

Sygn. akt: KIO 2173/12

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 23 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 23 października 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne MCX Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gotarda 9 i MCX Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Gotarda 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Komendanta Wojewódzkiego Policji w Rzeszowie Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie, ul. Dąbrowskiego 30**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum NextiraOne Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na ul. Chmielnej 85/87 i Zeto-Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Rejtana 55** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2173/12 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne MCX Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gotarda 9 i MCX Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Gotarda 9** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę systemu dystrybucji informacji głosowej, tekstowej, wizualnej oraz alarmowania w jednostkach Policji woj. podkarpackiego wraz z elementami wyposażenia centrów zarządzania siecią regionalną zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Komendanta Wojewódzkiego Policji w Rzeszowie Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie, ul. Dąbrowskiego 30 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lutego 2011r. za numerem 2011/S 27-043959.

W dniu 27 września 2012r. zamawiający zaprosił wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne MCX Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gotarda 9 i MCX Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Gotarda 9 – dalej odwołującego do udziału w testach funkcjonalności w zakresie części 1, 2 i 3 i przekazał postanowienia procedury testowej. Z załączonego do zaproszenia harmonogramu prowadzenia testów wynika, że do testów zaproszono także konsorcjum NextiraOne Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na ul. Chmielnej 85/87 i Zeto-Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Rejtana 55 – dalej przystępujący.

W dniu 8 października 2012r. odwołujący wniósł odwołanie na postanowienia procedury testowej polegające na zmianie treści siwz po upływie terminu na składanie ofert oraz na zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego i czynność zaproszenia tego wykonawcy do udziału w testach, a także z ostrożności od zaniechania wezwania przystępującego do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w zakresie części 1 postępowania zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz.759 ze zm.- dalej ustawy) poprzez zaproszenie przystępującego do udziału w testach funkcjonalności, pomimo że przystępujący jako podlegające wykluczeniu z postępowania nie powinien takiego zaproszenia otrzymać,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania przystępującego, pomimo że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania przystępującego, pomimo że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania,
4. z ostrożności naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania,
5. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 38 ust. 4 ustawy poprzez dokonanie czynności zmiany treści SIWZ w zakresie zasad przeprowadzania testów funkcjonalności pomimo upływu terminu składania ofert.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia w zakresie części nr 1. W tym celu Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę. Zamawiający uznał, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym został zaproszony do udziału w testach funkcjonalności. Zaproszenie przystępującego do udziału w testach funkcjonalności i dalsza ocena oferty złożonej przez konsorcjum, pomimo że przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania, może pozbawić odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Może się bowiem okazać, że po przeprowadzeniu testów zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę wybierze ofertę przystępującego. Ponadto z ostrożności wskazać należy, gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, wezwałby przystępującego do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co zwiększałoby szansę odwołującego na uzyskanie zamówienia, jeżeli przystępujący nie uzupełniłby skutecznie oświadczeń lub dokumentów. Co więcej, zaproszenie przystępującego do udziału w testach, pomimo że przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania w razie nieuzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów, może pozbawić odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Może się bowiem okazać, że po przeprowadzeniu testów zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę wybierze ofertę przystępującego. Odwołujący podniósł także, że czynność zmiany siwz dokonana przez zamawiającego, także wyrządza odwołującemu szkodę, bo uniemożliwia mu prawidłowe przygotowanie się do testów i ich przeprowadzenie,

co może doprowadzić do odrzucenia oferty odwołującego zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ, pkt 1 ppkt 8.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w zakresie części nr 1 zamówienia:

- a) unieważnienia czynności zaproszenia przystępującego do udziału w testach funkcjonalności,
- b) powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego,
- c) dokonania czynności wykluczenia z postępowania przystępującego z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu,
- d) unieważnienia czynności zmiany treści SIWZ w zakresie zasad przeprowadzania testów funkcjonalności i przywrócenia pierwotnych postanowień SIWZ w tym zakresie w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Z ostrożności oraz tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby wezwał przystępującego do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów odwołujący wskazał:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania przystępującego, pomimo że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, odwołujący stwierdził, że zamawiający, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 2b) SIWZ, postanowił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: wykonali należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: przynajmniej 1 dostawę polegającą na dostarczeniu systemu infokiosków, o wartości nie mniejszej niż 100000,00 PLN brutto. Jeżeli ta dostawa jest częścią większej inwestycji, to należy wyodrębnić wartość związaną z systemem infokiosków.

Przystępujący w złożonej ofercie, na stronie 38, zamieścił wykaz zrealizowanych dostaw:

W wierszu 1 podano wartość dostawy 20 919 810,00zł., odbiorcę – Ministerstwo Obrony Narodowej, przedmiot- Dostawa polegająca na dostarczeniu systemów telefonii IP „end to end” i datę realizacji - 13. 11.2007- 29 .09. 2009

W wierszu 2 podano wartość 15 799 000,00zł., odbiorcę-Ministerstwo Obrony Narodowej, przedmiot- Dostawa polegająca na dostarczeniu systemów telefonii IP „end to end” i datę realizacji 23 .10. 2008-21.01.2010,

W wierszu 3 podano wartość 258 016,88zł., odbiorcę -Powiat Dębicki, przedmiot- Dostawa Systemu infokiosków i datę realizacji : 05.2009 - 07.2009

Wyodrębniając w pozycji nr 3, kolumna druga, wartość dostawy systemu infokiosków i składając oświadczenie, że wartość dostawy systemu infokiosków wynosiła 258 016, 88 PLN.

