której wymagano dostawy etykiet RFID HF. Przystępujący złożył wraz z ofertą również próbki etykiet RFID HF, co do których odwołujący w treści samego odwołania wskazał, że ich elementem „*jest prawidłowa antena HF*”, „*próbki te mogą pracować w paśmie częstotliwości HF*”. Również twierdzenie odwołującego, że próbki RFID HF na książki nie mogły być brane pod uwagę, albowiem złożono ich 6 sztuk zamiast 10 nie było zasadne. Rzeczywiście w świetle SIWZ należało złożyć 10 próbek etykiet. Jednakże uszło uwadze odwołującego, że zamawiający wymagał kilku rodzajów etykiet (etykiety na książki, etykiety na CD/DVD- vide ogłoszenie o zmianie ogłoszenia). Zamawiający nigdzie nie sprecyzował, że należy złożyć 10 próbek etykiet każdego rodzaju. A zatem można było przyjąć, że liczba ta dotyczyła wszystkich rodzajów etykiet (etykiet na książki, CD/DVD). Przystępujący złożył wraz z ofertą 10 etykiet RFID HD na CD/DVD, 10 etykiet RFID UHF na książki z nadrukiem oraz 6 etykiet RFID HF na książki. Ponieważ przystępujący złożył 6 sztuk etykiet HF na

książki i 10 sztuk etykiet HF na CD/DVD, a więc łączna liczba próbek oferowanych etykiet HF (tj. 16) była odpowiednia, gdyż przekraczała wymagane 10 sztuk.

Taka też wyglądała ocena próbek etykiet dokonana przez komisję przetargową. Jak zeznała w trakcie rozprawy świadek B..... M..... – członek komisji przetargowej - *etykiety, na których znajduje się nadruk nie są elementami systemu, nie są to bowiem etykiety HF. Z powyższego wynikało, że komisja doszła do prawidłowego wniosku, że oferowanymi etykietami RFID były etykiety RFID HF na książki (6 sztuk) oraz RFID HF na CD/DVD (10 sztuk), natomiast etykiety RFID UHF, na których znalazła się próbka nadruku nie będą elementami systemu i zostały złożone wyłącznie w celu umożliwienia oceny jakości technologii nadruku na etykietach RFID, zgodnie z wymogiem zamawiającego.*

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że brak było jakichkolwiek podstaw do kwestionowania jakości samego nadruku na etykietach. Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2013 r., uściślił przedmiot nadruku w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ. Przesądził mianowicie, że próbki nadruku na etykietach RFID mogą zawierać inny kolorowy nadruk (nie z logo AGH) wykonany w technologii zgodnej z zapisami SIWZ pod warunkiem użycia co najmniej dwóch z kolorów: czarny, zielony, czerwony, zdefiniowanych w Księdze Identyfikacji Wizualnej BG AGH. Określił również reguły oceny nadruku w ten sposób, że jakość wykonania nadruku będzie oceniana głównie wzrokowo, pod kątem intensywności barw, ostrości kształtów, braku widocznych wad druku oraz dobrej ostrości kontrastu obrazu.

Jak wynika z zeznań świadka B..... M..... – członka komisji przetargowej - komisja przetargowa dokonała oceny nadruku w sposób określony w SIWZ i wyjaśnieniach. Zeznała ona bowiem, że *„Wzorcowe kolory porównywaliśmy biorąc pod uwagę wzory określone w księdze”, „oceny dokonywali wszyscy członkowie komisji”, „jeśli chodzi o jakość nadruku to nie pamiętam dokładnie, które barwy uznano za odpowiadające wzorcowi, jednakże były to najprawdopodobniej barwy czarna, czerwona i zielona”, „jakość nadruku była badana w sposób wizualny przez członków komisji”.*

Izba po dokonaniu oględzin próbek stwierdziła, że brak było podstaw do kwestionowania dokonanej przez zamawiającego oceny nadruku. Nie było sporne, że próbka nadruku obejmowała prawidłowy kolor czarny, co przyznał odwołujący w odwołaniu. Wbrew stanowisku odwołującego niewątpliwie zawierała ona również wymagane kolory zielony i czerwony, których wzór zamawiający zamieścił na stronie internetowej http://di.adm.agh.edu.pl/przetargi/di/zj/BG/Logo_BG/logo_wariant_pelny_barwne_cmyk.jpg

Analiza wizualna prowadziła do wniosku, że próbka obejmowała całą gamę barw, płynnie przechodzących od jednego koloru do drugiego, w tym występował wymagany kolor zielony i czerwony, a barwy można było uznać za intensywne. Natomiast takie elementy jak ostrość kształtów czy dobrą ostrość kontrastu obrazu można było stwierdzić choćby w

oparciu o napis znajdujący się na próbkach. Próbki pozbawione były również widocznych wad druku. A zatem spełnione zostały wszystkie wymagania zamawiającego co do wymaganej jakości nadruku.

W konsekwencji zatem zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ z powodu zaferowania etykiet niezgodnych z SIWZ należało uznać za chybiony.

2. Zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z SIWZ w zakresie urządzenia Selfcheck

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Ustalono, że w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (SST), do której odsyłała SIWZ, na str. 8-9 wskazano parametry techniczne stanowiska Selfcheck - do samoobsługowego wypożyczania i prolongaty lub wypożyczania i zwrotów. Określono m.in. następujące wymagania: stanowisko wolnostojące (typu „kiosk”), którego wymiary maksymalne wynoszą: wysokość 169 cm, szerokość 85; głębokość 64 cm (z półką). Maksymalna szerokość podstawy 66 cm.

Nie było spornym pomiędzy stronami, że przystępujący zaferował urządzenie marki 3M Model 8420. W uzupełnionym piśmie z dnia 05 lipca 2013 r. opisie technicznym (str. 14-17) przystępujący wskazał następujące parametry, przedstawione na rysunku technicznym stanowiska: wysokość 143 cm, szerokość 66 cm; głębokość 54 cm (z otwartą półką - osłoną drukarki 57,6 cm), szerokość podstawy 66 cm. Z kolei głębokość podstawy oferowanego urządzenia wynosiła 67,3 cm.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny można było zinterpretować wymóg SIWZ w taki sposób, w jaki interpretował go przystępujący i zamawiający. Mianowicie, że głębokość stanowiska należało oceniać na wysokości półki, skoro wielkość parametru głębokość określono na poziomie 64 cm (z półką). Można było przyjąć, iż dla zamawiającego nieistotna była głębokość podstawy urządzenia, skoro jedyny wymóg wprost odnoszący się do wymiarów podstawy dotyczył tylko jej szerokości (66 cm). Natomiast nie sformułowano żadnego ograniczenia odnośnie głębokości podstawy. W ocenie Izby o niezgodności z SIWZ można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji gdyby zamawiający podał wymaganą, maksymalną głębokość podstawy. W braku takiego wyraźnego ograniczenia możliwe było zaferowanie urządzenia o głębokości podstawy 67,3 cm. Podkreślić należy, że zgodnie z utrwalonym już dobrze w orzecznictwie Izby i Sądów i niekwestionowanym poglądem,

wszelkie wątpliwości i niejasności odnośnie treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, należało dojść do wniosku, że Selfcheck zaoferowany przez przystępującego odpowiada wymogom SIWZ. Na wysokości półki oferowane przez przystępującego stanowisko wraz z otwartą półką posiada głębokość 57,6 cm, a więc mieści się w wymaganych 64 cm. Natomiast zamawiającego nie interesowała głębokość podstawy urządzenia, która w przypadku oferowanego Selfchecka wynosiła istotnie 67,3 cm.

W konsekwencji zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ w zakresie urządzenia Selfcheck należało uznać za chybiony.

3. Zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ w zakresie bramek kontrolnych EM

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Ustalono, że w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (str. 13-14), stanowiącej załącznik do SIWZ, wskazano, iż w *Bibliotece do ochrony zbiorów bibliotecznych zaprojektowano podwójną 2-antenową bramkę kontrolną EM (2szt), współpracującą z zamontowaną w pobliżu bramką uchylną dwustronną. Bramka kontrolna EM powinna zapewniać zabezpieczenie szerokości kontrolowanego wejścia/wyjścia i posiadać następujące parametry techniczne: rozstaw anten powinien być dostosowany do potrzeb osób niepełnosprawnych i wynosić 100+100 cm. Obszar działania systemu powinien sięgać od poziomu podłogi do wysokości 1.8 m. Maksymalne wymiary bramki EM wynoszą: wysokość max. 170 cm, szerokość: max 112 cm, głębokość: max 88 cm.*

W wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2013 r., w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, czy zamawiający dopuszcza zmianę brzmienia sformułowania dla systemu bramek EM „Obszar działania systemu powinien sięgać od poziomu podłogi do wysokości 1,8 m” na „Obszar działania systemu powinien sięgać od poziomu podłogi do wysokości górnej krawędzi jego anten” zamawiający doprecyzował, że *utrzymuje się zapis SIWZ odnoszący się do zasięgu działania bramek EM . Dopuszcza się bramki o wysokości większej niż podane w SIWZ.*

Ustalono, że przystępujący w złożonym opisie technicznym wskazał, że do ochrony zbiorów bibliotecznych zaoferowano bramkę kontrolną 3M Model 3500 o wysokości 178 cm, co do której oświadczył, iż gwarantuje obszar działania systemu od poziomu podłogi do 1,8 m.

Odwołujący zarzucił, że w przypadku oferowanej bramki, od poziomu podłogi do strefy ochrony bramki w kierunku pionowym pozostaje około 10 cm przestrzeni, która nie jest chroniona, ponieważ pole generowane przez antenę ma zasięg działania maksymalnie do 20 cm w kierunku wertykalnym, a antena jest umieszczona na podstawie - wsporniku a wysokość tego wspornika wynosi około 34 cm.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia podniósł, że antena bramki nie jest osadzona we wsporniku „na stałe” na wysokości 34 cm. Jest ona przesuwana i może być wsunięta w podstawę - wspornik. Maksymalna wysokość bramki wynosi 178 cm. Rzeczywista odległość anteny od podłogi wynosi 20,3 cm. Antena i podstawa pozwalają na regulację wysokości bramki, dzięki czemu można wsunąć antenę w podstawę o 10 cm, aby zasięg działania bramki był od podłogi do wysokości 180 cm.

Oceniając ww. stanowiska stron Izba stwierdziła, że treść SIWZ nie zawierała żadnych przeciwwskazań aby bramka kontrolna przed dostawą nie mogła być regulowana, jak również aby antena nie mogła być wsuwana we wspornik, co zapewni wymagany zakres detekcji. Braku możliwości regulacji nie można było wywodzić z opisu załączonego do oferty przystępującego. Podano tam wprawdzie wysokość bramki jako 178 cm. Jednakże zamawiający ostatecznie nie wprowadził żadnych wymagań dotyczących wysokości samej bramki. Jedyny wymóg dotyczył obszaru detekcji tj. od poziomu podłogi do wysokości 1,8 m. A zatem dopuszczalne było zaoferowanie urządzenia o wysokości 178 cm, które po regulacji i odpowiednim wsunięciu anteny we wspornik zapewni wymagany zakres detekcji od poziomu podłogi, uwzględniając 20 cm zasięg detekcji anteny w ujęciu wertykalnym, o którym wspomniał odwołujący w odwołaniu. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że regulacja urządzenia polegająca na wsunięciu anteny we wspornik nie stanowi jakiegokolwiek niedopuszczalnej zmiany oferty o której mowa w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Wszak wykonawca oferuje nadal to samo urządzenie, o którym wspomniał w ofercie, tj. bramkę kontrolną 3M model 3500.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu, aby bramka kontrolna 3M model 3500, po dokonaniu odpowiedniej regulacji, nie zapewniała detekcji od poziomu podłogi do 1,8 m. W ocenie Izby nie dowodził tego sporządzony przez odwołującego film, który odtworzono w czasie rozprawy. Eksperyment przeprowadzono na bramce przy ustawieniu, w którym antena nie zostaje wsunięta we wspornik, w sposób określony przez przystępującego. A zatem film mógł co najwyżej stanowić dowód, że gdy antena nie zostanie wsunięta we wspornik bramki, to istotnie przy podłodze nie zostanie zapewniona detekcja, czego przystępujący i zamawiający nie kwestionowali. Jednakże i w tym zakresie Izba uznaje dowód za niewiarygodny, albowiem

takie ustalenie można byłoby poczynić wyłącznie w sytuacji, gdyby wykazano, że warunki przeprowadzenia eksperymentu ukazanego na filmie były prawidłowe i że urządzenie działało prawidłowo.

