

Sygn. akt: KIO/2792/10

WYROK

z dnia 11 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: PKP Informatyka Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), ZIBI S.A. i Bankowy Leasing Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 140, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Mazowieckie – KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **WINCOR-NIXDORF Sp. z o. o., ul. Popularna 82, 02-226 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: PKP Informatyka Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), ZIBI S.A. i Bankowy Leasing Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 140, 02-305 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie:**

PKP Informatyka Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), ZIBI S.A. i Bankowy Leasing Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 140, 02-305 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: PKP Informatyka Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), ZIBI S.A. i Bankowy Leasing Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 140, 02-305 Warszawa** na rzecz **Kolei Mazowieckich – KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa** uzasadnione koszty strony w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Koleje Mazowieckie – KM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę (leasing) 400 szt. terminali mobilnych”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 15 października 2010 r., pod nr: 2010/S 201-307078.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: PKP Informatyka Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), ZIBI S.A. i Bankowy Leasing Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 30 grudnia 2010 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, która w ocenie Odwołującego winna być przez Zamawiającego odrzucona. Informacja o przedmiotowej czynności została Odwołującemu przekazana faksem w dniu 15 grudnia 2010 r.

W dniu 30 grudnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawcę WINCOR-NIXDORF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”). Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło na podstawie wezwania Zamawiającego, skierowanego do wskazanego wykonawcy w dniu 28 grudnia 2010 r. Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma skierowane w niniejszej sprawie do Krajowej Izby Odwoławczej Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na nieodrzczeniu oferty Przystępującego. Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrzczenie wskazanej oferty, pomimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący wniósł też o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 5) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego i wskazał tu na:

1. brak referencji oraz wykazu zrealizowanych dostaw odpowiadających warunkom postawionym przez Zamawiającego,
2. niezgodność z SIWZ parametrów technicznych oferowanego urządzenia,
3. brak Certyfikatu CE dla oferowanego urządzenia.

Co do pierwszej niezgodności Odwołujący wskazał na zapisy § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ, gdzie Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków zgodnie z § 6 ust. 1. SIWZ Zamawiający zażądał dołączenia do oferty referencji oraz wykazu zrealizowanych dostaw: Jednocześnie Odwołujący wskazał na zapisy SIWZ dotyczące przedmiotu zamówienia, określone w § 3 ust. 1 oraz 2 SIWZ. W jego ocenie powyższe zapisy wskazują jednoznacznie, że do potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia powinny być brane pod uwagę tylko i wyłącznie dostawy terminali mobilnych odpowiadających wymaganiom technicznym oraz posiadających taką samą funkcjonalność jak będące przedmiotem zamówienia i wyposażonych w oprogramowanie do sprzedaży biletów i odprawy podróży. Przystępujący jako potwierdzenie wymagań opisanych w punkcie 1, w załączniku nr 3 do SIWZ „Wykaz wykonanych dostaw” wykazał dostawę terminali mobilnych WT4090, MC9090, VC5090 wraz z peryferiami w ilości 436 sztuk na łączną kwotę 473 125 EUR netto. Dołączony został również dokument „Potwierdzenie zrealizowania dostawy”. Odwołujący stoi na stanowisku, iż wskazana przez Przystępującego w załączniku nr 3 do SIWZ dostawa nie spełnia wymagań w zakresie udokumentowania

posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż dostawa ta nie odpowiada przedmiotowemu zamówieniu. Tym samym nie spełnia wymagań § 5 ust. 1 punkt 2 SIWZ.

Wykazana przez Przystępującego dostawa:

- dotyczy dostarczenia wyłącznie urządzeń o następujących symbolach: WT4090, MC9090, VC5090, które nie odpowiadają przedmiotowemu zamówieniu określonym w SIWZ, pod względem funkcjonalnym i technicznym. Żadne z urządzeń nie posiada zintegrowanej drukarki - wymaganie zawarte w SIWZ, co uniemożliwia ich wykorzystanie jako mobilnych stanowisk kasowych do sprzedaży biletów i odprawy podróżnych. Wyżej wymienione urządzenia zgodnie ze specyfikacją producenta przeznaczone są do zastosowań logistyczno-magazynowych.
- nie obejmowała dostarczenia wraz z urządzeniami, oprogramowania dla terminala mobilnego przeznaczonego do sprzedaży biletów i odprawy podróżnych, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami SIWZ co znajduje potwierdzenie zarówno w załączonym do oferty „Wykazie wykonanych dostaw” oraz „Potwierdzeniu zrealizowania dostawy”.

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że oferta Przystępującego nie spełniła wymagań przewidzianych przez Zamawiającego w SIWZ, a co za tym idzie winna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, stosowanie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Co do drugiej niezgodności Odwołujący wskazał na wymagania Zamawiającego zawarte w § 3 ust. 16 SIWZ, gdzie określono szczegóły wymagań technicznych dotyczące karty. Wskazano tam następujące wymagania:

„ Karta Chipowa (opcja):

-funkcja odczytu /zapisu zgodne z ISO 7816

-lx w formacie ID-1

- 4 x w formacie ID-ooo (dla kart pieniężnych, PayCard, etc) "

Odwołujący wskazał, co oznacza w jego ocenie ów zapis, a mianowicie, że urządzenie powinno mieć możliwość opcjonalnego wyposażenia w czytnik kart chipowych zawierający 1 gniazdo dla obsługi karty chipowej (zapis: lx w formacie ID-1) i 4 gniazda dla obsługi sprzętowej zabezpieczeń typu SAM (zapis: 4x w formacie ID-ooo). Oferta Przystępującego w opisie oferowanego terminala PIDION BIP-1300 -3A w charakterystyce technicznej podaje, że jest on wyposażony w czytnik kart chipowych o parametrach zgodnych z SIWZ. Stwierdzenie takie – w ocenie Odwołującego - nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Specyfikacja techniczna terminala PIDION BIP-1300-3A oraz instrukcja użytkownika publikowane na stronach producenta wskazują odmienne informacje (wydruk ze strony producenta wraz z tłumaczeniem przez tłumacza przysięgłego zostają dołączone do niniejszego odwołania). Według tych danych urządzenie może być wyposażone w czytnik kart chipowych posiadający 1 gniazdo dla obsługi karty chipowej (lx w formacie ID-1) oraz 3

gniazda dla obsługi zabezpieczeń sprzętowych typu SAM (3x w formacie ID-000). Powyższe zatem – zdaniem Odwołującego - wskazuje, że oferowany terminal nie spełnia wymagań SIWZ i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferta Przystępującego winna zostać odrzucona.

Co do trzeciej niezgodności Odwołujący wskazał na wymogi Zamawiającego zawarte w § 10 ust. 4 pkt 9 SIWZ (str. 16 SIWZ), gdzie żądał on od wykonawców, aby do ofert dołączona została deklaracja zgodności CE na oferowany model. