

POSTANOWIENIE

z dnia 4 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu **4 marca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 lutego 2014 r.** przez wykonawcę: **Pidikom Sp. z o.o. sp.k. ul. Augustówka 11G, lokal 5, 02-981 Warszawa 2, 00-940 Warszawa**, przy udziale wykonawców:

- A. **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna S..... M....., S..... E..... ul. Jagiello 13/1, 49-300 Brzeg,**
- B. **INTARIS Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa,**

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Pidikom Sp. z o.o. sp.k. ul. Augustówka 11G, lokal 5, 02-981 Warszawa,**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Pidikom Sp. z o.o. sp. k. ul. Augustówka 11G, lokal 5, 02-981 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu na zawarcie umowy realizacyjnej dla umowy ramowej na dostawę sprzętu komputerowego, w wyniku zawarcia umów ramowych w postępowaniu dotyczącym zamówienia sektorowego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr: 2013/S 147-256405 z dnia 31.07.2013 r., w dniu 20 lutego 2014 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez wykonawcę Pidikom Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane faksem zamawiającemu w dniu 21 lutego 2014 r.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania czynności i podjętych czynności zamawiającego – Poczty Polskiej S. A. w Warszawie, o których odwołujący dowiedział się za pośrednictwem faksu od zamawiającego w dniu 13 lutego 2014 r., polegających na:

1. odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego,
2. niezaproszeniu odwołującego do aukcji elektronicznej,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty P.P.H.U PIOMAR Sp. J.,
4. zaproszeniu P.P.H.U PIOMAR Sp. J. do aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Poczcie Polskiej S. A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 9 ust. Pzp w zw. z art. 11 ustawy o języku polskim poprzez błędne przyjęcie, jakoby treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas, gdy była ona z nią zgodna;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie, jakoby treść oferty złożonej przez P.P.H.U PIOMAR Sp. J. odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas, gdy była ona z nią niezgodna albo alternatywnie poprzez błędne przyjęcie, że spółka wykazała zgodność złożonej oferty z SIWZ poprzez złożenie raportu badawczego dołączonego do oferty.

W oparciu o powyższe zarzuty, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji P.P.H.U PIOMAR Sp. J.;

- 3) dokonania czynności powtórnego badania ofert i ponownego zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;
- 4) odrzucenia oferty P.P.H.U PIOMAR Sp. J.;

Ponadto, wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że w sytuacji, gdyby jego oferta nie została odrzucona mógłby przystąpić do aukcji elektronicznej, a tym samym miałby możliwość uzyskania zamówienia. Nieprawidłowe działanie zamawiającego tej możliwości go pozbawiło, co statuuje interes odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania. Wyżej zaprezentowany pogląd odwołującego znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, o czym świadczy poniższy Judytka - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2009 r. KIO/UZP 82/09; KIO/UZP 85/09 „*W ocenie Izby wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy - P.z.p. nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG(...). Stosownie do wzmiankowanego przepisu Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które Państwa Członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. Artykuł 1 ust. 3 dotyczy przede wszystkim niezadowolonych przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w przetargu prowadzonym z naruszeniem norm prawnych i nie wygrali kontraktu lub którzy nie zostali dopuszczeni do uczestnictwa w przetargu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego również na nieprawidłowym wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty (...). Zdaniem Izby naruszenie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowej sprawie polegało na tym, iż wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego 1 uniemożliwiło samo przez się dopuszczenie jego oferty do oceny.*”

Odwołujący zaznaczał, że możliwość uzyskania zamówienia byłaby tym większa, gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę spółki P.P.H.U. PIOMAR Sp. J., jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji odrzucił tę ofertę.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający odrzucił jego ofertę uzasadniając swoją decyzję rzekomym niespełnieniem przez odwołującego wymagań określonych w pkt. 5.6 SIWZ poprzez niezłączenie do oferty dla komputera stacjonarnego PC1 oraz PC2

tłumaczenia na język polski dokumentu złożonego w języku angielskim, tj. wydruku testu wydajności dla zaproponowanego procesora.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 13 lutego 2014 roku na okoliczność przyczyn odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

Zamawiający powołał się na treść pkt. 10.14 SIWZ, wedle którego „dokumenty sporządzone w języku obcym są składane przez Wykonawców wraz z ich tłumaczeniem na język polski” stwierdzając jednocześnie, że „wobec braku złożenia ww. dokumentu wraz z tłumaczeniem nie można uznać, że wykonawca złożył dokument zgodnie z pkt. 5,6 SIWZ w zakresie komputera stacjonarnego PC1 i PC2 na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego”.

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (w aktach przetargowych) na okoliczność wymagań stawianych przez zamawiającego oraz dokumentów, które powinny zostać złożone wraz z ofertą.

Równolegle zamawiający dopuścił do aukcji elektronicznej wykonawcę P.P.H.U. PIOMAR Sp. j., w sytuacji, w której wykonawca ten:

- a) zaoferował komputer stacjonarny PC1 zawierający dysk HP 500GB 7200 RPM 6G 3.5 HDD - QZ779AV, przedstawiając raport badawczy głośności dla dysku 500 GB HDD Sata, Seagate Barracuda, ST500DM002 o numerze S/N: Z3TL6MVG,
- b) zaoferował komputer stacjonarny PC2 zawierający dysk HP 500GB 7200 RPM 6G 3.5 HDD - QZ779AV, przedstawiając jednocześnie raport badawczy głośności dla dysku 500 GB HDD Sata, Seagate Barracuda, ST500DM002 o numerze S/N: Z3TL6MVG,
- c) zaoferował komputer stacjonarny PC3 zawierający dysk HP 500GB 7200 RPM 3.5 HDD-C8T57AV przedstawiając jednocześnie raport badawczy głośności dla dysku 500 GB Sata, 7200 rpm firmy HGST, typ DS7SAC500, model HDS721050CLA662,
- d) (nie załączył wyniku uruchomienia terminala z użytkowanym przez zamawiającego systemem operacyjnym Linux Thinstation 5.1.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 13 lutego 2014 roku,

oferta P.P.H.U PIOMAR Sp. j. (w aktach przetargowych) na okoliczność treści oferty spółki P.P.H.U PIOMAR Sp. j. oraz dopuszczenia tejże spółki do aukcji.

Odwołujący w dalszej części uzasadnienia odniósł się do wyżej przedstawionych rozstrzygnięć zamawiającego wskazując jednocześnie na popełnione przez niego uchybienia.

Zarzut A. Na uzasadnienie zarzutów bezzasadnego odrzucenia złożonej oferty i w konsekwencji nie zaproszenie go do udziału w aukcji, wyjaśniał, że zgodnie z pkt. 5. SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą m.in. wydruk testu wydajności ze strony <http://www.cpubenchmark.net> dla zaproponowanego procesora. Odwołujący wykonał ten obowiązek załączając do oferty stronę piątą wydruku zawierającą parametry techniczne dla oferowanego procesora AMD A8-6500 APU. Dodatkowo, jednak tylko informacyjnie, odwołujący załączył także stronę pierwszą wydruku.

Dowód: oferta odwołującego (w aktach przetargowych) na okoliczność treści oferty złożonej przez odwołującego (w szczególności informacji zawartych na stronie piątej wydruku testu wydajności z portalu <http://www.cpubenchmark.net> dla zaproponowanego procesora). Zamawiający uznał, że wydruki te są dokumentami w rozumieniu pkt. 10.14 SIWZ podlegającymi wymogowi przetłumaczenia na język polski.

Odwołujący podnosił, że załączony wydruk w istocie nie jest dokumentem, o którym mowa w pkt. 10.14 SIWZ. Konstytutywnym dla dokumentu elementem jest umożliwiający identyfikację podpis jego autora. Tymczasem wydruk ze strony CPU Benchmarks takiego podpisu nie posiada, nie jest opatrzony również podpisem elektronicznym. Powyższy pogląd podzielany jest w doktrynie orzeczniczej na co wskazuje wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 10 maja 2007 r. UZP/ZO/0-520/07, zgodnie z którym *„wydruk ze strony komputerowej niepotwierdzony podpisem elektronicznym nie jest dokumentem.”* Wobec tego, odwołujący argumentował, że pkt. 10.14 SIWZ w ogóle nie znajduje w tym przypadku zastosowania. Niezależnie od powyższego, nawet jeśliby przyjąć, że złożony wydruk ma charakter dokumentu (czemu odwołujący konsekwentnie zaprzeczał), żądanie przetłumaczenia zawartych w nim sformułowań w języku angielskim oceniał, jako nieuprawnione.

Jakkolwiek treść pkt. 10.14 SIWZ jednoznacznie wskazuje, że zamawiający nie zezwolił na złożenie ofert w języku innym niż polski (którą to możliwość daje mu art. 9 ust. 3 Pzp), nie oznacza to jednak obowiązku tłumaczenia przez wykonawców wszelkich sformułowań w języku angielskim znajdujących się w ofercie. Wyjątki od zasady stosowania języka polskiego w obrocie prawnym regulują przepisy ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. z 1999 r. Nr 90, poz. 999 z późn. zm.), zwanej dalej "ustawą o języku polskim". Zgodnie z art. 7 ust. 1 te same przepisy języka polskiego używa się w obrocie prawnym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej pomiędzy podmiotami polskimi oraz gdy jedną ze stron jest podmiot polski. Jednocześnie art. 11 ustawy o języku polskim wskazuje, że nie podlegają tłumaczeniu na język polski nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług. Wobec tego uznał, że składane przez wykonawców oferty nie muszą być

sporządzone wyłącznie w języku polskim i mogą zawierać słowa w języku angielskim, o ile spełnione są przesłanki art. 11 ustawy o języku polskim. To zdroworozsądkowe podejście, które zapobiegać ma tworzeniu często sztucznych tłumaczeń sformułowań języka fachowego, zauważyć można w orzecznictwie o czym świadczą cytowane niżej judykaty. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2013 roku KIO 227/13 *„Zasadą jest posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia językiem polskim. Nie oznacza to jednak, że składane przez wykonawców oferty muszą być sporządzone wyłącznie w języku polskim, oraz że nie mogą zawierać słów w językach obcych (..Uzasadnionym jest tu bowiem odwołanie do art. 11 ustawy o języku polskim, zgodnie z treścią którego nie podlegają tłumaczeniu na język polski nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług.”*

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2008 roku KIO/UZP 84/07 *„Jeżeli Zamawiający nie zezwoli na złożenie ofert w języku innym niż polski, zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy uznać, iż jedynym odstępstwem od zasady stosowania języka polskiego są przypadki określone w ustawie z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 ze zm.), zgodnie z którą nie podlegają tłumaczeniu na język polski nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług”*

Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 sierpnia 2006 roku UZP/ZO/0-2280/06 *„W zapisach Ustawy o Języku Polskim znajduje się art. 11, który szczegółowo określa wyjątki stosowania nazw obcojęzycznych, tj.: "zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej, znaków towarowych, nazw handlowych". Nazwy, które znalazły się w wybranej ofercie, należy uznać za nazwy handlowe testów, którymi posługują się zarówno Producenci oraz nabywcy. Stosowanie oryginalnych nazw handlowych ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa obrotu przez użytkowników, zwłaszcza w sytuacji braku numerów katalogowych.”*

Tymczasem, na stronie piątej wydruku odszukać można następujące sformułowania w języku angielskim: CPU NAME, Passmark CPU Mark, Rank, CPU Value, Price, Intel Core, Intel Xeon etc. Podobne sformułowania zawiera strona pierwsza wydruku, ale jak wskazywał wyżej odwołujący - strona ta została przedłożona jedynie informacyjnie, pomimo braku takiego obowiązku przewidzianego w SIWZ. Zgodnie bowiem z pkt. 5.6 SIWZ wykonawca zobowiązany był jedynie do złożenia wydruku testu wydajności dla zaproponowanego procesora, czyli konkretnego fragmentu strony na której informacja ta się znajduje (a nie całości wydruku, czy wydruku obejmującego jego pierwszą stronę).

Wobec powyższego odwołujący nie zgodził się z zarzutem, że nie przedstawił tłumaczenia zawartych tam słów w języku angielskim. Nawet gdyby przyjąć, że to postanowienie budzi jakiegokolwiek wątpliwości interpretacyjne (z czym odwołujący również się nie zgodził) i wskazywał, że zgodnie z ustaloną już linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej niejednoznaczne i budzące wątpliwości postanowienia SIWZ nie mogą być tłumaczone w sposób niekorzystny dla wykonawców. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2010 roku KIO/UZP 2107/10 *„Jest już jednomyślnie i słusznie przyjęte w orzecznictwie, piśmiennictwie i praktyce stosowania zamówień publicznych niejednoznacznych lub wprowadzających w błąd postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie można interpretować na niekorzyść wykonawców”* Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2011 roku KIO 374/11 *„Niejednoznaczne postanowienia SIWZ (a zatem takie które mogą mieć więcej niż jedną poprawną wykładnię ich treści), nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Trudno bowiem wówczas mówić o niegodności oferty z treścią SIWZ. Nie jest zatem dopuszczalne, aby wykonawcy ponosili negatywne konsekwencje nieprecyzyjnego sformułowania SIWZ np. w postaci uznania ich oferty za niegodną z SIWZ i podlegającą odrzuceniu.”* Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2011 roku KIO 362/11 *„Odnotowania wymaga również postulowana w doktrynie i orzecznictwie interpretacja postanowień siwz w sposób względniejszy dla wykonawców, tzn. tłumaczenia wszelkich wątpliwości na ich korzyść”.*

Wracając do analizy wyżej zacytowanych sformułowań, odwołujący zauważył, że mają one charakter zwyczajowo przyjęty w obrocie technologiami IT, a więc są dobrze znane profesjonalnym podmiotom działającym w ramach tego rynku (zwłaszcza, że są to sformułowania elementarne). Stały się one częścią używanego przez fachowców języka i jako takie straciły swój obcojęzyczny wydźwięk. Z pewnością znane są one również zamawiającemu - chociażby z tego względu, że przedłożony wydruk pochodził ze wskazanego przez niego portalu internetowego. Trudno więc zakładać, że stanowiły one dla zamawiającego jakąkolwiek nowość. Zamawiający sam używa wspomnianych terminów opisując wymagania jakie muszą spełnić urządzenie będące przedmiotem aukcji np. Passmark CPU Mark (załącznik nr 2j SIWZ). Przyjęcie skrajnie rygorystycznego poglądu, że wymóg tłumaczenia na język polski obejmuje także wyżej wskazane sformułowania mogłoby przy tym prowadzić do niepraktycznych konsekwencji. Przywiódło to odwołującego do wniosków, że od tego poglądu nie daleko jest do przyjęcia, że skoro tłumaczyć należy wyrażania powszechnie, zwyczajowo stosowane w danym środowisku, to także konieczne jest tłumaczenie wszelkich zwrotów zapożyczonych z języków obcych takich jak np. weekend, marketing czy manager. Tak jak dla przeciętnej osoby kłopotliwe byłoby posługiwanie się sformułowaniem „koniec tygodnia” zamiast słowa „weekend”, tak dla

fachowca z branży IT sztuczne i niepotrzebne wydają się próby przetłumaczenia zwrotów CPU Name, Passmark czy Rank. Zwracał uwagę, że kluczową merytoryczną wartość załączonego wydruku stanowią wyniki wydajności proponowanego procesora. Zaprezentowane są one w formie wskaźników, które w sposób oczywisty nie wymagają tłumaczenia. Pojawiające się w wydruku elementy obcojęzyczne nie mają przy tym żadnego znaczenia dla oceny przedstawionych parametrów. Brak ich tłumaczenia nie może być więc traktowany jako uzasadniony powód odrzucenia całej oferty. Odwołujący przywołał kolejny wyrok Zespołu Arbitrów dnia 13 sierpnia 2008 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-994/07), który stwierdza, że *„okoliczność, iż na referencjach widnieje pieczęć w języku obcym, nie może być kwalifikowana jak naruszenie art. 9 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych nakazującego prowadzenie postępowania w języku polskim, jeżeli treść referencji sporządzona została w języku polskim, a elementy obcojęzyczne nie mają żadnego wpływu na możliwość oceny danego dokumentu.”* Wobec powyższego uznał, że zamawiający w sposób bezzasadny przyjął, że odwołujący zobowiązany był do przedłożenia tłumaczenia wydruku ze strony CPU Benchmark. W konsekwencji doszło do błędnej oceny oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności pkt. 10.14 SIWZ.

Zarzut B. Bezzasadnego zaniechania odrzucenia oferty P.P.H.U. PIOMAR Sp. J. i w konsekwencji zaproszenie tego wykonawcy do udziału w aukcji. Zgodnie z pkt. 5. SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą m.in. raport badawczy wystawiony dla komputera w oferowanej konfiguracji przez niezależną, akredytowaną co najmniej dla ISO 779 jednostkę badawczą lub inny równoważny dokument. Zgodnie z przedstawioną przez spółkę ofertą.

Proponowane przez P.P.H.U PIOMAR Sp. J. komputery zawierają:

- a) komputer PC1 - dysk HP 500GB 7200 RPM 6G 3.5 HDD - QZ779AV,
- b) komputer PC2 - dysk HP 500GB 7200 RPM 6G 3.5 HDD - QZ779AV,
- c) komputer PC3 - dysk HP 500GB 7200 RPM 3.5 HDD-C8T57AV.

Wedle cytowanego wcześniej pkt. 5.6 SIWZ wymagany raport wystawiony powinien być dla komputera w oferowanej konfiguracji, a więc m.in. dla dysku, w który te komputery są wyposażone. Tymczasem spółka w wykonaniu powyższego zobowiązania przedstawiła raporty badawcze dla komputerów o innej konfiguracji niż deklarowana w ofercie. Raporty sporządzone zostały bowiem dla komputerów zawierających:

- a) komputer PC1 - dysk 500 GB HDD Sata, Seagate Barracuda, ST500DM002 o numerze S/N: Z3TL6MVG,

- b) komputer PC2 - dysk 500 GB HDD Sata, Seagate Barracuda, ST500DM002 o numerze S/N: Z3TL6MVG,
- c) komputer PC3 - dysk 500 GB Sata, 7200 rpm firmy HGST, typ DS7SAC500, model HDS721050CLA662.

Są to więc dyski wyprodukowane przez inne firmy, o innym typie i rodzaju niż te wskazane w parametrach techniczno - użytkowych oferty. Wobec tego nie jest możliwe stwierdzenie, czy podzespoły oferowane przez zamawiającego spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Zwracał uwagę, że dysk jest istotnym elementem badania głośności, gdyż zawiera elementy wirujące, a co za tym idzie generuje hałas. W sytuacji w której spółka w ofercie przedstawiła inny dysk wewnętrzny niż ten opisany w raporcie badawczym nie jest możliwe stwierdzenie jak na poziom hałasu wpływa oferowany przez spółkę podzespół. Podkreślił, że nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że w istocie oba te dyski, pomimo różnych nazw, są ze sobą tożsame. Pogląd odmienny otwierałby przed składającymi ofertę możliwość dowolnego podstawienia pod deklarowany podzespół każdego innego podzespołu i przedstawiania badań dla urządzeń innych niż pierwotnie oferowane. Możliwość ta stałaby w sprzeczności z logiką sformułowanych przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zobowiązują do przedstawienia badań dla dokładnie tych urządzeń (w tej samej konfiguracji), które są przedmiotem oferty. Uznał zatem, że spółka nie dopełniała wymagań przewidzianych w pkt. 5.6 SIWZ, Niezależnie od powyższego, kwestionowany wykonawca według odwołującego, nie spełnił także wymagań nałożonych na niego przez SIWZ odnośnie do urządzeń terminalowych. Jednym z nich było zagwarantowanie przez wykonawcę pełnej współpracy pomiędzy tymi urządzeniami, a użytkowanym obecnie przez zamawiającego systemem operacyjnym Linux Thinstation 5.1. oraz dołączenie do oferty wyniku uruchomienia terminala na wspomnianym systemie operacyjnym.

Tymczasem spółka P.H.U.PIOMAR Sp. J. z jednej strony wskazała, że oferowane urządzenie powyższy wymóg spełnia, z drugiej natomiast przedstawiła wynik uruchomienia urządzenia na systemie operacyjnym HP (prawdopodobnie na systemie Windows 7 Embedded Standard). Tym samym odwołujący stwierdził, że spółka nie wypełniła wymagań SIWZ także w tym zakresie, a nie tylko poprzez: niedołączenie do oferty raportów badawczych wystawionych dla komputerów w oferowanych konfiguracjach oraz niedołączenie do oferty wyniku uruchomienia terminala na systemie operacyjnym Linux Thinstation 5.1. przez co oferta ta jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna ulec odrzuceniu.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 lutego 2014 r. za pośrednictwem faksu, w

dniu 24 lutego 2014 r. złożyli pisemne przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (w kopii przekazane stronom):

A. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna S..... M....., S..... E..... ul. Jagiello 13/1, 49-300 Brzeg,

B. wykonawca INTARIS Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa,

- zgłaszający przystąpienie powołali się na swój interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania czynności zaproszenia ich do udziału w aukcji elektronicznej oraz utrzymania w mocy skarżonych czynności zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić zgłaszających przystąpienie jak wyżej wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż przesłanki przewidziane art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Przystępujący Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna S..... M....., S..... E..... pismem procesowym z dnia 27 lutego 2014 r. wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

Izba podzieliła powyższe stanowisko przystępującego P.P.H.U. „PIOMAR” Spółka Jawna S..... M....., S..... E....., albowiem z treści odwołania wynika, że zostało ono wniesione przez firmę Pidikom Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie. Tak została oznaczona strona postępowania odwoławczego. Ponadto odwołujący podał, że *„Działając w imieniu spółki Pidikom sp. z o.o. sp. k., jako Prezes Zarządu komplementariusza spółki, tj. spółki Pidikom sp. z o.o. (...) wnoszę odwołanie od czynności zamawiającego.”* Odwołanie zostało podpisane przez p. P..... B..... Prezesa Zarządu komplementariusza spółki, tj. spółki Pidikom Sp. z o.o., zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w przedstawionych odpisach z Rejestru Przedsiębiorców KRS Nr 439724 i 437142. Do odwołania nie zostało dołączone jakiegokolwiek pełnomocnictwo, czy inny odpis z KRS niż wyżej wskazane.

Jak wynika z formularza ofertowego odwołującego - wykonawcą w rozumieniu art. 23 ustawy Pzp jest konsorcjum w składzie: 1) Pidikom Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz Infover Spółka z o.o. S.K.A. z siedzibą w Kielcach (konsorcjant).

W związku z powyższym należało stwierdzić, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w imieniu i na rzecz spółki Pidikom, nie zaś w imieniu wszystkich podmiotów

wspólnie ubiegających się o zamówienie, którym zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp jedynie łącznie przysługuje status wykonawcy.

Niewątpliwie pełnomocnictwo konsorcjalne zawarte na stronie 145 oferty upoważnia do wnoszenia środków ochrony prawnej, ale wyłącznie w imieniu całego konsorcjum, a nie w imieniu własnym firmy Pidikom.

Izba oceniła, że wniosek przystępującego P.P.H.U. „PIOMAR” Spółka Jawna S..... M....., S..... E..... o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy zasługuje na uwzględnienie, albowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp określa krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania i są to: wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przedsiębiorca Pidikom Sp. z o.o. sp. k. nie jest wykonawcą, gdyż wykonawcą zgodnie ze złożoną ofertą są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: 1) Pidikom Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz Infover Spółka z o.o. S.K.A. z siedzibą w Kielcach (konsorcjant).

W postępowaniu samodzielnie nie została złożona oferta przez wykonawcę Pidikom Sp. z o.o. sp. k. nie może on zatem uzyskać zamówienia, skoro nie składał oferty, zatem nie jest także innym podmiotem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W tej sytuacji należało uznać, że Pidikom Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania.

Izba nie jest władna weryfikować oznaczenia strony przez ustalanie treści zawartych w ofertach. Nie jest także uprawniona do uzupełniania w tym zakresie braku formalnego, gdyż takiej podstawy brak w treści art. 187 ust. 3 ustawy, ani w § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280 ze zm. z 2013 r. poz. 232), w taki sposób, aby nadać nieuprawnionemu podmiotowi wnoszącemu odwołanie, charakter wykonawcy. Izba na podstawie wniesionego odwołania nie była w stanie określić, że Pidikom Sp. z o.o. sp. k. działa także w imieniu innego podmiotu, tj. Infover Spółka z o.o. S.K.A. z siedzibą w Kielcach. Nie wynika to ani z oznaczenia strony, ani z treści niezalączonych do odwołania pełnomocnictw, ani z treści samego odwołania.

W tej sytuacji Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które są ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę wpisu od odwołania.

Przewodniczący: