

**Sygn. akt: KIO/UZP 305/10**

**WYROK**

**z dnia 26 marca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw**

**Członkowie: Barbara Bettman  
Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Max Elektronik S.A., RG PLUS Sp. z o.o., DILAX Intelcom GmbH, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok** protestu z dnia 1 lutego 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Bull Polska sp. z o. o., Bull SAS, Pixel Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-576 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Max Elektronik S.A., RG PLUS Sp. z o.o., DILAX Intelcom GmbH, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Max Elektronik S.A., RG PLUS Sp. z o.o., DILAX Intelcom GmbH, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 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 **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Max Elektronik S.A., RG PLUS Sp. z o.o., DILAX Intelcom GmbH, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra.**

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

Zamawiający – Miasto Białystok – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) (zwanej dalej Ustawą Pzp), na zadanie pn. „Zaprojektowanie, budowa, wykonanie i wdrożenie zintegrowanego systemu elektronicznej karty miejskiej do pobierania opłat za przejazdy komunikacją miejską, systemu dynamicznej informacji pasażerskiej w czasie rzeczywistym oraz systemu zliczania pasażerów w ramach projektu: „Poprawa jakości funkcjonowania systemu transportu publicznego miasta Białegostoku - Etap II” (znak sprawy: DT.VI.341-107/09). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 133-194346 w dniu 15 lipca 2009 roku.

Dnia 1 lutego 2010 r. w ww postępowaniu wpłynął protest złożony przez Konsorcjum: Max Elektronik S.A. (pełnomocnik Konsorcjum), RG PLUS sp. z o.o. oraz DILAX Intelcom GmbH (zwane dalej Odwołującym).

Odwołujący w proteście zarzucał Zamawiającemu następujące niezgodne z Ustawą Pzp czynności i zaniechania:

- 1) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: Bull Polska sp. z o.o., Bull SAS oraz Pixel sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. lub Przystępującym), i zaniechanie jej odrzucenia,
- 2) odrzucenie oferty Odwołującego,
- 3) zaniechanie wykluczenia/odrzucenia oferty Konsorcjum firm: GMV Innovating Solutions sp. z o.o. oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. (zwane dalej Konsorcjum GMV Innovating Solutions), na podstawie innych błędów, które wystąpiły w przedmiotowej ofercie.

Zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zw. z:

- 1) naruszeniem art. 91 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) i 8) Ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w zw. z zaniechaniem jej odrzucenia, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ), oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- 2) naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp poprzez niezgodne z Ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść odpowiada treści SIWZ, względnie (z ostrożności procesowej), naruszeniem art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp i zaniechaniem żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
- 3) naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp poprzez niezgodne z Ustawą Pzp odrzucenie oferty Konsorcjum GMV Innovating Solutions, mimo że istnieją dodatkowe okoliczności będące podstawą wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu i:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności wyboru oferty, w tym dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, rzetelnej i zgodnej z obowiązującymi przepisami,

- 3) wykluczenie Konsorcjum GMV Innovating Solutions oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie wszystkich okoliczności stanowiących podstawę jej odrzucenia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, co następuje.

W zakresie niezgodnego z Ustawą PZP odrzucenia oferty Odwołującego podniósł, iż w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał jako niezgodność z treścią SIWZ zapisy oferty Odwołującego, z których, zgodnie z interpretacją Zamawiającego, wynika, że Odwołujący w złożonej ofercie zaproponował sposób łączności komputera pokładowego z kasownikami (w pojeździe) poprzez dwa interfejsy komunikacyjne tj. RS 485 oraz Ethernet. Według Zamawiającego jest to niezgodne z SIWZ (Załącznik nr 1, rozdz. IX pkt 3.3. lit. j) oraz wyjaśnieniami do SIWZ udzielonymi dnia 17 listopada 2009 r. Jak podkreślił Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, przywołując powyżej wskazane postanowienia SIWZ oraz udzielonych wyjaśnień, jedynym dopuszczonym interfejsem komunikacji pomiędzy komputerem pokładowym a kasownikiem był interfejs Ethernet, stąd informacja o interfejsie RS 485 w ofercie Odwołującego stanowiła podstawę do jej odrzucenia. Odwołujący nie podzielał interpretacji Zamawiającego i posiadając informacje dotyczące trybu oceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (dane z protokołu postępowania uzyskane dnia 26 stycznia 2010 r.), wskazywał na nierówne i dyskryminujące podejście Zamawiającego w procesie oceny merytorycznej treści złożonych ofert. Odwołujący podkreślał, że z treści zarzutu sformułowanego przez Zamawiającego oraz stosowane przez Zamawiającego formy/procedury weryfikacji technicznej złożonych ofert (tryb wyjaśnień) Zamawiający uznał, że oferowany przez Odwołującego kasownik elektroniczny posiada wszystkie wymagane w SIWZ interfejsy komunikacyjne. Wątpliwości Zamawiającego będące przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego wzbudziło pojawienie się interfejsu RS 485 w zestawieniu parametrów kasownika. Zdaniem Odwołującego należało przyjąć, że analogicznie do trybu wyjaśnień zastosowanego przez Zamawiającego w procedurze oceny oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. (pismo Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2010 r.) w sytuacji gdyby Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące interfejsów kasownika oferowanego przez Odwołującego, zwróciłby się do niego z wnioskiem o dokonanie stosownych wyjaśnień (tak jak w powołanym powyżej piśmie z dnia 12 stycznia 2010 r. - była to np. prośba o potwierdzenie spełnienia wymagań/parametrów określonych w SIWZ dla kasownika elektronicznego i macierzy dyskowych). Odwołujący podnosił, że w takim przypadku Zamawiający winien był zażądać wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Odwołujący argumentował, że oczywistym jest, iż literalne brzmienie przepisu Ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający może, ale nie musi, skorzystać z tego uprawnienia. Jeśli jednak Zamawiający zaniecha żądania wyjaśnień i skutek tego

niewłaściwie zinterpretuje treść oferty, może naruszyć przepisy Ustawy Pzp. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r. (UZP/ZO/0-936/03), w którym, uwzględniając odwołanie, Zespół stwierdził: *"Zamawiający może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...) jeżeli istnieją ku temu przesłanki."*

Przechodząc do merytorycznej treści zarzutu, Odwołujący uzasadniał, że w żadnej części oferty Odwołującego nie zostało zawarte stwierdzenie, że w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia, wykonując instalacje kasowników elektronicznych i komputerów pokładowych w pojazdach, zastosuje do połączenia tych urządzeń interfejs komunikacyjny RS 485. Informacja o interfejsie RS 485 została umieszczona w ofercie Odwołującego w zestawieniu parametrów technicznych kasownika elektronicznego w polu „Sposób łączności z komputerem pokładowym”. Odwołujący podał w tym polu listę dostępnych dla oferowanego modelu/typu urządzenia interfejsów tj. podał wartości „RS 485, Ethernet 10/100 Mbit”. Zdaniem Odwołującego, jest oczywiste, co może zostać potwierdzone przez niezależnych biegłych, że z informacji tej wynika, że oferowany kasownik KRG-32/1 może komunikować się z komputerem pokładowym zarówno za pomocą interfejsu RS 485, jak i Ethernet. Ponadto, w opinii Odwołującego, również jest oczywiste, że te dwa interfejsy komunikacji nie są nigdy stosowane jednocześnie, ponieważ wymagałoby to stosowania zdublowanej instalacji kablowej w pojazdach. Z oferty Odwołującego w sposób jednoznaczny wynika, że oferowany kasownik elektroniczny może komunikować się z komputerem pokładowym przy użyciu wymaganego interfejsu Ethernet. Odwołujący podkreślał, że załącznik nr 5.6, w którym w ofercie Odwołującego została zawarta informacja o interfejsie RS 485 jest zestawieniem parametrów technicznych oferowanych urządzeń, a nie opisem sposobu przeprowadzenia instalacji urządzeń w pojazdach czy schematem topologii połączeń. Wobec powyższego Zamawiający, w oparciu o zestawienie parametrów, nie może wyciągać jednoznacznych wniosków dotyczących intencji Wykonawcy (tu: Odwołującego) w zakresie sposobu połączenia urządzeń (kasowniki i komputery pokładowe) w ramach instalacji w pojeździe. Zamawiający w sposób nieuzasadniony nadinterpretował treść oferty Odwołującego i bezpodstawnie założył, że sposób/interfejs połączenia komputerów pokładowych z kasownikami będzie niezgodny z treścią SIWZ i udzielonych wyjaśnień. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający, mając jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące parametrów kasownika elektronicznego, mógł skorzystać z prawa do wyjaśnień treści oferty, analogicznie jak w stosunku do oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. Zamawiający z takiego prawa nie skorzystał, co w kontekście ogłoszonej decyzji o wyborze oferty, skłania Odwołującego do podniesienia wątpliwości co do

obiektywizmu i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego w procedurze oceny ofert.

Z kolei w zakresie wyboru oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o., która zdaniem Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą i zaniechania jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ, Odwołujący powołał się na następujące okoliczności.

Zgodnie z pkt 9 formularza oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje zawarte na str. 89-175 oferty. Jednocześnie wykonawca nie wprowadził wymaganych informacji do załącznika nr 5.4 do formularza oferty (na str. 12). Działanie takie zdaniem Odwołującego jest niezgodne z SIWZ i niedozwolone w świetle przepisów Ustawy Pzp. Stanowi dowód niezgodności oferty ww. wykonawcy z treścią SIWZ, łamiąc przy tym naczelną zasadę jawności postępowania.

Ponadto Wykonawca Konsorcjum Bull Polska Sp. z o.o zmienił formę załącznika nr 5.4, co jest niezgodne z treścią SIWZ (wzór został ściśle określony przez Zamawiającego). Zmieniona forma załącznika wpływa istotnie na jego treść i powoduje, że nie odzwierciedla wymagań jego pierwotnej wersji przedstawionej przez Zamawiającego w SIWZ. Zdaniem Odwołującego w oparciu o powyższe okoliczności oferta Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. powinna być uznana za niezgodną z SIWZ i odrzucona.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że pełnomocnictwo osoby podpisującej ofertę (Pan Sebastian K.) jest nieprawidłowe, ponieważ powołuje się na pełnomocnictwo udzielone przez spółkę Emtal, która nie jest stroną Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. i nie jest znany jej status prawny w ramach tej oferty. Powyższe w opinii Odwołującego jest podstawą do bezwzględnego odrzucenia ww. oferty. Przepis art. 104 Kodeksu cywilnego reguluje konsekwencje sytuacji, w której rzekomy pełnomocnik dokonuje czynności prawnej jednostronnej. Czynność prawna jednostronna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem zakresu rzeczowego umocowania jest nieważna. Jest to nieważność bezwzględna. Czynność prawna nie wywołuje zatem co do zasady żadnych skutków, a zatem nie zachodzi przypadek możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego powyższy zarzut potwierdza również działanie Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. - wykonawca ten dopiero w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego przedłożył prawidłowe pełnomocnictwo. Tym samym potwierdził, iż uprzednio dołączone umocowanie nie było prawidłowe.

W zakresie zaniechania wykluczenia/odrzućenia oferty Konsorcjum GMV Innovating Solutions na podstawie innych dodatkowych okolicznořci Odwołujący zarzucał, iż Zamawiający nie wskazał przedstawionych poniżej innych podstaw do wykluczenia/odrzućenia oferty Konsorcjum GMV Innovating Solutions.

W załączniku nr 5.3 formularza ofertowego, w tabeli dot. osób z uprawnieniami budowlano-konstrukcyjnymi w kolumnie „Dysponuje/Będzie dysponował” znajduje się informacja „Nie dotyczy” tzn., że Wykonawca Konsorcjum GMV Innovating Solutions nie potwierdził, iż będzie dysponował bądź dysponuje osobami posiadającymi uprawnienia wymagane w SIWZ. Zgodnie z treścią art. 24 Ustawy Pzp, jeżeli zamawiający stwierdzi, że w stosunku do wykonawcy zachodzi jedna z okolicznořci wymienionych w czternastu punktach ww. artykułu, ma obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania. Brak wskazania powyższej przesłanki, jako podstawy wykluczenia Wykonawcy i odrzućenia jego oferty jest istotnym naruszeniem przepisów Ustawy Pzp.

W załączniku nr 5.7 „Pełne zestawienie sprzętu” nie zostały wykazane urządzenia wymagane SIWZ: brak komputerów PC do sieci POK30 (załącznik nr 1 SIWZ rozdz. VIII).