W konsekwencji zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ w zakresie bramek kontrolnych EM należało ocenić jako niezasadny.

5. Zarzuty dotyczące wiedzy i doświadczenia przystępującego

Ustalono, że zamawiający stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w postanowieniu pkt 5.1.5 SIWZ. Zamawiający postanowił, że uzna, iż wykonawca posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie, jeżeli wykaże iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie co najmniej 2 zamówienia na kwotę minimum: 500 000,00 zł każde, polegające na dostawie i instalacji systemu „RFID”.

W celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć *Wykaz wykonanych głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ*. Dowodami potwierdzającymi czy dostawy zostały wykonane należycie miały być: poświadczenia lub inny dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy lub oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Przystępujący nie posiadał samodzielnie wymaganego przez zamawiającego zasobu wiedzy i doświadczenia. Wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu oparł się na zasobie wiedzy i doświadczenia udostępnianym przez podmioty trzecie, stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Złożył wraz z ofertą wykaz zrealizowanych dostaw, w którym wskazano wykonanie dwóch zamówień:

- 1) dostawa, instalacja i konfiguracja systemu RFID do zabezpieczenia zbiorów bibliotecznych o wartości 532.836,00 zł dla Biblioteki Głównej Akademii Marynarki Wojennej,
- 2) dostawa i instalacja systemów EM i RFID do zabezpieczenia zbiorów bibliotecznych o wartości 726.720,00 zł na rzecz Uniwersytetu Stirling.

Złożył również zobowiązanie do udostępnienia przystępującego zasobu wiedzy i doświadczenia podpisane przez wspólników spółki cywilnej pod nazwą: EMACK Emmanuel Mulamba Salumu Maria Mulamba Salumu s.c. z siedzibą w Libiążu. Złożono również referencje z 20 sierpnia 2012 r. wystawione w imieniu Biblioteki Głównej Akademii Marynarki Wojennej przez jej Dyrektora, zgodnie z którymi Emack s.c. wykonała należycie dostawę, instalację, konfigurację systemu do zabezpieczeń i ewidencji zbiorów bibliotecznych.

Przystępujący złożył także zobowiązanie do udostępnienia przystępującemu zasobu wiedzy i doświadczenia w imieniu 3M Poland sp. z o.o. podpisane przez 3M Poland sp. z o.o. w Kajetanach oraz referencje wystawione przez University of Stirling, skierowane do 3M Poland sp. z o.o., w których wystawca referencji potwierdza, że systemy 3M EM i RFID zostały pomyślnie wdrożone przez 3M w jego bibliotece.

W treści odwołania odwołujący podniósł, że w przypadku pierwszego zamówienia, wbrew oświadczeniu przystępującego, Emack nie wykonało na rzecz Biblioteki Akademii Marynarki Wojennej systemu RFID i że wykonał go podmiot PSP sp. z o.o.

Przystępujący złożył w trakcie rozprawy umowę nr 42/AMW/ Biblioteka/Emack/11, zawartą pomiędzy generalnym wykonawcą - Warbud S.A. w Warszawie a Emack wraz z aneksem nr 1 z 29 lutego 2012 r., w oparciu o które można było ustalić, że przedmiotem zamówienia wykonanego w 100 % przez Emack s.c. była jednak dostawa systemu RFID na potrzeby budowy Biblioteki Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni. Odwołujący w trakcie rozprawy, po zapoznaniu się z dowodami przeciwnymi złożonymi przez przystępującego oświadczył, że zarzutu podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji nie podtrzymuje, a zatem uznał, że to Emack wykonał system RFID. Wobec powyższego Izba zarzutu tego nie rozpoznawała.

Odwołujący w zakresie zamówienia nr 1 podtrzymał jednak zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył w trakcie rozprawy pismo z 22 lipca 2013 r. wystawione przez Akademię Marynarki Wojennej w Gdyni i podpisane przez Kanclerza tej uczelni. Wystawca pisma informuje w nim, że referencje zostały wystawione niezgodnie z procedurami obowiązującymi w Akademii, gdyż Dyrektor Biblioteki nie był do tego upoważniony. Ponadto umowy z podwykonawcami podpisywał Warbud S.A. jako generalny wykonawca, on też może je wystawić. Poinformowano w piśmie również, że po ponad rocznej eksploatacji biblioteki, zainstalowany system RFID zabezpieczający zbiór biblioteczny oraz wspomagający zarządzanie nim, funkcjonuje bardzo dobrze.

W oparciu o powyższe pismo odwołujący wywiódł, że przystępujący nie wykazał faktu należytego wykonania dostawy systemu RFID.

Z powyższym stanowiskiem odwołującego w świetle całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego nie sposób się zgodzić. Z pisma kanclerza uczelni z 22 lipca 2013 r. wynikało, że powodem unieważnienia referencji było wyłącznie to, że w ocenie kanclerza referencje winien wystawić podwykonawcy – firmie Emack generalny wykonawca tj. Warbud, a nie uczelnia, będąca investorem. Jednocześnie kanclerz potwierdzał, że zamówienie, tj. dostawa systemu RFID, zostało wykonane w sposób należyty i że system RFID działa bardzo dobrze. W ocenie Izby stanowisko kanclerza do co braku możliwości wystawienia przez inwestora referencji podwykonawcy jest zbyt daleko idące. W ocenie Izby inwestor może wystawić referencje także podwykonawcy, o ile posiada wiedzę co do faktu należytego wykonania przez niego odpowiedniej części zamówienia. Zatem Izba uznała tę okoliczność za niewystarczającą dla odmówienia wiarygodności referencji złożonej przez przystępującego wraz z ofertą. Izba wzięła pod uwagę, że Emack, który uzyskał referencje miał prawo przypuszczać, że Dyrektor Biblioteki AMW posiada umocowanie do ich wystawienia i udzielił zobowiązania do udostępnienia swego zasobu przystępującemu. Izba uznała zatem, że złożone zamawiającemu dokumenty (wykaz w poz. 1 i referencje), potwierdzały należyte wykonanie przez Emack dostawy systemu RFID dla AMW w Gdyni i odpowiadały treści warunku udziału w postępowaniu.

Natomiast w odniesieniu do drugiego zamówienia Izba stwierdziła, że zamawiający przedwcześnie ustalił, że przystępujący udowodnił iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Okoliczności faktyczne okazały się niesporne pomiędzy stronami. Jak wynikało ze zgłoszenia przystąpienia, jak również z oświadczeń złożonych w trakcie rozprawy, zarówno zamawiający jak i przystępujący przyznali, że podmiotem który wykonał dostawę i instalację systemu RFID na rzecz Uniwersytetu w Stirling nie był 3M Poland sp. z o.o. lecz 3M United Kingdom Plc.

Tymczasem w celu udowodnienia, że przystępujący będzie w trakcie realizacji zamówienia dysponował wiedzą i doświadczeniem wynikającym z uprzedniego wykonania systemu RFID złożono zobowiązanie do udostępnienia tego zasobu podpisane przez 3M Poland sp. z o.o., a nie 3M United Kingdom PLC. Wprawdzie są to podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej, jednakże niewątpliwie podmioty odrębne. Nie jest zatem pewne, czy wiedza i doświadczenie posiadane przez 3M United Kingdom plc zostało udostępnione przystępującemu.

Jednakże wbrew stanowisku odwołującego, powyższe okoliczności faktyczne nie oznaczały, że przystępujący podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie ar. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu.

Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie, zaś dopiero w razie nieuzupełnienia tych dokumentów zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wzywa” jednoznacznie wskazuje, że zamawiający ma nie tylko uprawnienie, ale obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. W orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dominuje, prezentowany również przez skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, pogląd, że sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym przedłożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe pogląd wywodzi się z wniosku a maiori ad minus. Jeżeli w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów), to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz osób, robót, dostaw czy usług), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1724/09; KIO/UZO 1731/09, wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 463/10, wyrok KIO z dnia 9 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1495/09). Pogląd ten jest akceptowany również w piśmiennictwie, w którym wskazuje się, że „zamawiający może odstąpić od wezwania do uzupełniania oświadczeń i dokumentów również w sytuacji, gdy mimo ich braku (lub wad) z całą pewnością da się ustalić, że warunek, który miały potwierdzać, nie jest spełniony (np. przy braku oświadczenia dokument będzie wskazywał na występujące zaległości podatkowe)”. (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata komentarz LEX 2010 Komentarz do art. 26 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.). Tak również „Zasadą jest, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu jest czynnością obligatoryjną. W każdym przypadku, gdy czynność ta, obiektywnie rzecz biorąc, może doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej wykonawcy, tj. wykazania, że spełnia on warunek, zamawiający ma obowiązek takiego wezwania dokonać.” Anita Elżanowska, „Warunki udziału w postępowaniu”, Zamówienia Publiczne. Doradca, 26 marzec 2008 r., LEX 94469/1).

Dostrzeżenia wymaga, że z obowiązku wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wywodzi się

konieczność dochowania precyzji i jednoznaczności w stosownym wezwaniu. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwala bowiem na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu, zaś skutek nieuzupełnienia dokumentów w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest daleko idący. Konieczność precyzyjnego i jednoznacznego żądania obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy (tak m.in. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10). Podnieść należy, że szczegółowość wezwania uzależniona jest od okoliczności danego stanu faktycznego. Przykładowo, w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą nie składa żadnych wymaganych dokumentów, wystarczającym może okazać się żądanie ich złożenia w określonym terminie. Jednakże w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą składa dokumenty w celu spełnienia wymogów określonych w SIWZ, zwłaszcza w sytuacji gdy warunek udziału w postępowaniu jest rozbudowany i składa się na niego wiele przesłanek, takie postępowanie zamawiającego może naruszać przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w takim przypadku zamawiający winien wskazać które elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i jakie są powody takiej oceny zamawiającego. W przeciwnym wypadku wezwanie do złożenia dokumentów może mieć charakter iluzoryczny.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę należało stwierdzić, że powodem dokonanego przez zamawiającego wezwania z dnia 4 lipca 2013 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu było wyłącznie to, że w swych zobowiązaniach podmioty udostępniające wiedzę nie zawarły informacji na temat charakteru stosunku, jakich je będzie łączył z przystępującym. W oparciu o tak sformułowane żądanie wykonawca niewątpliwie nie był w stanie ustalić, że powodem nieuznania doświadczenia jest również to, że podmiotem trzecim, który wykonał zamówienie na rzecz Uniwersytetu w Stirling był 3M United Kingdom Plc a nie 3M Poland sp. z o.o. Powyższe niewątpliwie mogło wpłynąć na treść takiego, a nie innego uzupełnienia dokumentów.

Przy ocenie stanu faktycznego nie można było wziąć pod uwagę złożonego dopiero w trakcie rozprawy pisma 3M United Kingdom PLC, w którym podmiot ten zobowiązuje się do wsparcia wiedzą i doświadczeniem 3M Poland sp. z o.o. Powyższe w połączeniu ze złożonym zobowiązaniem 3M Poland sp. z o.o. dla przystępującego oraz przy założeniu, że 3M Poland i 3M United Kingdom to podmioty tej samej grupy kapitałowej, między którymi następuje przepływ osób, wiedzy i doświadczenia mogłoby pozwolić zamawiającemu na ustalenie, że wykazano spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednakże dokumentem takim przy dokonywaniu czynności oceny spełnienia warunku zamawiający nie dysponował. Zatem zasadnym okazał się zarzut odwołującego, że te dokumenty, które zamawiającemu

złożono nie pozwalały na ustalenie, że wykazano spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Izba, uznając zarzut rozumiany jako przywołanie określonych okoliczności faktycznych za trafny, nakazała wykonanie zaniechanej czynności wezwania jak w pkt 1 sentencji. Izba nie była bowiem związana podaną przez odwołującego nieprawidłową podstawą prawną ani niezasadnym, przedwczesnym żądaniem a jedynie zarzutem (por. art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Za chybiony należało uznać zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu podania przez przystępującego nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Wbrew stanowisku odwołującego przystępujący w żadnym miejscu oferty, w tym w wykazie dostaw, nie złożył niezgodnego z rzeczywistością oświadczenia, że to 3M Poland sp. z o.o. wykonała zamówienie polegające na dostawie systemu RFID dla Uniwersytetu Stirling. Zatem zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z ww. powodu nie potwierdził się.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: