

**Sygn. akt: KIO/UZP 483/08**

**WYROK**  
**z dnia 4 czerwca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Marek Koleśnikow**  
**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **IBCOL Polska Sp. z o.o., 02-956 Warszawa, ul. Rumiana 86** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** protestu z dnia 7.05.2008 roku

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Główną Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **IBCOL Polska Sp. z o.o., 02-956 Warszawa, ul. Rumiana 86**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **. Komendę Główną Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** na rzecz **IBCOL Polska Sp. z o.o., 02-956 Warszawa, ul. Rumiana 86** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **IBCOL Polska Sp. z o.o., 02-956 Warszawa, ul. Rumiana 86**

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

Zamawiający Komenda Główna Policji prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa interaktywnych тренаżerów strzeleckich.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w DzUUE w dniu 24.01.2008 pod numerem 2008/S20-025805. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz) była dostępna na stronie internetowej Zamawiającego [www.kgp.gov.pl](http://www.kgp.gov.pl) oraz [www.policja.pl](http://www.policja.pl). od dnia 30.01.2008 roku do dnia 27.03.2008 roku.

W dniu 30.04.2008 Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

IBCOL Polska Sp. z o.o. z zachowaniem terminu ustawowego wniósł protest. Protestujący podniósł, że Zamawiający dokonał oceny ofert niezgodnie z kryteriami przyjętymi przez siebie w siwz oraz zaniechał czynności odrzucenia oferty złożonej przez KALIBER Sp. z o.o.,

czym dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr. 223, poz. 1655) oraz spowodował powstanie uszczerbku w jego interesie prawnym, gdyż w przypadku prawidłowej oceny ofert oferta złożona przez Protestującego zostanie uznana za najkorzystniejszą. Protestujący wniósł o ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez KALIBER Sp. z o.o. oraz uznanie złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą.

W dniu 16.05.2008 roku Zamawiający oddalił protest uznając wszystkie podniesione w nim zarzuty za bezzasadne. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wykaz dodatkowego wyposażenia był mu niezbędny jako informacja, o jakie urządzenia będzie można rozbudować trenażery, wymagał przeprowadzenia przez wykonawców pełnej prezentacji, która miała objąć wszystkie oferowane urządzenia dodatkowe. Wyposażenie dodatkowe nie było przedmiotem zamówienia i jego brak nie skutkowało koniecznością odrzucenia oferty, lecz zmniejszeniem oceny punktowej w kryterium oceny ofert – „Właściwości użytkowe urządzenia”. Żaden z wykonawców nie dokonał pełnej prezentacji wykazanego wyposażenia dodatkowego. Z tego powodu wszystkie złożone oferty otrzymały w podkryterium dotyczącym wyposażenia dodatkowego 0 pkt. Wobec jednakowej oceny właściwości użytkowych urządzenia, o wyborze najkorzystniejszej oferty zadecydowała cena. Zamawiający wywiódł, że ocena ofert została dokonana przez Komisję Przetargową zgodnie z decyzją kierownika Zamawiającego – Komendanta Głównego Policji określającą m.in. obowiązki poszczególnych członków komisji. Dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wszyscy członkowie komisji przyjęli za własną ocenę dokonaną przez członków komisji pracowników jednostki organizacyjnej KGP wyspecjalizowanej w dokumentowaniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych oraz badaniu dokumentów złożonych na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (pracowników WZP), zaś przy dokonaniu oceny merytorycznej cała komisja przyjęła ocenę członków komisji merytorycznie przygotowanych do oceny oferowanego sprzętu. Karta indywidualnej oceny ofert w kryterium właściwości użytkowe urządzenia została wypełniona również przez pracownika WZP, który nie uczestniczył w prezentacji.

Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do zarzutów dotyczących oferty KALIBER Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, że zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania, gdyż protokoły prezentacji potwierdzają jednoznacznie spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 21.05.2008 roku IBCOL Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 2 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz wykonania czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania przez osoby nie zapewniające bezstronności i obiektywizmu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty KALIBER Sp. z o.o.;
3. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej nie na podstawie kryterium oceny ofert.

Odwołujący się wywiódł, że Zamawiający błędnie przyjął, iż wyposażenie dodatkowe stanowi część oferty, podczas, gdy informacji o nim wymagał dopiero w dniu prezentacji. Siwz nie zawiera informacji, że wyposażenie dodatkowe ma stanowić przedmiot oferty, zaś Odwołujący się zaprezentował pełną prezentację wyposażenia dodatkowego związanego z urządzeniem zgodnie z pisemną informacją przedstawioną w dniu prezentacji, tak jak wymagał tego Zamawiający w piśmie z dnia 14.04.2008 roku.

Za rażące naruszenie art. 7 ust. 2 Pzp Odwołujący się uznał fakt dokonania indywidualnej oceny ofert przez Panią Ewę M. nieobecną podczas prezentacji, gdyż możliwości techniczne i użytkowe oferowanego sprzętu nie mogą zostać ocenione wyłącznie na podstawie dokumentów, co wyraźnie zastrzegł Zamawiający opisując kryteria oceny ofert. Zachowanie zasady obiektywizmu powinno polegać na powstrzymaniu się od oceny nie zaś na bazowaniu na subiektywnej ocenie innego członka komisji.

Niezgodność oferty KALIBER Sp. z o.o. z siwz polega na braku spełnienia następujących wymogów określonych w ust. 1 i 2 załącznika do siwz :

- 1) braku możliwości generowania efektów dźwiękowych zwiększających realizm symulowanej sytuacji taktycznej – ust. 2.lit l;
- 2) braku na wyposażeniu narzędzi do wydruku wyniku strzelań – ust. 2 lit. n;
- 3) komplet oznaczeń dla pomieszczenia mieszczącego symulator nie spełniał wymagań norm (tylko wydruk czarno-biały) – ust. 2 lit p.

Niespełnienie wymagań określonych w siwz zaobserwowali i utrwaliли w formie notatki służbowej przedstawiciele Odwołującego się.

Odwołujący się wniósł o dokonanie ponownego badania i oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez KALIBER Sp. z o.o. oraz uznanie oferty złożonej przez niego za najkorzystniejszą

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oryginałów ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, pytań zadanych przez Odwołującego się Zamawiającemu – pisma z dnia 7.03.2008 roku, odpowiedzi Zamawiającego z dnia 17.03.2008 roku, pisma Zamawiającego z dnia 14.04.2008 roku informującego o harmonogramie i warunkach prezentacji oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników stron złożonych na rozprawie. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Na posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego złożył wniosek o nierozpoznawanie zarzutów dotyczących oferty KALIBER Sp. z o.o. (oferty najkorzystniejszej) podnosząc, że informacje o niezgodności wybranej oferty z siwz Odwołujący się powziął w dniu 23.04.2008 podczas prezentacji dokonywanej przez firmę KALIBER Sp. z o.o. W prezentacji uczestniczyli w charakterze obserwatorów przedstawiciele Odwołującego się (dowód: kopia protokołu prezentacji w aktach sprawy). Zatem termin na zgłoszenie zarzutów zaczął biec począwszy od daty prezentacji i podnoszenie zarzutów w oparciu o okoliczności faktyczne dotyczące prezentacji w proteście z dnia 7.05.2008 roku jest spóźnione.

Kierując odwołanie na rozprawę Izba postanowiła rozpatrzyć wszystkie zawarte w nim zarzuty, gdyż o wynikach badania i oceny ofert Odwołujący się powziął wiadomość w dniu 30.04.2008 r. zgodnie z zawiadomieniem o wynikach postępowania dokonane przez Zamawiającego na pdst. art. 92 ust. 1 Pzp.

Indywidualna ocena ofert była dokonana 25.04.2008 r. (dowód: druki ZP- 20 w aktach sprawy). Z faktu uczestnictwa w prezentacji w dniu 23.04.2008 roku przedstawiciele Odwołującego się nie można domniemywać oceny oferty dokonanej w późniejszej dacie przez komisję przetargową. W szczególności Odwołujący się nie miał danych, aby przypuszczać, że za właściwości użytkowe urządzenia wszystkie oferty otrzymają jednakową ilość punktów. W związku z tym Izba uznała, że w dacie dokonania prezentacji przez KALIBER Sp. zo.o. Odwołujący się nie miał podstaw do stwierdzenia, że grozi mu uszczerbek w interesie prawnym. Podstawą do uznania, że interes prawny Odwołującego się w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku było powiadomienie o wynikach badania i oceny ofert z dnia 30.04.2008 r. i termin na złożenie protestu na wybór najkorzystniejszej oferty zaczyna swój bieg od tej daty.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Złożona przez niego oferta została sklasyfikowana podczas oceny ofert na drugiej pozycji i zawiera drugą co, do wysokości cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Uznanie przez Izbę wszystkich

zarzutów odwołania skutkowałyby możliwością uzyskania zamówienia przez Odwołującego się.

Zamawiający w pkt XIV.1 siwz ustanowił następujące kryteria oceny ofert: cena (waga 70%) oraz właściwości użytkowe urządzenia (30%) podzielone na dwa podkryteria: 1) łatwość obsługi, szybkość montażu i demontażu, możliwość dodawania innych rodzajów broni i środków przymusu bezpośredniego (0-20 pkt), 2) wyposażenie dodatkowe, bezpośrednio związane z urządzeniem ( 0-10pkt). Zamawiający ustalił we wskazanym punkcie siwz, że właściwości użytkowe urządzenia zostaną ocenione odrębnie, indywidualnie przez każdego z członków komisji oddzielnie w trakcie prezentacji urządzenia.

Okoliczność, że wyposażenie dodatkowe bezpośrednio związane z urządzeniem nie stanowi oferty jest między stronami bezsporna. Izba ustaliła, że informacja o mogącym mieć zastosowanie wyposażeniu dodatkowym miała być przedstawiona Zamawiającemu w dniu dokonania prezentacji (dowód: pismo z dnia 14.04.2008 roku w aktach sprawy).

Przez złożenie oferty między Wykonawcą a Zamawiającym powstaje specyficzna więź prawna (stosunek przetargowy). Wykonawca, jeśli złożona przez niego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu i zostanie z nim podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego, zobowiązuje się do wykonania swego świadczenia zgodnie z treścią złożonej przez siebie oferty z należytą starannością. Zobowiązaniem Zamawiającego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz i (jeżeli nie zaistnieją wyjątkowe określone w Pzp przesłanki) zawarcie z wybranym wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Siwz jest podstawowym dokumentem dla oceny spełnienia przez strony stosunku przetargowego swoich zobowiązań w procedurze wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba stwierdza, że Zamawiający nie przestrzegał w postępowaniu ustalonych przez siebie w siwz postanowień.

Skoro Zamawiający ustanowił kryteria oceny ofert w postępowaniu, to zobowiązany jest do dokonania oceny z zastosowaniem wszystkich przyjętych przez siebie kryteriów i podkryteriów. Pominięcie któregośkolwiek z przyjętych kryteriów lub niepełna ocena w obrębie kryterium stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp oraz wskazuje na brak należytej staranności przy prowadzeniu postępowania.

Izba ustaliła, że w pismach złożonych przez wykonawców zostało wskazane wyposażenie dodatkowe różne, co do ilości i rodzaju oferowanego sprzętu (dowód: zestaw wyposażenia dodatkowego załączony do protokołów prezentacji w aktach sprawy). Skoro Zamawiający w siwz nie wymagał od wykonawców przedstawienia określonego zakresu wyposażenia dodatkowego mogącego współpracować z oferowanym trenerem i nie zastrzegł w siwz, że brak zaprezentowania wszystkich ujętych w wykazie urządzeń spowoduje ocenę 0 pkt w

podkryterium 2), to zakres oferowanego wyposażenia dodatkowego był pozostawiony wyborowi wykonawców biorących udział w postępowaniu i brak prezentacji wszystkich ujętych w wykazie urządzeń nie powinien skutkować utratą wszystkich przewidzianych do uzyskania w podkryterium punktów. W ocenie Izby ocena 0 pkt mogłaby być przyznana jedynie w przypadku braku wskazania lub zaprezentowania jakiegokolwiek wyposażenia dodatkowego. W pozostałych przypadkach Zamawiający powinien dokonać oceny ofert i przyznać im stosowną ilość punktów. Zamawiający nie dokonał oceny ofert z zastosowaniem całości przewidzianych w siwz kryteriów, czym nie tylko naruszył art. 91 ust. 1 Pzp ale też dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Zaprzeczeniem tej zasady jest przyznanie 0 pkt w sytuacji, gdy wskazane zostało przez wykonawców wyposażenie dodatkowe stosownie do zadań Zamawiającego i wykonawcy zaproponowali różne wyposażenie.

Izba stwierdza ponadto, że w protokołach dotyczących przeprowadzonej prezentacji oraz pozostałej dokumentacji postępowania, brak jest informacji, że wykonawcy, którzy przeprowadzali prezentację nie przedstawili całości ujętego w złożonych przez siebie wykazach wyposażenia dodatkowego.

Wobec powyższych ustaleń twierdzenia zawarte w indywidualnych kartach oceny ofert dotyczące podkryterium 2) nie znajdują potwierdzenia w brzmieniu siwz i innych dokumentach postępowania, w szczególności protokołach z prezentacji.

Zarzut niezgodnej z przepisami Pzp oceny ofert naruszającej art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp znalazł potwierdzenie.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że w trakcie oceny ofert komisja przetargowa przyjęła założenie, że punkty za wyposażenie dodatkowe zostaną przyznane wyłącznie w sytuacji, gdy podczas prezentacji wykonawca zaprezentuje całość ujętego przez siebie w wykazie sprzętu oraz, gdy wszystkie urządzenia ujęte w wykazie będą w stanie poprawnie współpracować z oferowanym trenerem.

Wobec zgłoszenia przez Odwołującego się wskutek ww. oświadczenia alternatywnego wniosku o unieważnienia postępowania, wykraczając na podstawie art. 191 ust. 3 zd. 2 Pzp poza granice zarzutów określone w proteście, Izba stwierdza, że zgodnie art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert mogą być cena albo cena i inne w sposób taksatywny wymienione w przepisie kryteria, odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Wyposażenie dodatkowe nie zostało ujęte w opisie przedmiotu zamówienia, nie stanowiło też treści złożonych ofert (okoliczności przyznane i bezsporne). Skoro kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia, a przedmiotem zamówienia jest trener strzelecki i wyposażenie dodatkowe może zostać do niego dokupione w przyszłości, to Zamawiający mógłby przewidzieć w siwz możliwość oceny trenera pod kątem możliwości rozbudowy go lub współpracy z opisanym przez siebie wyposażeniem dodatkowym. Zamawiający nie jest

uprawniony do dokonywania oceny wyposażenia dodatkowego nie będącego przedmiotem zamówienia. Konieczność ustalania kryteriów oceny ofert związanych z przedmiotem zamówienia (odnoszących się do przedmiotu zamówienia) jest jednolicie rozumiana zarówno przez orzecznictwo sądów powszechnych, jak też w wyrokach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Kryteria oceny ofert i opis sposobu oceny ofert stanowią mają fundamentalne znaczenie w postępowaniu i powinny być formułowane przez Zamawiającego z najwyższą starannością. Zamawiający winien precyzyjnie wskazać, co i w jaki sposób będzie oceniał zarówno w poszczególnych kryteriach, jak też i podkryteriach, jeśli je ustanowił. W okolicznościach sprawy ma to szczególnie doniosłe znaczenie, gdyż, jak oświadczył Zamawiający na rozprawie poszczególne urządzenia dodatkowe mają dla niego różne znaczenie, przywiązuje do poszczególnych zaoferowanych urządzeń inną wagę, np. ujęty w wykazie Odwołującego się w pkt. 5 zewnętrzny moduł zawierający złącza Wejścia i Wyjścia był dla Zamawiającego szczególnie istotny. W takim przypadku Zamawiający winien precyzyjnie wskazać, jakie urządzenia są dla niego najistotniejsze. Prawidłowe sformułowanie kryterium oceny ofert umożliwiłoby wykonawcom przygotowanie ofert w większym stopniu odpowiadających potrzebom Zamawiającego a w konsekwencji pełniejsze zaspokojenie tych potrzeb.

Kryteria oceny ofert sformułowane w siwz nie tylko obarczone są brakiem wystarczającej precyzji i w związku z tym prowadzą do arbitralnej oceny Zamawiającego ale też w konsekwencji (w sytuacji, gdy wyposażenie dodatkowe byłoby przedmiotem zamówienia) doprowadziłoby do złożenia nieporównywalnych ofert, gdyż wykonawcy składają różne co do ilości opcji i rozwiązań technicznych wyposażenie dodatkowe i nie jest możliwe porównanie go.

Ze wskazanego wyżej oświadczenia Zamawiającego dotyczącego sposobu oceny podkryterium 2) przez komisję przetargową wynika, że komisja przetargowa dokonała doprecyzowania sposobu oceny ofert po otwarciu ofert, co jest niedopuszczalne. Nawet jeśli przyjąć, że co do zasady, nie można wykluczyć możliwości dokonywania doprecyzowania kryteriów oceny ofert na co wskazuje przytoczone na rozprawie przez Zamawiającego orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, to nie jest możliwe dokonanie takiego uściślenia po upływie terminu składania ofert, gdyż godzi to w podstawowe zasady prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone w art. 7 Pzp, w szczególności zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro ustawodawca w art. 38 ust. 5 Pzp wyłączył możliwość zmiany kryteriów oceny ofert przed terminem składania ofert, tym bardziej zmiana taka nie jest dopuszczalna po otwarciu ofert.

Potwierdził się również zarzut niewłaściwej oceny oferty przez członka komisji przetargowej. Zamawiający stwierdził w rozstrzygnięciu protestu i przyznał na rozprawie, że pani Ewa M.

nie uczestniczyła w prezentacji ale dokonała oceny ofert. Ocena ofert w kryterium pn. właściwości użytkowe, sprowadzająca się do przyjęcia za własne ocen merytorycznie przygotowanych członków Komisji, jest niezgodna z przepisami Pzp. Art. 21 ust. 3 Pzp daje kierownikowi zamawiającego możliwość takiego określenia trybu pracy i zakresu obowiązków członków komisji przetargowej, aby zindywidualizować zakres czynności poszczególnych członków komisji i w konsekwencji zakres ich odpowiedzialności. Jeśli kierownik zamawiającego nie skorzystał z tego uprawnienia, to każdy z członków komisji powinien samodzielnie dokonać czynności przewidzianych w postępowaniu przyjmując za nie indywidualną odpowiedzialność. Skoro Zamawiający zastrzegł w siwz, że ocena kryterium nastąpi w czasie prezentacji, to rażącym naruszeniem ustawy jest dokonanie oceny przez osobę, która w niej nie uczestniczyła. Dokonanie indywidualnej oceny niezgodnie z postanowieniami siwz zakładającej konieczność obecności na prezentacji dla dokonania oceny właściwości użytkowych oferowanych trenażerów przez osobę nieobecną podczas prezentacji i nieprzygotowaną merytorycznie do dokonania takiej oceny nie tylko stanowi naruszenia art. 7 ust. 2 Pzp ale może prowadzić również do narażenia takiej osoby na zarzut popełnienia czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.).

Zatem Izba ustaliła, że kryteria oceny ofert zostały sformułowane przez Zamawiającego z naruszeniem art. 91 ust. 2 Pzp, a procedura oceny ofert nastąpiła z pogwałceniem art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Wadliwe ustalenie kryteriów oceny ofert jest wadą postępowania tkwiącą w nim od początku, która nie może być konwalidowana w żadnym przypadku. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego brak złożenia środków ochrony prawnej na treść siwz dotyczącej kryteriów oceny ofert oraz sposobu dokonywania oceny ofert nie sanuje postanowień siwz niezgodnych z prawem, co potwierdza orzecznictwo sądów okręgowych. Izba stwierdza, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z rażącym naruszeniem przepisów Pzp i umowa zawarta z wybranym wykonawcą dotknięta byłaby sankcją nieważności ze skutkiem *ex tunc* (od chwili jej zawarcia).

Wobec stwierdzenia zaistnienia przesłanki wymienionej w art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp Izba działając na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 3 Pzp postanowiła unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Postanawiając powyższe Izba uwzględniła również oświadczenie Zamawiającego, że wyposażenie dodatkowe oraz część elementów wchodzące w skład oferowanych trenażerów, została zwrócona wykonawcom i nie jest możliwe powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert, z uwagi na brak możliwości powtórzenia prezentacji. Izba stwierdza jednocześnie, że dokonując zwrotu sprzętu przedstawionego

podczas prezentacji Zamawiający nie zastosował się do udzielonej przez siebie w dniu 17.03. 2008 roku odpowiedzi na pytanie Odwołującego się. (dowód: oświadczenie Zamawiającego w protokole rozprawy oraz odpowiedź Zamawiającego na pytanie z dnia 17.03.2008 roku).

Za niepotwierdzone uznaje natomiast Izba zarzuty dotyczące niezgodności oferty złożonej przez KALIBER Sp. z o.o. z siwz

Ust. 2.lit l załącznika Nr 1 do siwz stanowi o możliwości generowania efektów dźwiękowych zwiększających realizm symulowanej sytuacji taktycznej i nie wskazuje jakiego rodzaju efektów dźwiękowych oczekuje Zamawiający. W związku z tym trener przedstawiony w ofercie przez KALIBER Sp. z o.o., który ma możliwość generowania odgłosów strzałów (okoliczność niezaprzeczona przez Odwołującego się) a nie oferuje możliwości generowania innych odgłosów np. wydawanych podczas walki, nie może zostać uznany jako niezgodny z siwz.

Izba nie uznała również zarzutu braku na wyposażeniu narzędzi do wydruku wyniku strzelań. Izba stwierdza, że ust. 2 lit. n Załącznika nr 1 do siwz wskazuje na konieczność wyposażenia trenera w system rejestrujący co Odwołujący się ocenia jako wymóg zaoferowania drukarki. Izba stwierdza, że wskazane postanowienie siwz wymaga, aby oferowany trener był wyposażony w system posiadający narzędzia umożliwiające dokonanie wydruku, zatem nie wymagało zaoferowania urządzeń. W ocenie Izby drukarka jest urządzeniem a nie narzędziem.

Jednak wobec oświadczeń złożonych przez Zamawiającego na rozprawie, że zarówno wyposażenie dodatkowe jak i części trenera zostały zwrócone wykonawcom i Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić co aktualnie jest u niego zdeponowane, Izba stwierdza, że wobec uniemożliwienia przez Zamawiającego przeprowadzania dowodu Odwołujący się, co do zasady, nie powinien być obciążany negatywnymi skutkami procesowymi takich działań Zamawiającego. Jedną z fundamentalnych zasad mających zastosowanie w całej procedurze udzielania zamówień publicznych jest zasada jawności – art. 8 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie może jej ograniczać poza przypadkami określonymi w przepisach, które jako wyjątki powinny być interpretowane ściśle. Z zasady jawności wynika możliwość zapoznawania się wykonawców z ofertami złożonymi przez konkurencję oraz utrwalania poczynionych przez siebie ustaleń w celach dowodowych. Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczania praw wykonawców w tym zakresie.

Odwołujący się nie udowodnił również zarzutu niezgodności oferty KALIBER Sp. z o.o. z ust. 2 lit. p Załącznika nr 1 do siwz polegającego na niespełnieniu wymagań norm, gdyż komplet oznaczeń dla pomieszczenia mieszczącego symulator jest czarno-biały. Odwołujący się nie sprecyzował, które z postanowień wskazanych przez niego na rozprawie norm PN-N-

01256-4 z roku 1997 oraz PN-92/N-01256/01 kwestionuje. Nie przedstawił również Izbie treści norm, które nie są aktem prawnym powszechnie dostępnym.

Z uwagi na powyższe Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp za niepotwierdzony.

Oświadczenia złożone na rozprawie przez pełnomocników stron oraz dokumentacja postępowania pozwoliła Izbie na ustalenie okoliczności faktycznych w stopniu pozwalającym na wydanie orzeczenia. Ponadto Izba stwierdza, że żadnemu z wnioskowanych dowodów nie można przyznać mocy dowodowej. Odnosząc się szczegółowo do złożonych wniosków dowodowych Izba stwierdza, że wskazane osoby miałyby zeznawać na okoliczność przebiegu prezentacji w dniu 23.04.2008 roku z której przebiegu istnieje dowód w formie pisemnej (protokół i tabela porównawcza) a nadto w rzeczywistości problem dotyczy interpretacji postanowień siwz a nie zaoferowanego przez wykonawcę KALIBER Sp. z o.o. sprzętu. Ponadto z uwagi na fakt, iż zaoferowane trenażery są w dniu rozprawy, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego niekompletne, a wyposażenie dodatkowe zostało zwrócone wykonawcom, brak jest możliwości skonfrontowania zeznań świadków ze stanem faktycznym. Z uwagi na powyższe nie jest możliwe przeprowadzenie dowodu z oględzin oraz dopuszczenie dowodu z notatki służbowej sporządzonej przez pracowników Odwołującego się podczas prezentacji dokonywanej przez KALIBER Sp. z o.o. Izba odmówiła również mocy dowodowej dwóm dokumentom złożonym przez Zamawiającego a określonym w protokole rozprawy jako instrukcja obsługi trenażera (zaoferowanego przez KALIBER Sp. z o.o.) Instrukcja jest dokumentem o charakterze ogólnym i brak jest możliwości sprawdzenia, czy w pełnym zakresie odnosi się ona do trenażera zaoferowanego przez KALIBER Sp. z o.o. Ponadto jej tłumaczenie polskie (fragment jednej z części instrukcji) nie zostało złożona wraz tłumaczeniem przysięgłym i nie spełnia wymagań określonych w § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327).

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 3. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3600 zł 00 gr.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*