Do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego przyłączyły się: Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o., Konsorcjum GMV Innovating Solutions i Konsorcjum Mennica Polska S.A., Emtest a.s. W przystąpieniu Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. wniosło o oddalenie protestu we wskazanym w proteście zakresie i nieuwzględnienie żądania Odwołującego o unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. i odrzućenie oferty Odwołującego. Wykonawca Konsorcjum GMV Innovating Solutions wniosł o oddalenie protestu. Wykonawca Konsorcjum Mennica Polska SA, Emtest a.s. wniosł o oddalenie wszystkich zarzutów podnoszonych przez Odwołującego w proteście.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z dnia 11 lutego 2010 r. zajął następujące stanowisko.

W zakresie zarzutu niezgodnego z Ustawą Pzp odrzućenia oferty Odwołującego Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko, wskazując, że Odwołujący w załączniku nr 5.6. „Zestawienie parametrów technicznych” formularza ofertowego w części dotyczącej kasowników autobusowych zaproponował sposób łączności komputera pokładowego z kasownikami za pomocą dwóch interfejsów komunikacyjnych RS 485 oraz Ethernet 10/100

Mbit, niezgodnie z SIWZ i wyjaśnieniami do SIWZ z dnia 17 listopada 2009 r., gdzie Zamawiający wyraźnie określił, że w przypadku kasowników oczekuje współpracy komputera pokładowego z kasownikami wyłącznie poprzez Ethernet. Zamawiający wskazał, że sformułowanie oferty poprzez wskazanie listy dostępnych dla danego modelu/typu urządzenia interfejsów powoduje brak pewności co do sposobu wykonania zamówienia zgodnej z SIWZ, a ponadto stanowi niedopuszczalną ofertę wariantową. Zamawiający podnosił, że z uwagi na brak jednoznacznego określenia przez Odwołującego przedmiotu oferty niedopuszczalnym byłoby wyjaśnienie jej treści w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp, ponieważ prowadziłoby to do zmiany treści oferty. Zamawiający wskazał, że w przypadku oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. zachodziły przesłanki do wyjaśnienia treści oferty.

W zakresie wyboru oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy Zamawiający uznał za nieuzasadniony zarzut dotyczący braku wymaganych informacji w wykazie wykonanych dostaw (załącznik nr 5.4. do formularza oferty) – str. 12 oferty, jak i zarzut zmiany formy tego załącznika. Wykonawca Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. zastrzegł poufność dwóch realizacji zgodnie z art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp, co nie może stanowić o uznaniu jego oferty za nieodpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający wskazał, że oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść, a nie forma nie odpowiadają treści SIWZ. W zakresie zarzucanej wadliwości pełnomocnictwa Zamawiający uznał, że z protestu nie można wywnioskować, na czym polega wadliwość pełnomocnictwa. W szczególności za wadliwość ustanowienia pełnomocnika nie może być uznana okoliczność, że w treści pełnomocnictwa omyłkowo zostało powołane upoważnienie od spółki Emtal, która nie bierze udziału w tym postępowaniu. Ponadto brak ten podlega ewentualnemu uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, wbrew twierdzeniom Odwołującego.

W zakresie wykluczenia/odrzucenia oferty Konsorcjum GMV Innovating Solutions na podstawie dodatkowych okoliczności, Zamawiający nie uznał zarzutu o braku potwierdzenia dysponowania osobami posiadającymi wymagane uprawnienia z uwagi na zamieszczenie w załączniku nr 5.3. w tabeli dotyczącej osób z uprawnieniami budowlano-konstrukcyjnymi w kolumnie „Dysponuje/Będzie dysponował” sformułowania „nie dotyczy”, ponieważ wykonawca wskazał ww osoby oraz załączył ich uprawnienia i zaświadczenia z właściwej izby samorządu zawodowego. Z uwagi na niezałączenie pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób niezbędnych do wykonania zamówienia, Zamawiający uznał, że ww wykonawca tymi osobami dysponuje. Zamawiający uznał natomiast zarzut dotyczący odrzucenia oferty z powodu niewskazania w ofercie w załączniku 5.7 „Pełne zestawienie



sprzętu” komputerów PC do sieci POK30, zgodnie z wymogiem określonym w rozdz. VIII załącznika nr 1 SIWZ oraz pkt 3.1. ppkt 6 SIWZ.

Dnia 22 lutego 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa UZP. W odwołaniu ponowił i podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście, z wyjątkiem uwzględnionego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp uzasadniającego odrzucenie oferty Konsorcjum GMV Innovating Solutions na podstawie wszystkich okoliczności stanowiących podstawę jej odrzucenia. W odwołaniu Odwołujący dodatkowo wskazał, że w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający w sposób nieuprawniony na tym etapie postępowania sformułował nowe zarzuty względem oferty Odwołującego. Odwołujący zwracał uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji stwierdził, że powodem odrzucenia oferty było zaproponowanie w ofercie w załączniku nr 5.6. „Zestawienie parametrów technicznych” formularza ofertowego w części dotyczącej kasowników autobusowych sposobu łączności komputera pokładowego z kasownikami poprzez dwa interfejsy komunikacyjne RS 485 oraz Ethernet 10/100 Mbit, co w opinii Zamawiającego jest niezgodne z SIWZ, a równocześnie podał, że w stosunku do oferty Odwołującego nie ma pewności co do sposobu realizacji zamówienia w tym zakresie, gdyż oferta zawiera rozwiązania wariantowe, alternatywne w zakresie sposobu łączności kasowników z komputerem pokładowym. W ocenie Odwołującego stanowi to oczywistą sprzeczność interpretacji i sposobu oceny oferty przez Zamawiającego, który z jednej strony jest przekonany o niezgodności treści oferty z SIWZ, a z drugiej nie ma pewności co do oferowanych przez Odwołującego rozwiązań technicznych. Zdaniem Odwołującego nie istnieją przesłanki do formułowania jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu technicznego oferty złożonej przez Odwołującego. Na poparcie swojego stanowiska powołał okoliczność, że w ofercie Odwołującego został wymieniony wymagany przez Zamawiającego zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 17 listopada 2009 r. interfejs Ethernet jako sposób łączności z komputerem pokładowym, a ponadto Odwołujący potwierdził w formularzu oferty wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ (pkt 1 formularza oferty). Wobec powyższego w opinii Odwołującego domniemanie Zamawiającego, iż Odwołujący w ramach przedstawionej oferty zamierza zrealizować zamówienie w sposób niezgodny z treścią SIWZ stanowi rażące nadużycie. Odwołujący podkreślił, że wobec ewentualnych wątpliwości dotyczących oferowanego sposobu realizacji zamówienia Zamawiający mógł skorzystać z prawa do wyjaśnienia treści oferty, czego jednak nie uczynił, wyjaśniając, że nie znalazł przesłanek do takiej czynności. Zdaniem Odwołującego takie stanowisko Zamawiającego po raz kolejny wskazuje na jaskrawą dysproporcję w sposobie analizy i oceny treści ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący argumentował, iż w trakcie oceny oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. Zamawiający, w przypadku powstania wątpliwości w zakresie zgodności technicznej

złożonej oferty z treścią SIWZ, znalazł uzasadnienie dla potrzeby przeprowadzenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Powyższe stanowisko dotyczy pisma Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2010 r., w którym Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. m.in. o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie parametrów technicznych oferowanej macierzy dyskowej NetApp FAS 2020 wskazanej w załączniku nr 5.6. oferty. Zamawiający w przedmiotowym piśmie oczekiwał wyjaśnienia, czy wskazane w ofercie sterowniki RAID4 oraz RAIDDP spełniają minimalne standardy wymagane przez Zamawiającego w SIWZ i wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 10 listopada 2009 r., gdzie dopuścił zapewnienie ochrony i bezpieczeństwa danych za pomocą macierzy dyskowych RAID na poziomie nie gorszym niż 5. Odwołujący podkreślał, że w ofercie Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. nie został wskazany RAID5, lecz dwa standardy: RAID4 i RAIDDP. W opinii Odwołującego jest to sytuacja analogiczna, jak w przypadku jego oferty. Zamawiający nie postąpił jednak w ten sam sposób, tj. nie odrzucił oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ z uwagi na podanie dwóch standardów ochrony i bezpieczeństwa RAID4 i RAIDDP, w tym obejmującego, zdaniem Odwołującego, niższy niż wymagany poziom ochrony danych (RAID4). Zamawiający nie sformułował także zarzutu, iż oferta jest wariantowa, pomimo że, jak wynika z twierdzeń Odwołującego, nie jest możliwe techniczne zastosowanie jednocześnie obu standardów. Zwrócił się natomiast do Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. z żądaniem wyjaśnień treści oferty, które to wyjaśnienia/potwierdzenie otrzymał. Odwołujący zastrzegając jednak, że jego intencją nie było podnoszenie na tym etapie dodatkowych zarzutów odnośnie oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o., lecz jedynie uzasadnienie nierównego traktowania wykonawców w procedurze oceny oferty.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. pismem z dnia 19 marca 2010 r. W przystąpieniu Przystępujący wskazał, że w zakresie zarzutu o niezamieszczeniu w wykazie wykonanych dostaw (str. 12 oferty) wymaganych informacji oraz zmianie formy załącznika nr 5.4. do SIWZ zgodnie z przepisami utajnił część swojej oferty, co było przedmiotem postępowania przed KIO zakończonego oddaleniem odwołania złożonego przez Odwołującego i uznaniem racji Przystępującego. Przystępujący wskazał także że nie zmienił formy załącznika nr 5.4., a ponadto wykaz wykonanych dostaw nie stanowi treści oferty, lecz potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący nie zgodził się także z zarzutami odnośnie nieprawidłowości pełnomocnictwa, wskazując że Pan Sebastian K. nie jest rzekomym pełnomocnikiem, przedłożył do przystąpienia do postępowania protestacyjnego prawidłowe pełnomocnictwo oraz że nadal istnieje możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania oraz wyjaśnienia Stron i Przystępującego złożone na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Ustawy Pzp, a Odwołujący posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Interes prawny wynikający ze wskazanego przepisu sprowadza się do doznania uszczerbku w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp. Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes prawny, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzucanych naruszeń przepisów Ustawy Pzp i uznania, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu, natomiast oferta Odwołującego była prawidłowa i zgodna z SIWZ, stworzyłoby to Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp poprzez niezgodne z Ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ, względnie podnoszonemu z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp i zaniechaniem żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty, Izba ustaliła, że są one niezasadne. Odwołujący w złożonej ofercie w załączniku nr 5.6 „Zestawienie parametrów technicznych” formularza ofertowego, w części dotyczącej kasowników autobusowych określając sposób łączności komputera pokładowego z kasownikami wskazał sposób łączności poprzez dwa interfejsy komunikacyjne RS 485 oraz Ethernet 10/100 Mbit. Powyższe jest niezgodne z treścią SIWZ oraz wyjaśnieniami do niej z dnia 17 listopada 2009 r., w których Zamawiający jednoznacznie określił, że w przypadku

kasowników oczekuje współpracy komputera pokładowego z kasownikami wyłącznie poprzez Ethernet. Zgodnie z pkt 15 pkt 1 oraz pkt 2 ppkt 2.2.6. SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia treści oferty odpowiadającej treści SIWZ, która to oferta powinna obejmować m.in. załącznik nr 5.6. „Zestawienie parametrów technicznych”. Załącznik ten jako część składowa oferty musiał zatem również przedstawiać parametry zgodne z postanowieniami SIWZ oraz wyjaśnieniami do SIWZ z dnia 17 listopada 2009 r., które nie przewidywały jako sposobu łączności komputera pokładowego z kasownikami interfejsu RS 485. Niezasadnym jest przyjęcie, że Zamawiający w załączniku nr 5.6. dopuszczał przedstawienie „listy dostępnych dla oferowanego modelu/typu urządzenia interfejsów” obejmującej także rozwiązania nie dopuszczone przez SIWZ. Należy podzielić argumentację Zamawiającego przedstawioną w rozstrzygnięciu protestu oraz potwierdzoną na rozprawie, że taki sposób sformułowania oferty czynił ją wariantową, co w niniejszym postępowaniu nie było dopuszczalne oraz nie pozwalał na ocenę, czy wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia za pomocą rozwiązań zgodnych z SIWZ. Samo oświadczenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ zawarte w pkt 1 i 7 formularza ofertowego nie można uznać za wystarczające, zwłaszcza gdy w treści oferty wskazywane są szczegółowe rozwiązania techniczne pozostające w sprzeczności z SIWZ lub wyjaśnieniami do niej. Okoliczność powyższa skutkuje uznaniem, że oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp. Należy także wskazać, że w niniejszym postępowaniu uczestnicy zadawali szereg pytań do SIWZ, uzyskując wyjaśnienie postanowień budzących ich wątpliwości. Powoływane powyżej wyjaśnienia z dnia 17 listopada 2009 r. jednoznacznie określiły jedynie interfejs Ethernet jako sposób komunikacji kasownika z komputerem pokładowym. Jeżeli zatem urządzenie oferowane przez Odwołującego dysponowało dodatkowo parametrami technicznymi nie dopuszczonymi w SIWZ, Odwołujący, mając w tym względzie wątpliwości co do sposobu sformułowania treści oferty, mógł skorzystać z procedury wyjaśnień, czego jednak nie uczynił. Równocześnie Izba wskazuje, że SIWZ w tym zakresie nie można zarzucić niejasności, ponieważ wyjaśnienia z dnia 17 listopada 2009 r. określiły jednoznacznie oczekiwania Zamawiającego odnośnie sposobu komunikacji kasownika z komputerem pokładowym.

Odwołujący w odwołaniu zarzucał, iż uzasadnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty zawiera sprzeczności, ponieważ z jednej strony Zamawiający uznał, że zaproponowanie przez Odwołującego w ofercie łączności za pomocą dwóch interfejsów jest sprzeczne z SIWZ, a z drugiej strony z uwagi na informacje zawarte w treści oferty nie miał pewności co do sposobu realizacji zamówienia. W opinii Odwołującego wskazywało to na oczywistą sprzeczność interpretacji i sposobu oceny oferty przez Zamawiającego, który był przekonany, że informacje zawarte w ofercie są sprzeczne z SIWZ, a równocześnie nie miał

pewności co do oferowanych rozwiązań technicznych. W opinii Izby taka sprzeczność nie zachodzi. Podanie w ofercie dwóch interfejsów, w tym jednego niedopuszczonego przez Zamawiającego, jest niezgodne z SIWZ, jak również czyni ofertę wariantową, nie dopuszczoną w niniejszym postępowaniu (pkt 5 SIWZ), co nie daje pewności Zamawiającemu odnośnie sposobu zrealizowania przedmiotu zamówienia w zakresie zastosowanych parametrów technicznych. W odwołaniu Odwołujący zarzucając nadinterpretację treści oferty i bezpodstawne zakładanie przez Zamawiającego, że sposób/interfejs połączenia komputera z kasownikami będzie niezgodny z SIWZ i wyjaśnieniami z dnia 17 listopada 2009 r., wskazywał, że w oparciu o zestawienie parametrów technicznych nie można wyciągać jednoznacznych wniosków dotyczących intencji wykonawcy co do sposobu połączenia kasowników i komputera w ramach instalacji w pojeździe. Tymczasem intencją Zamawiającego było, co wynika chociażby z treści wyjaśnień z dnia 17 listopada 2009 r., aby z treści oferty wynikały parametry techniczne, która dają Zamawiającemu pewność co do sposobu realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ. Zamieszczanie rozwiązań dodatkowych, które mogą być uznane za alternatywne/wariantowe takiej pewności nie gwarantuje. Zamawiający nie zarzucał Odwołującemu, że zamierza zrealizować zamówienie w sposób niezgodny z SIWZ, lecz wskazywał jedynie, że sformułował ofertę w zakresie załącznika nr 5.6. „Zestawienie parametrów technicznych” odnośnie sposobu łączności komputera pokładowego z kasownikami w sposób, który jest sprzeczny z SIWZ i uniemożliwia mu jednoznaczną ocenę, jak Odwołujący realizować będzie zamówienie.

Odwołujący z ostrożności procesowej podniósł także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie zażądania wyjaśnień odnośnie treści oferty Odwołującego. Dodatkowo wskazał, że przedmiotowe zaniechanie skutkuje także naruszeniem art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wobec ewentualnych wątpliwości dotyczących oferowanego sposobu realizacji zamówienia mógł skorzystać z prawa do żądania wyjaśnień treści oferty, tak jak to uczynił w stosunku do oferty Przystępującego w zakresie parametrów technicznych oferowanej macierzy dyskowej NetApp FAS2020 wskazanej w załączniku nr 5.6. do oferty. Zdaniem Odwołującego w ofercie Przystępującego nie znalazła się informacja o macierzy dyskowej RAID5 wymaganej przez Zamawiającego, lecz wskazane zostały dwa standardy RAID4 i RAIDDP, z których jeden, zdaniem Odwołującego, nie spełnia wymagań Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego jest to sytuacja analogiczna do jego oferty. Izba uznała, że zarówno zarzut dotyczący niezażądania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jak i naruszenia art. 7 ust. 1 jest niezasadny. Przepis art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp umożliwia zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści oferty. Należy podkreślić, że jest to uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek. Wykonawca

nie może zatem domagać się od zamawiającego, aby ten zażądał stosownych wyjaśnień. Nie można w związku z tym postawić skutecznego zarzutu na nieskorzystanie przez zamawiającego z przysługującego mu prawa. Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji odnośnie złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem, ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Oznacza to zatem, że wyjaśnianie nie może prowadzić do jakichkolwiek zmian w ofercie (nie dopuszczonych przez Ustawę Pzp) ani jej uzupełniania o informacje czy dokumenty wymagane przez SIWZ (por. Jerzy Pieróg „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”, str. 298-299, C.H. Beck, wyd. 2009). Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób Zamawiający miałby zażądać od niego wyjaśnień dotyczących zakwestionowanego postanowienia załącznika nr 5.6., skoro Odwołujący jednoznacznie wskazał w nim na parametr techniczny niedopuszczony w SIWZ i wyjaśnieniach do SIWZ, aby nie doszło do zakazanej zmiany treści oferty. Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający winien był zwrócić się do niego o wyjaśnienie sposobu realizacji zamówienia, skoro miał w tym zakresie wątpliwości. Izba podkreśla jednak, że załącznik nr 5.6. dotyczył parametrów technicznych, a zapytanie o sposób realizacji przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy w ofercie znajdują się parametry niedozwolone SIWZ skutkowałyby, zdaniem Izby, niedopuszczalną zmianą treści oferty. W ocenie Izby powoływana analogia pomiędzy ofertą Przystępującego i Odwołującego jest jedynie pozorna. Zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego dnia 10 listopada 2009 r. odnośnie wymogu bezpieczeństwa danych zacytowanymi w odwołaniu Zamawiający dopuścił ochronę i bezpieczeństwo danych za pomocą macierzy dyskowych RAID na poziomie nie gorszym niż 5. Nie wskazał zatem, że ma to być wyłącznie standard RAID5. W ofercie Przystępującego wskazane zostały dwa standardy ochrony i bezpieczeństwa danych: RAID4 i RAIDDP. Zamawiający nie mając pewności, czy spełniają one wymagane przez Zamawiającego standardy ochrony skierował do Przystępującego zapytanie z dnia 12 stycznia 2010 r., w odpowiedzi na które uzyskał informację, iż zaproponowane przez Przystępującego w ofercie w załączniku nr 5.6. „Serwerownia – macierze dyskowe”, macierze dyskowe NetApp FAS wyposażone w sterowniki RAID4 i RAIDDP zapewniają poziom ochrony danych zgodny lub wyższy od określonego w SIWZ i udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach. Zapytanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp dotyczyło zatem ściśle parametru technicznego, który wzbudził wątpliwości Zamawiającego co do jego zgodności z SIWZ, a wskutek otrzymanej odpowiedzi nie mogła nastąpić żadna zmiana w treści oferty Przystępującego. Ponadto Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, że zaproponowane przez Przystępującego sterowniki nie spełniają wymagań SIWZ i wyjaśnień w zakresie oferowanego poziomu ochrony bezpieczeństwa danych, a ponadto zarzuty w tym zakresie nie były podnoszone w proteście, a w samym odwołaniu są one

formułowane jedynie jako uzasadnienie naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Odwołujący sam zresztą podkreślał w odwołaniu, że na tym etapie postępowania nie formułuje dodatkowych zarzutów wobec oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o., a jedynie uzasadnia zarzut nierównego traktowania wykonawców w procedurze oceny ofert. W związku z powyższym na podstawie art. 191 ust. 3 Ustawy Pzp Izba nie jest uprawniona do orzekania w tym zakresie.

Odwołujący w proteście, a następnie w odwołaniu, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy Pzp poprzez niezgodne z Ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia / odrzucenia oferty Konsorcjum GMV Innovating Solutions sp. z o.o. z uwagi na brak potwierdzenia formy dysponowania osobami posiadającymi wymagane uprawnienia w załączniku nr 5.3. kolumna 5. Izba wskazuje, iż tak sformułowany zarzut jest niezasadny, ponieważ powołany art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy Pzp dotyczy wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Do przedstawionego uzasadnienia faktycznego zastosowanie znaleźć może natomiast art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy Pzp nakazujący wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Izba przyjęła, że powołana w proteście i odwołaniu podstawa prawna zarzutu w kontekście jego uzasadnienia wskazana została omyłkowo, a czynnością Zamawiającego objętą protestem jest zaniechanie wykluczenia Konsorcjum GMV Innovating Solutions na podstawie błędów, które wystąpiły w ofercie tego wykonawcy polegających na nieprawidłowym wypełnieniu załącznika nr 5.3. oferty i niewykazaniu w prawidłowy sposób jednego z warunków udziału w postępowaniu. Równocześnie Izba stwierdziła, iż można uznać, że doszło do powyższego naruszenia. Zamawiający w załączniku nr 5.3. w kolumnie 5 wymagał podania informacji, czy wykonawca dysponuje czy też będzie dysponował wymienionymi w nim osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Podanie w tym zakresie informacji „nie dotyczy”, nawet przy równoczesnym dołączeniu wymaganych uprawnień i zaświadczeń i braku przedstawienia zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób niezbędnych do wykonania zamówienia, nie daje Zamawiającemu pewności odnośnie oceny potencjału kadrowego wykonawcy. Gdyby przyjęć rozumowanie Zamawiającego, kolumna 5 byłaby zbędna. Wypełniony w ten sposób wykaz zawiera z pewnością braki, które jednak nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż oferta Konsorcjum GMV Innovating Solutions podlegała odrzuceniu z innych przyczyn. Nie zmienia to jednak faktu, że niezależnie od powyższego wykonawca ten podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy Pzp. Jednakże dokonując

oceny powyższego naruszenia pod kątem jego wpływu na wynik postępowania, Izba uznała, że zaniechanie wykluczenia Konsorcjum GMV Innovating Solutions w oparciu o powyższą przyczynę i nieodrzućenie oferty (uznanie oferty za odrzuconą) nie miało wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta została już odrzucona z innych przyczyn i na podstawie art. 191 ust. 1a Ustawy Pzp nie uzasadnia uwzględnienia odwołania.

Kolejna grupa zarzutów merytorycznych Odwołującego dotyczy wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu z naruszeniem art. 91 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 8) Ustawy Pzp, tj. poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, jak również której treść jest niezgodna z SIWZ oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odnosząc się do powyższych zarzutów Izba wskazuje, iż zarzuty te Izba uznaje za niezasadne. Kwestia prawidłowości zastrzeżenia określonych informacji zawartych w ofercie Przystępującego, w szczególności w załączniku nr 5.4. „Wykaz wykonanych dostaw” w pozycji 3 i 4 w kolumnie „Funkcjonalność dostarczanego systemu” były przedmiotem odrębnego protestu Odwołującego (sygn. akt: KIO/UZP 6/10), który w wyroku z dnia 1 marca 2010 r. został rozpatrzony co do meritum i oddalony w całości. W zakresie okoliczności przyznania przez Przystępującego w toku rozprawy, iż informacje zawarte w wykazie dostaw w pozycji 3 i 4 w kolumnie „Funkcjonalność dostarczanego systemu” nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i podlegają ujawnieniu, lecz ich jawność została wyłączona ze względów czysto technicznych, wynikających z formy ww dokumentu, Izba uznała wówczas, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i objęcie ich klauzulą zastrzeżenia nie było uzasadnione, jednak pozostaje to bez wpływu na wynik postępowania rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty. Przystępujący w toku niniejszego postępowania wyjaśnił, że forma załącznika nr 5.4. w pozycjach 3 i 4 kolumny „Przedmiot dostawy” oraz „Funkcjonalność dostarczonego systemu” została narzucona przez Zamawiającego, natomiast rolą wykonawcy było wypełnienie pustych miejsc pozostawionych przez Zamawiającego o żądane informacje. Przystępujący zamieścił wymagane przez Zamawiającego w wykazie informacje, a fakt zastrzeżenia z przyczyn technicznych informacji nie podlegających ujawnieniu nie uzasadnia, w opinii Izby, przyjęcia, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ. Ponadto Izba nie uznała zarzutu o niedopuszczalnej zmianie formy załącznika nr 5.4. Przystępujący nie dokonał zmiany w tym zakresie poza wynikającą z konieczności podzielenia wykazu na część jawną i niejawną. Jest to jednak dopuszczalne z uwagi na uprawnienie wykonawcy na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp do zastrzeżenia określonych informacji wskazanych w wykazie jako tajemnicy



przedsiębiorstwa. Ponadto załącznik nr 5.4. „Wykaz wykonanych dostaw” jako dokument składany na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu nie stanowi treści oferty podlegającej ocenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp. W orzecznictwie i literaturze ukształtował się pogląd, że art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp odnosi się do badania oferty w jej aspekcie merytorycznym, tzn. pod względem zaoferowania w ofercie świadczenia odpowiadającego opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy i oczekiwania zamawiającego. Przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do treści merytorycznej oferty, a nie jej formy oraz dokumentów składanych dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców (KIO/UZP 961/08, KIO/UZP 918/09).

Z kolei w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) Ustawy Pzp ze względu na wadliwość pełnomocnictwa dla Pana Sebastiana K. podpisującego ofertę Przystępującego, Izba uznaje zarzut ten za niezasadny. W opinii Odwołującego sama tylko okoliczność, że w pełnomocnictwie powołano się na upoważnienie nie występującej w postępowaniu i nie będącej członkiem Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. spółki Emtal przesądza o jego wadliwości. Wadliwość powyższa, zdaniem Odwołującego, przesądza o jego bezwzględnej nieważności, a co za tym idzie, skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. W opinii Odwołującego brak jest możliwości jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp.

Izba uznaje przedmiotowy zarzut za niezasadny. Pełnomocnictwo stanowi oświadczenie woli i jako takie podlega wykładni. Zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli wykładnia pełnomocnictwa nie może abstrahować od treści oferty Przystępującego oraz przepisu art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Ustawy Pzp. (np. UZP/ZO/O-634/07, gdzie stwierdza się, że wszelkie wątpliwości dotyczące pełnomocnictwa muszą być interpretowane zgodnie z normami prawa cywilnego, a zwłaszcza zastosowanie powinny znaleźć przepisy art. 65 Kodeksu cywilnego dotyczące oświadczeń woli). Udzielenie pełnomocnictwa następuje w drodze jednostronnej czynności prawnej, mocą której osoba, której udzielono pełnomocnictwa otrzymuje upoważnienie do podejmowania czynności prawnych ze skutkiem dla reprezentowanego. Art. 23 ust. 2 Ustawy Pzp nakazuje wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy Ustawy Pzp nie regulują natomiast kwestii związanych z udzielaniem pełnomocnictw, a zatem stosownie do art. 14

Ustawy Pzp zastosowanie w tej mierze znajdują przepisy Kodeksu cywilnego, w tym powołane powyżej zasady wykładni oświadczeń woli.

Pełnomocnictwo składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upoważniające do podpisania oferty stanowi również oświadczenie woli i podobnie jak inne oświadczenia woli winno być tłumaczone, jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, zgodnie z brzmieniem art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Podkreślić, zatem należy, że nie każdy błąd czy nieścisłość w pełnomocnictwie czyni je nieważnym. Uwzględnić należy intencje mocodawcy oraz zaufanie, jakie pełnomocnictwo budzi w innych osobach których jest przedkładane.

Analiza oferty Przystępującego wykazała, że do oferty zostały załączone następujące pełnomocnictwa:

- 1) pełnomocnictwo z dnia 10 listopada 2009 r. udzielone przez spółkę Bull SAS Panu Pierre B., upoważniające pełnomocnika do samodzielnego działania w imieniu i na rzecz Bull SAS we wszelkich sprawach związanych z udziałem Bull SAS w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, obejmujące w szczególności umocowanie do parafowania, podpisania i złożenia w imieniu Wykonawcy oferty wraz z załącznikami oraz prawo do powoływania dalszych pełnomocników i udzielania im pełnomocnictwa do samodzielnego działania w imieniu spółki we wskazanym w powyższym pełnomocnictwie zakresie;
- 2) pełnomocnictwo z dnia 12 listopada 2009 r. udzielone przez spółkę Bull SAS reprezentowaną przez Pana Pierre B. - pełnomocnika, spółce Bull Polska sp. z o.o. do reprezentowania wspólnie występujących wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne w składzie: Bull Polska sp. z o.o., Bull SAS, Pixel sp. z o.o., zwanych w pełnomocnictwie łącznie Wykonawcą, we wszelkich sprawach związanych z udziałem Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, obejmujące w szczególności umocowanie do parafowania, podpisania i złożenia w imieniu Wykonawcy oferty wraz z załącznikami oraz prawo do powoływania dalszych pełnomocników i udzielania im pełnomocnictwa do samodzielnego działania w imieniu Wykonawcy, jak również każdej z firm z osobna, we wskazanym w powyższym pełnomocnictwie zakresie;
- 3) pełnomocnictwo z dnia 10 listopada 2009 r. udzielone przez spółkę Pixel sp. z o.o. spółce Bull Polska sp. z o.o. do reprezentowania wspólnie występujących

wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne w składzie: Bull Polska sp. z o.o., Bull SAS, Pixel sp. z o.o., zwanych w pełnomocnictwie łącznie Wykonawcą, we wszelkich sprawach związanych z udziałem Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, obejmujące w szczególności umocowanie do parafowania, podpisania i złożenia w imieniu Wykonawcy oferty wraz z załącznikami oraz prawo do powoływania dalszych pełnomocników i udzielania im pełnomocnictwa do samodzielnego działania w imieniu Wykonawcy we wskazanym w powyższym pełnomocnictwie zakresie;

- 4) pełnomocnictwo z dnia 15 listopada 2009 r. udzielone przez Pana Pierre B., członka Zarządu Bull Polska sp. o.o., Panu Sebastianowi K., dyrektorowi finansowemu, upoważniające pełnomocnika do samodzielnego działania w imieniu i na rzecz wspólnie występujących wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia w składzie: Bull Polska sp. z o.o., Bull SAS i Pixel sp. z o.o., zwanych w pełnomocnictwie łącznie Wykonawcą we wszelkich sprawach związanych z udziałem Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obejmujące w szczególności umocowanie do parafowania, podpisania i złożenia w imieniu Wykonawcy oferty wraz z załącznikami oraz prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw oraz podpisania umowy konsorcjum.

Z powyższego wynika, że pełnomocnictwa udzielone przez członków Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. miały niemal identyczne brzmienie, tożsamy zakres, wyraźnie i jednoznacznie wskazywały wyczerpującą listę członków Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. oraz postępowanie, w którym Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. w wymienionym tam składzie zamierzało uczestniczyć.

Pełnomocnictwa przedstawiały klarowny i jednoznaczny ciąg upoważnień:

- 1) każdy z członków Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. udzielił pełnomocnictwa spółce Bull Polska sp. z o.o.,
- 2) każdy z członków Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. upoważnił pełnomocnika - spółkę Bull Polska sp. z o.o. do ustanawiania dalszych pełnomocnictw,
- 3) na mocy powyższego upoważnienia Bull Polska sp. z o.o. ustanowiła pełnomocnikiem Pana Sebastiana K.

W powyższym ciągu pełnomocnictw jedynie w pełnomocnictwie udzielonym Panu Sebastianowi K. pojawia się sformułowanie, iż występujący ze strony mocodawcy Pan Pierre

B. działa w imieniu i na rzecz spółki Bull Polska sp. z o.o. i na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Emtal sp. z o.o. Spółka Emtal sp. z o.o. nie jest jednak wymieniona w treści pełnomocnictwa jako wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie ww zamówienia, jak również w żadnej z części oferty ani dokumentów do niej dołączonych powyższa spółka nie pojawia się jako podmiot zaangażowany w udział w niniejszym postępowaniu. Należy wskazać, że oferta Konsorcjum Bull Polska Sp. z o.o. (str. 2 formularza ofertowego) wyraźnie wskazuje, kto jest wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, tj. wymienia spółki: Bull Polska sp. z o.o., Bull SAS oraz Pixel sp. z o.o., w stosunku do których załączone zostały odpowiednie upoważnienia i wymagane dokumenty.

W toku postępowania Przystępujący wskazywał, iż wymienienie spółki Emtal sp. z o.o. w treści pełnomocnictwa stanowiło omyłkę wynikającą z załączenia roboczej wersji dokumentu. W opinii Izby wyjaśnienia powyższe zasługują na uwzględnienie. Doświadczenie życiowe pozwala przyjąć, że w procesie przygotowywania do uczestnictwa w określonym postępowaniu na różnych etapach brać mogą udział różne podmioty, które ostatecznie nie staną się podmiotami wspólnie występującymi o udzielenie zamówienia. Nie jest też wykluczone, że podmioty takie udzielają różnego typu upoważnień czy pełnomocnictw. Ponadto zjawiskiem bardzo częstym jest funkcjonowanie w ramach danego podmiotu wzorcowych dokumentów wykorzystywanych w jego działalności. Możliwe są zatem różnego rodzaju omyłki, które jednak powinny być interpretowane z uwzględnieniem wszystkich okoliczności faktycznych i kontekstu sytuacyjnego dokonania danej czynności, jak na to wskazuje art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, jak również na podstawie analizy całej treści dokumentu. Tym samym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, samo jednokrotne wymienienie spółki Emtal sp. z o.o. w pełnomocnictwie dla Pana Sebastiana K., zdaniem Izby, nie upoważnia do podnoszonego przez Odwołującego wniosku, że Pan Sebastian K. działał bez należytego umocowania, istnieje brak pewności co do składu Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. i możliwość dokonywania niedopuszczalnych zmian podmiotowych w postępowaniu oraz konieczność wzywania do uzupełnienia pełnomocnictwa tej spółki. Odwołujący, poza wskazaniem przywoływanej przez siebie treści pełnomocnictwa, nie uzasadnił, z jakich względów uznaje, że wyjaśnienia Przystępującego o omyłkowym charakterze powołania w pełnomocnictwie spółki Emtal sp. z o.o. uznaje za niewiarygodne, pomimo że skład Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. wynika jednoznacznie z treści oferty Konsorcjum Bull Polska sp. z o.o. oraz pozostałych dokumentów załączonych do oferty i w składzie tym nie występuje spółka Emtal sp. z o.o.

Przywołany przez Odwołującego art. 104 Kodeksu cywilnego przewiduje, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z jego przekroczeniem jest nieważna. Przepis ten nie ma jednak zastosowania w niniejszym stanie faktycznym, ponieważ wskazywana wyżej omyłka nie wpływała na skuteczność umocowania ani Bull Polska sp. z o.o. ani Pana Sebastiana K., który tym samym nie może być uznany za działającego jako *falsus procurator*.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego, że złożenie przez Przystępującego do przystąpienia do postępowania protestacyjnego bez wezwania zamawiającego dokumentu pełnomocnictwa, gdzie spółka Emtal sp. z o.o. nie była wymieniona, potwierdza brak należytego umocowania pełnomocnika. W opinii Izby wniosek ten jest zbyt daleko idący, ponieważ równie zasadnie można przyjąć, że złożenie takiego dokumentu wynikało ze względów ostrożnościowych z uwagi na podnoszone w proteście zarzuty odnośnie treści pełnomocnictwa i na wypadek uznania, że omyłka ta ma wpływ na zakres i skuteczność udzielonego umocowania.

Odwołujący wskazywał, że z uwagi na bezwzględną nieważność pełnomocnictwa brak jest możliwości jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Izby zarzut ten jest niezasadny, ponieważ w przepisie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp stworzono wykonawcom możliwość uzupełniania pełnomocnictw, zarówno gdy nie złożono pełnomocnictw we właściwym terminie, jak i gdy są one wadliwe. Na Zamawiającym ciąży obowiązek żądania uzupełnienia pełnomocnictwa, ale tylko wtedy gdy go nie złożono lub zawiera ono wady lub błędy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa, a zatem ewentualna możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa w tym trybie, o ile zaistniałaby taka konieczność, nie została wyczerpana.

W związku z poczynionymi powyżej ustaleniami Izba uznała, że powoływany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp nie potwierdził się i jest niezasadny.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....