Odwołujący, dokonał analizy otrzymanej od Starostwa Powiatowego w Dębicy umowy dostawy zawartej w dniu 22.05.2009r. pomiędzy Powiatem Dębickim a ZETO-RZESZÓW Sp. z o.o. i stwierdził, że przedmiotem w. umowy była dostawa sprzętu teleinformatycznego i oprogramowania w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Informatyzacja Starostwa Powiatowego w Dębicy oraz rozwój usług Publicznych on-line, w tym przeprowadzenie szkoleń pracowników Starostwa. Wartość całego zamówienia opiewała na kwotę 258 016, 88 PLN, przy czym szczególnego podkreślenia wymaga, iż w skład tego zamówienia oprócz systemu infokiosków wchodził przede wszystkim inny sprzęt informatyczny, oprogramowanie oraz szkolenie pracowników. Z formularza cenowego będącego integralną częścią przedmiotowej umowy dostawy można wyodrębnić elementy składające się na system infokiosków wraz z oprogramowaniem. W ocenie odwołującego, wartość systemu infokiosków (sprzęt oraz oprogramowanie do jego obsługi) opiewała na kwotę 61 663, 68 PLN brutto. Odwołujący uznał zatem, że przystępujący złożył nieprawdziwą informację, mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania i powinien podlegać obowiązkowemu wykluczeniu. Informacje na temat wartości dostawy systemu infokiosków, podane przez przystępującego, są informacjami nieprawdziwymi, stojącymi w rażącej sprzeczności z faktami. Jednocześnie, zdaniem odwołującego, informacje te mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wskutek ich złożenia zamawiający dokonał błędnej oceny spełniania ww. warunek udziału w postępowaniu, bowiem uznał, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia. Tymczasem, gdyby pominąć dostawę wykonaną dla Starostwa Powiatowego w Dębicy, należałoby uznać, że przystępujący nie wykazał spełniania ww. warunku. Tym samym, gdyby nie nieprawdziwe informacje, podane przez przystępującego w wykazie, to wykonawca ten nie »zyskałby zaproszenia do udziału w testach, lecz zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu. Poprzez podanie nieprawdziwych informacji na temat wartości dostawy systemu infokiosków przystępujący może wpłynąć na wynik postępowania, bowiem to dzięki tym właśnie nieprawdziwym informacjom został zaproszony do udziału w testach funkcjonalności i będzie mógł nadal ubiegać się o udzielenie mu zamówienia. Może się zatem okazać, że to oferta złożona przez przystępującego zostanie wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza oferta, mimo że przystępujący nie powinien zostać zaproszony do udziału w testach. Wskazał, że art. 24ust. 2 pkt 3 ustawy jest normą ius cogentis, zatem zamawiający jest zobowiązany

wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dochowania obowiązku wykluczenia z postępowania wymaga zarówno formalizm procedury o udzielenie zamówienia publicznego, zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy, jak i konieczność ochrony interesu zamawiającego. Odwołujący zauważył, że informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy, zaś składając ofertę w postępowaniu bierze za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie zamawiającego w błąd. W świetle treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej bez znaczenia jest okoliczność, czy podanie nieprawdziwych informacji jest zawinione przez wykonawcę czy nie. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał wyrok KIO z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1578/10,, wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2009 r. o sygn. akt 1004/09, a także wyrok KIO z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1550/10, wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 372/10, wyrok KIO z 22 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1778/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 10 listopada 2009 r., sygn. akt: VII Ga 136/09.

Odwołujący podkreślił, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga aktów staranności na każdym etapie, gdyż wprowadzenie do ustawy normy art. 24 ust. 2 pkt 3 jest wyrazem troski ustawodawcy nie tylko o słuszny interes zamawiającego, a w szerszym aspekcie również interes publiczny, ale wskazuje też na potrzebę uczciwości w obrocie gospodarczym. Ratio legis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest eliminacją z postępowania wykonawców, którzy poświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia. Wskazał, że przepisy ustawy nie zawierają żadnej przesłanki ekskulpacyjnej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania przystępującego, pomimo że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, odwołujący stwierdził, że zgodnie z pierwszą częścią uzasadnienia zostało wykazane, że przystępujący w rzeczywistości nie spełnia postawionego przez zamawiającego warunku dotyczącego wykonania dostawy polegającej na dostarczeniu systemu infokiosków, o wartości nie niniejszej niż 100000,00 PLN brutto. Powyższe powoduje jednocześnie, iż nie sposób uznać, że przystępujący wykazał spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu. Tym samym przesłanki określone w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zostały spełnione i przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania również na tej podstawie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania przystępując do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, odwołujący podniósł, że skoro przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a jednocześnie w tym zakresie złożył nieprawdziwe informacje, to nie jest możliwe wezwanie przystępując do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wykonania dostawy polegającej na dostarczeniu systemu infokiosków, o wartości nie niniejszej niż 100000,00 PLN brutto, co wskazał za ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE, ZESZYTY ORZECZNICZE, WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH, ZESZYT NR 6, WARSZAWA, GRUDZIEŃ 2010

Zgodnie bowiem z jednolitym i utrwalonym orzecnictwem KIO art. 26 ust. 3 ustawy nie służy do zastępowania nieprawdziwych informacji prawdziwymi. Dla poparcia swojego stanowiska wskazał na wyrok KIO z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1578/10, wyrok KIO z 24 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 101/10, wyrok KIO z 22 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1778/09, Jedyne z ostrożności zatem odwołujący postawił zarzut zaniechania czynności wezwania przystępującego do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, i jedynie na wypadek gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest jednak dopuszczalne.

Co do zarzutu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 38 ust. 4 ustawy poprzez dokonanie czynności zmiany treści SIWZ w zakresie zasad przeprowadzania testów funkcjonalności pomimo upływu terminu składania ofert, odwołujący podniósł, że zamawiający wskazał w SIWZ (§12 ust. 2), że: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający przeprowadzi testy funkcjonalności dotyczące części nr 1, części nr 2 i części nr 3 według zasad określonych w Załączniku nr 9 do SIWZ.” Tym samym zasady przeprowadzenia testów funkcjonalności zostały przez zamawiającego uregulowane w SIWZ (w Załączniku nr 9) i obecnie zamawiający nie ma prawa od nich odstąpić czy je modyfikować. Zgodnie bowiem z art. 38 ust. 4 ustawy w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tle literalnego brzmienia ww. przepisu nie ma najmniejszych wątpliwości, że wszelkie zmiany treści SIWZ czy załączników do SIWZ, stanowiących przecież integralną jej część mogą, być dokonane tylko i wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, natomiast po upływie ww. terminu treść SIWZ musi pozostać niezmienną. Wskazał na wyrok KIO z dnia

14 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1640/12, który w ocenie odwołującego zapadł w analogicznym stanie faktycznym.

Pismem z dnia 27 września 2012 r., numer ZPF-1267/2012, zamawiający zaprosił odwołującego do udziału w testach i przekazał mu postanowienia procedury testowej, w istotnych punktach obiegającej od postanowień Załącznika nr 9 do SIWZ, w którym uregulowane zostały zasady przeprowadzania testów funkcjonalności. Przekazanie ww. procedury testowej oceniać należy zatem jako dokonanie przez zamawiającego modyfikacji treści SIWZ. W ocenie odwołującego konieczne jest unieważnienie czynności zmiany treści SIWZ dokonanej ww. pismem zamawiającego w zakresie zasad przeprowadzania testów funkcjonalności i przywrócenie pierwotnych postanowień SIWZ.

W tym zakresie odwołujący domaga się zatem nakazania zamawiającemu:

1. zmiany terminu testów, w tym terminu testów dla odwołującego tak, aby zaczynały się one po zakończeniu testów przez przystępującego,
2. dopuszczenia przedstawiciela odwołującego (obserwatora) do uczestniczenia- obserwacji przygotowania/installacji oraz prezentacji funkcjonalności i wyników przez konkurenta,
3. pominięcia postanowień zawartych w piśmie z 27 września 2012 r. w pkt 7, Część II - Przebieg testów i zastosowanie postanowień zawartych w w pkt 1 ppkt 10 załącznika 9 do SIWZ bez dokonywania jakichkolwiek zmian w ich treści.

Za powyższym przemawiają następujące argumenty:

Ad. 1 Wyznaczenie tego samego terminu testów dla odwołującego i przystępującego jest sprzeczne z zapisami pkt 1. ppkt 6) załącznika nr 9 do SIWZ oraz stwarza ryzyko uniemożliwienia przeprowadzenia testów przez drugiego wykonawcę w sposób odmienny od opisanego w załączniku nr 9 do SIWZ. Odwołujący zauważył, że zgodnie z postanowieniami pkt 1 ppkt 6 Załącznika nr 9 do SIWZ wykonawcy mieli przystąpić do testów w kolejności odwrotnej do kolejności złożenia ofert. Biorąc pod uwagę, że odwołujący złożył swoją ofertę dwa dni wcześniej niż przystępujący, w pełni zasadne było jego oczekiwanie, że zostanie zaproszony do przeprowadzenia testów po przystępującym, czyli jak to wskazano w SIWZ w kolejności odwrotnej do kolejności złożenia ofert. Odwołujący przygotowując swoją ofertę i składając ją wcześniej niż przystępujący, liczył właśnie na to, że zwiększony wysiłek związany z przygotowaniem oferty w krótszym terminie zostanie „nagrodzony” przez zamawiającego zaproszeniem odwołującego do testów w późniejszym terminie, po testach przystępującego, tak że na przygotowanie się do testów odwołujący będzie miał więcej czasu. Tymczasem z niezrozumiałych względów zamawiający w piśmie z dnia 27 września 2012 r. odstąpił od zasady ustalonej w pkt 1 ppkt 6 Załącznika 9 do SIWZ i nie tylko, że nie zaprosił odwołującego do udziału w testach w kolejności odwrotnej do kolejności złożenia ofert, to jeszcze wyznaczył odwołującemu

ten sam termin na przeprowadzenie testów co przystępującemu. W rezultacie okazało się, że zwiększony wysiłek odwołującego i poniesione przez niego koszty wiążące się z przygotowaniem oferty w krótszym terminie, wbrew zasadom określonym w SIWZ, nie zostały „nagrodzone” przez zamawiającego zaproszeniem odwołującego do testów w późniejszym terminie, po testach przystępującego., co pozwoliłoby Odwołującemu na lepsze przygotowanie się do testów i zwiększenie tym samym prawdopodobieństwa ich pozytywnego wyniku. Gdyby odwołujący wiedział, że zamawiający nie zamierza respektować zasady podobnie jak przystępujący złożyłby ofertę później.

Powyższe nie jest, w ocenie odwołującego, jedynym przykładem na odstąpienie przez zamawiającego od zasad przeprowadzenia testów, określonych w Załączniku nr 9 do SIWZ. I tak, w pkt 1. ppkt 6) Załącznika nr 9 do SIWZ, Zamawiający podał: „Wykonawcy przystąpią do testów w kolejności odwrotnej do kolejności złożenia oferty”. W piśmie z dnia 27 września 2012 r. zamawiający wskazał natomiast w pkt 2 Części I - Postanowienia ogólne, że testy funkcjonalności w zakresie części 1 odbędą się w dniach 08 - 12.10.2012 w godzinach 8:00-15:00 na dwóch stanowiskach testowych, a w pkt 5: „Podczas testów Wykonawca dowolnie dysponuje przyznanym mu czasem dzieląc go według własnego uznania na etap przygotowania instalacji testowej oraz etap prezentacji funkcjonalności, przy czym wymagane jest zakończenie testów w czasie określonym w SIWZ”. Ponadto w harmonogramie testów przewidziane zostały przez zamawiającego te same dni robocze na testy dla obu wykonawców (08-12.10.2012). Zgodnie z Załącznikiem 9 do SIWZ pkt 2 ppkt 1 ,7 i 8 testy należy rozumieć jako instalację i faktyczne testowanie funkcjonalności zaproponowanych w ofercie oraz prezentację wyników. W związku z powyższym zapisy ww. punktów w SIWZ i pkt 2 i 5 Części I-Postanowienia ogólne w piśmie z 27 września 2012 r. wzajemnie się wykluczają, bowiem nie jest, według odwołującego, możliwe fizyczne przeprowadzenie testów przez obie firmy tak, aby jednocześnie zachowana została zasada kolejności przeprowadzania testów wg kryterium pierwszeństwa złożonej oferty, gdy obie firmy będą te testy przeprowadzały w tych samych dniach. Testy w innych częściach tego postępowania przetargowego powinny być przeprowadzone najpierw przez jednego wykonawcę przez 5 dni roboczych, a po ich zakończeniu przez drugiego wykonawcę przez kolejne 5 dni roboczych. Taki harmonogram zapewnia jednakowe i równe traktowanie obu wykonawców w całej procedurze testowej. Ponadto, zdaniem odwołującego, ukończenie instalacji i przygotowania do testów przez Odwołującego wcześniej niż ich zakończenie przez przystępującego, spowodowałoby, że po zgłoszeniu gotowości do testów odwołujący będzie zmuszony, zgodnie z pkt 2 Część I-Postanowienia ogólne, oczekiwać na zakończenie instalacji i rozpoczęcie testów przez przystępującego. Biorąc też pod

uwagę pkt 1 ppkt 6 Załącznika 9 do SIWZ i przyjmując, że przystąpienie do testów oznacza przeprowadzenie testów od początku do końca, pracownicy odwołującego będą zmuszeni oczekiwać nawet na zakończenie testów przez przystępującego. Według odwołującego taka sytuacja powoduje, że oddelegowanie zespołu technicznego i osób biorących udział w testach ze strony odwołującego i ich bezczynne oczekiwanie na zakończenie instalacji i przeprowadzenie testów konkurenta stoi również w sprzeczności z pkt. 2, ppkt 1) Załącznika nr 9 do SIWZ wg ;o „Wykonawca na przeprowadzenie testów i zaprezentowanie wyników będzie dysponował czasem 5 kolejnych dni roboczych”. Dodatkowo, takie zasady przeprowadzania testów powodują, iż osoba będąca obserwatorem nie może jednocześnie uczestniczyć w przygotowaniu instalacji testowej i samych i swojej instalacji testowej. Ponadto w trakcie oczekiwania na zakończenie testów przez wykonawcę przystępującego do testów jako pierwszy, instalacja testowa drugiego wykonawcy nie może być przez niego nadzorowana, gdyż zgodnie z pkt. 1, ppkt. 5) testy jednego wykonawcy mogą się odbywać tylko w obecności jednego przedstawiciela drugiego wykonawcy - obserwatora. Ponieważ obie instalacje testowe będą w tym samym czasie i w tym samym pomieszczeniu, oczywistym jest, że instalacja testowa drugiego wykonawcy nie będzie podlegała nadzorowi w czasie testów pierwszego wykonawcy. Rodzi to ryzyko pojawienia się, w tym , awarii lub błędów w instalacji drugiego wykonawcy, które zostaną przez niego wykryte dopiero po ponownym przystąpieniu przez niego do testów/prezentacji i uniemożliwi mu ukończenie testów w wymaganym terminie.

Kolejnym argumentem na sprzeczne z SIWZ określenie terminu i zasad przeprowadzania testów jest fakt, iż w przypadku zgłoszenia gotowości do prezentacji przez przystępującego późno (np.12 października 2012 r.) lub wcale, odwołujący nie będzie miał możliwości przeprowadzenia testów w całości w terminie wynikającym z harmonogramu tj. do 12 października 2012 r. Odwołujący wskazał ponadto, że zapisy zawarte w harmonogramie testów przedstawionym w piśmie z dnia 27 września 2012 r. są sprzeczne z zapisami pkt 1 ppkt 5 Załącznika 9 do SIWZ. W pkt 1 ppkt 5 Załącznika 9 do SIWZ. Zamawiający zapisał: „Testy będą przeprowadzone w sposób jawny, w obecności przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, oraz po 1 przedstawicielu pozostałych Wykonawców (na prawach obserwatora), których instalacja testowa nie będzie w danym dniu przedmiotem prezentacji...” Biorąc pod uwagę harmonogram testów przedstawiony w piśmie z 27 września 2012 r. i wyznaczenie tych samych 5 dni roboczych dla obu Wykonawców nie jest możliwe spełnienie warunku przeprowadzenia testów w wyznaczonym terminie 08-12 października 2012 r. przez obu wykonawców, ponieważ podczas prezentowania w danym dniu funkcjonalności przez jednego wykonawcę, drugi

będzie mógł jedynie obserwować, a nie prezentować swoje funkcjonalności. Taka sytuacja w sposób oczywisty uniemożliwia przeprowadzenie testów w tym samym czasie 5 dni roboczych przez obu wykonawców. Dodatkowo dla odwołującego, nie jest zrozumiała zmiana procedury przeprowadzania testów w przypadku części 1 w stosunku do procedury, która obowiązywała przy przeprowadzaniu testów w przypadku części 2 i 3 i została uznana przez KIO w wyroku z dnia 10 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO-2361/11, 2362/11 i 2364/11) za właściwą i poprawną, co zostało również potwierdzone przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie w sprawie sygn. akt VI Ga 274/11, gdzie Sąd oddalił skargę Podkarpackiego Komendanta Wojewódzkiego Policji na wskazany wyrok KIO. Dodatkowo za zmianą terminu przemawia fakt, iż warunki do przeprowadzenia testów ustalone przez zamawiającego powinny być jednakowe dla obu wykonawców, tak aby możliwe było rzetelne przetestowanie proponowanych funkcjonalności przez obu wykonawców. Takich równych warunków zamawiający nie zapewnił, bowiem w piśmie z 27 września 2012 r. w pkt 1 Część II - Przebieg testów zamawiający napisał: „Zamawiający wskaże miejsce instalacji urządzeń oraz wymagane punkty styku z systemami teleinformatycznymi, a Wykonawca wykona montaż instalacji testowej”. Takie postanowienie, biorąc pod uwagę, że testy dla obu wykonawców mają się odbywać jednocześnie, nie zapewnia jednakowych warunków testowych dla obu wykonawców, bowiem nie jest możliwe w tym samym czasie zapewnienie dla obu wykonawców tych samych interfejsów oraz tego samego środowiska testowego, o którym mowa w pkt 2 ppkt 5 Załącznika 9 do SIWZ. Ponadto, korzystanie z tego samego środowiska testowego zamawiającego przez dwóch wykonawców jednocześnie może powodować zakłócenia w tym środowisku testowym, w tym takie zakłócenia, które uniemożliwią poprawne przeprowadzenie testów. Odwołujący podniósł, że w innych postępowaniach, w których uczestniczył, dla zapewnienia identycznych środowisk testowych dla wszystkich wykonawców, zamawiający zwykle przygotowuje kopię zapasową konfiguracji udostępnionego środowiska testowego i wgrywa go przed przystąpieniem do testów każdego wykonawców z osobna. Dlatego termin testów dla drugiego wykonawcy powinien rozpocząć się po zakończeniu testów przez pierwszego z nich i trwać kolejne 5 dni roboczych. Ponadto odwołujący wskazał, że w piśmie z 27 września 2012 r. postanowieniem zawartym w pkt 6 Część I- Postanowienia ogólne, zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ poprzez wprowadzenie ograniczenia dotyczącego czasu obecności przedstawiciela wykonawcy (obserwatora). Zamawiający w ww. piśmie napisał: „Przedstawiciele pozostałych Wykonawców uczestniczących w testach na prawach obserwatora mogą być obecni w pomieszczeniu testów wyłącznie w czasie etapu prezentacji funkcjonalności.” W pkt 1 ppkt 5 Załącznika 9 do SIWZ zamawiający takiego ograniczenia nie zawarł i napisał: „Testy będą przeprowadzone w sposób jawny, w obecności przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, oraz po 1 przedstawicielu

pozostałych Wykonawców (na prawach obserwatora), których instalacja testowa nie będzie w danym dniu przedmiotem prezentacji..." Rozumiejąc „testy” jako instalację, faktyczne przeprowadzenie testów funkcjonalności i prezentację wyników oraz biorąc pod uwagę postanowienie zawarte w pkt 1 ppkt 5 Załącznika 9 do SIWZ, wprowadzenie pismem z dnia 27 września 2012 r. ograniczenia możliwości przebywania przedstawiciela wykonawcy (obserwatora) jedynie do etapu prezentowania funkcjonalności jest niewątpliwie zmianą postanowień zawartych w załączniku 9 do SIWZ. Zamawiający tą zmianą ograniczył zasadę jawności postępowania.

Ponadto w piśmie z dnia 27 września 2012 r., w pkt 7, Część II - Przebieg testów, zamawiający zawarł zapis: „W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego konieczności wykonania prezentacji dodatkowej lub rozszerzonej funkcjonalności, Wykonawca wykona je w czasie i kolejności wyznaczonej przez Zamawiającego." Dodatkowo w pkt 1 ppkt 10 załącznika 9 do SIWZ, Zamawiający zapisał: „W trakcie testów Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozszerzenia zakresu testu o inne funkcjonalności urządzeń bezpośrednio wynikające z wymogów SIWZ, a nie zawarte w podstawowym zakresie testu. W takim przypadku, na wniosek Wykonawcy, Zamawiający może przydzielić dodatkowe 2 dni robocze na przygotowanie rozszerzonej prezentacji". Zdaniem odwołującego, czas i kolejność wykonania dodatkowych testów powinny zostać wspólnie uzgodnione z wykonawcą, a nie arbitralnie narzucone przez zamawiającego, który nie zna wszystkich aspektów technicznych prezentowanych urządzeń i nie może realnie i rzetelnie ocenić czy czas jaki wyznaczy arbitralnie wykonawcy na przygotowanie i przeprowadzenie takiego testu będzie wystarczający. Pozbawienie możliwości wykonawcy do przedstawienia potrzeb w ww. zakresie oraz brak przewidzianej procedury zgłaszania przez zamawiającego konieczności wykonania prezentacji dodatkowej lub rozszerzonej funkcjonalności powoduje powstanie podejrzenia, że podczas testów może dojść do nieprawidłowości i naruszenia zasad równego traktowania obu wykonawców. Z tego powodu odwołujący wniósł o pominięcie postanowień zawartych w piśmie z 27 września 2012 r. w pkt 7, Część II - Przebieg testów i zastosowanie postanowień zawartych w SIWZ bez dokonywania jego zmian.

Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu komplementariusza lidera konsorcjum upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisem z KRS komplementariusza. Komplementariusz jest upoważniony do prezentacji lidera, zgodnie z własnymi zasadami reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS dla lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 lipca 2011r. udzielonego przez obu członków konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji tych członków, przy czym za partnera pełnomocnictwo podpisał prezes zarządu partnera, upoważniony do jednoosobowej reprezentacji partnera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 października 2012r.

W dniu 8 października 2012r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 10 października 2012r. zgłosił swój udział przystępujący. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, ponieważ odwołujący domaga się unieważnienia czynności zaproszenia przystępującego do testów oraz wykluczenia go z przedmiotowego postępowania, a także zmiany zasad prowadzenia testów, która doprowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców poprzez faworyzowanie odwołującego. Przystępujący jest więc bezpośrednio zainteresowany zarówno oddaleniem żądania wykluczenia go z postępowania, jak i żądania dokonania zmian zasad prowadzenia testów. Uwzględnienie żądań odwołującego naraziłoby bowiem przystępującego na szkodę w postaci utraty przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu przystępujący podniósł, co do żądania unieważnienia czynności zaproszenia do testów przystępującego i wykluczenia go z postępowania, że wszystkie zarzuty i żądania odwołującego dotyczące unieważnienia czynności zaproszenia przystępującego do testów i wykluczenia go z postępowania, oparte są o jedną tezę: Odwołujący twierdzi, że przystępujący składając ofertę, złożył nieprawdziwe oświadczenie, iż wykonał dostawę systemu infokiosków o wartości 258.016,88 zł. Teza ta oparta jest na założeniu, że wartość systemu infokiosków dostarczonego w ramach realizacji umowy zawartej przez Zeto - Rzeszów sp. z o. o. z Powiatem Dębickim wynosiła tylko 61.663,68 zł. zamiast wymaganych 100.000 zł. Przystępujący stwierdza, że założenie to jest nieprawdziwe i podtrzymuje twierdzenie, iż Zeto -Rzeszów sp. z o. o. w ramach realizacji umowy z Powiatem Dębickim dostarczyła system infokiosków o wartości 258.016,88 zł. Takie stanowisko wynika z tego, że jest bezsporne, iż stosownie do § 5 ust. 1 kt 2b SIWZ, zamawiający wymagał, by wykonawcy wykonali przynajmniej jedną dostawę „systemu infokiosków” o wartości co najmniej 100.000 zł. Podkreślić należy, że w wymaganiu tym mowa jest wyraźnie o „systemie infokiosków”, a nie o samych „infokioskach”.

Przez „system infokiosków” należy rozumieć nie tylko same „infokioski”, lecz także całą infrastrukturę sprzętową i programową umożliwiającą dynamiczne zasilanie infokiosków danymi, zabezpieczenia, zarządzanie treściami udostępnianymi w infokioskach etc.

Odwołujący wskazał jako „system infokiosków” realizowany na podstawie umowy pomiędzy Zeto - Rzeszów sp. z o. o. tylko jedną z pozycji specyfikacji przedmiotu umowy, czyli wyłącznie same infokioski. Umowa obejmowała znacznie więcej elementów sprzętowych i oprogramowania, które łącznie składały się na system, którego zasadniczą funkcjonalnością było wprowadzanie do systemu informatycznego treści, zarządzanie tymi treściami, prezentacja ich w infokioskach, zapewnienie zasilania i bezpieczeństwa infokiosków etc. W

związku z faktem, że same „infokioski” nie mogą funkcjonować bez systemu informatycznego zarządzającego danymi prezentowanymi oraz bez tych danych, oraz biorąc pod uwagę wymaganie zamawiającego wyraźnie mówiące o „systemie”, a nie o samych „infokioskach”, Przystępujący uznał, że całe rozwiązanie informatyczne służące zasilaniu danymi infokiosków oraz obsłudze tych danych, stanowi „system infokiosków”. Podkreślił, że zamawiający nie zdefiniował pojęcia „systemu infokiosków” w SIWZ ani w żadnym innym dokumencie. Biorąc pod uwagę, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych komunikatów zamawiającego, a uprawnienie do składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ jest jedynie uprawnieniem, a nie obowiązkiem, zamawiający musi dopuścić każde, nawet najszersze, rozumienie „systemu infokiosków”. Ponieważ niewątpliwie każde rozwiązanie informatyczne, które służy obsłudze infokiosków, może być uznane za „system infokiosków”, nie ma możliwości, aby - jak chciałby tego odwołujący - na obecnym etapie postępowania zawęzić zakres warunków udziału w postępowaniu poprzez doprecyzowanie pojęcia „systemu infokiosków”.

Podanie w wykazie wykonanych dostaw pełnej kwoty z tytułu realizacji umowy pomiędzy Powiatem Dębickim a Zeto - Rzeszów sp. z o. o. było więc uzasadnione i z całą pewnością nie stanowiło złożenia nieprawdziwych informacji.

Ponadto, z ostrożności, Przystępujący podnosi, że nawet, gdyby przyjąć, że pojęcie „systemu infokiosków” należy rozumieć inaczej, niż przedstawiono powyżej, to i tak nie mogłoby to prowadzić do stwierdzenia, iż w stosunku do przystępującego występuje przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp. Jeżeli nawet przyjąć, że przystępujący nie ma racji, to istota sporu sprowadza się do różnej wykładni postanowień SIWZ. Gdyby przyjąć, że błędne rozumienie warunku udziału w postępowaniu i - w konsekwencji - złożenie dokumentów nie odpowiadających treści danego warunku - oznacza „złożenie nieprawdziwych informacji”, to instytucja uzupełniania i wyjaśniania dokumentów przewidziana w art. 26 ust. 3 i 4 pzp w ogóle nie miałaby żadnego praktycznego zastosowania, ponieważ każdy przypadek błędnego zinterpretowania wymagania SIWZ i dostarczenia dokumentu nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego oznaczałoby złożenie nieprawdziwych informacji. W związku z powyższym nawet, jeżeli należałoby przyjąć, że przez „system infokiosków” rozumieć należy wyłącznie same infokioski, jak chciałby tego odwołujący, to oznaczałoby tylko tyle, że przystępujący nie złożył wykazu dostaw spełniającego wymagania zamawiającego, a więc i tak zamawiający powinien wezwać przystępującego do złożenia wykazu prawidłowego.

Odnośnie zmian zasad prowadzenia testów, przystępujący podniósł, że wbrew twierdzeniu odwołującego - zamawiający w piśmie z dnia 27 września 2012 r. nie dokonał żadnej zmiany warunków prowadzenia testów przewidzianych w Załączniku nr 9 do SIWZ. Treść tych żądań oraz ich uzasadnienie przez odwołującego dowodzi także głębokiego niezrozumienia zasady

równego traktowania wykonawców. Uwzględnienie żądań oznaczałoby bowiem znaczące zróżnicowanie sytuacji wykonawców, w tym konkretnym przypadku, niekorzystne dla przystępującego. Przystępujący poniżej ustosunkowuje się pokrótce do kolejnych żądań.

Ad 1. (zmiana terminu testów)

Żądanie to nie ma żadnego uzasadnienia, w szczególności nie jest prawdą, iż zgodnie z Załącznikiem nr 9 do SIWZ testy dla wykonawcy wcześniej składającego ofertę musiałyby się zacząć po zakończeniu testów dla wykonawcy składającego ofertę później. Wskazywane przez Odwołującego postanowienie pkt 1 ppkt 6 SIWZ przewidywało jedynie, iż wykonawcy przystąpią do testów w kolejności odwrotnej do kolejności składania ofert. Warunek ten został przez Zamawiającego utrzymany wprost w piśmie z dnia 27 września 2012 r., w którym Zamawiający wprost stwierdził, że jako pierwszy do testów przystąpi przystępujący.

Przystępujący podkreślił, że zgodnie z postanowieniem pkt 1 ppkt 4 Załącznika nr 9 do SIWZ, wykonawcy byli w pełni świadomi faktu, iż dopiero po złożeniu ofert otrzymają od zamawiającego szczegółowy harmonogram i procedurę prowadzenia testów. Wykonawcy, w tym też odwołujący, nie mogą więc oczekiwać ani wymagać od zamawiającego nic więcej, poza przestrzeganiem zasad ogólnie zdefiniowanych w Załączniku nr 9 do SIWZ. Równocześnie wykonawcy muszą spodziewać się, że szczegóły organizacyjne, czyli terminy i szczegółowa procedura testów, będzie im dostarczona w terminie późniejszym. Jeżeli odwołujący konstrukcji takiej nie akceptował, to był uprawniony do wniesienia odwołania wobec treści SIWZ, w przepisany terminie. Podnoszenie omawianych zarzutów na obecnym etapie postępowania jest, według przystępującego, spóźnione.

Ponadto przyjęty przez zamawiającego harmonogram testów jest rozwiązaniem optymalnym z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców. Jest oczywiste, że któryś z wykonawców musi jako pierwszy przystąpić do testów (zamawiający utrzymał w tym zakresie przewidzianą w SIWZ zasadę), natomiast równoległe prowadzenie dalszych testów zapewnia jednakowe szanse wykonawcom na przygotowanie do testów i ich przeprowadzenie w jednakowych warunkach. Najlepiej wskazuje na to argumentacja podnoszona przez samego odwołującego -formułuje on bowiem żądanie polegające na prowadzeniu testów w całości dopiero po zakończeniu testów konkurencyjnego wykonawcy, w tym oczywiście po dogłębnym przeanalizowaniu przebiegu testów. Konkurencyjny wykonawca z definicji nie będzie miał takiej szansy, więc informacje uzyskaną podczas obserwacji testów w oczywisty sposób budują przewagę konkurencyjną wykonawcy, który przystępuje do testów dopiero po zakończeniu testów pierwszego wykonawcy. Zapewne właśnie w obawie przed takim negatywnym skutkiem zamawiający przyjął procedurę testów zdefiniowaną łącznie w Załączniku nr 9 do SIWZ i w piśmie z dnia 27 września 2012r.

Co do udziału przedstawiciela wykonawcy w testach, to żądanie odwołującego to jest dla przystępującego całkowicie niezrozumiałe. Zamawiający w Załączniku nr 9 do SIWZ oraz w

piśmie z dnia 27 września 2012 r. (część I pkt 6) wprost przewidział możliwość udziału przedstawicieli jednego z wykonawców w testach rozwiązania oferowanego przez drugiego z wykonawców.

W zakresie wykreślenia pkt 7 części II procedury testów przystępujący wskazał, że zasada narzucania terminu prezentacji dodatkowej lub rozszerzonej funkcjonalności była zawarta w siwz, a zamawiający doprecyzował jedynie postanowienie pkt 1 ppkt 10 Załącznika nr 9 do SIWZ, w którym przewidział możliwość rozszerzenia testów o inne funkcjonalności, nieprzewidziane w podstawowym zakresie testu. Biorąc pod uwagę fakt, iż odwołujący zaakceptował zasadę, iż to zamawiający wyznacza termin i procedurę testów, jest niezrozumiałe, z jakiego powodu kwestionuje kompetencję zamawiającego do wyznaczenia terminu prowadzenia niektórych tylko elementów procedury testowej.

Przystępujący podkreślił, że sama zasada, iż to zamawiający wyznacza czas i kolejność testu, nie oznacza jeszcze naruszenia jakiegokolwiek zasady czy przepisu prawa zamówień publicznych. Dopiero jeżeli zamawiający wyznaczyłby termin prowadzenia testu w sposób sprzeczny z interesami danego wykonawcy, to wykonawca ten miałby prawo zakwestionować taką czynność. Gdyby okazało się, że wyznaczając „czas lub kolejność” prowadzenia testu dodatkowej funkcjonalności zamawiający naruszył np. zasadę równego traktowania wykonawców poprzez wyznaczenie znacząco krótszego terminu jednemu z oferentów, byłoby oczywiste, że wniesione wobec takiej czynności odwołanie musiałoby zostać uwzględnione. Odwołanie w tym zakresie jest więc chybione i przedwczesne.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 lipca 2011r. udzielonego przez obu partnerów konsorcjum i podpisanego przez prezesów zarządów obu spółek upoważnionych do jednoosobowej reprezentacji spółek, zgodnie z załączonymi do zgłoszenia odpisami z KRS. Załączono także pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 19 lipca 2011r. udzielone firmie NextiraOne Polska sp. z o.o. i podpisane jak wyżej. Kopie zgłoszenia zostały przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 10 października 2012r. faksem, na dowód czego załączono raport transmisji faksowej.

W dniu 22 października 2012r. odwołujący cofnął odwołanie. Cofnięcie zostało podpisane tak jak odwołanie.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza

postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....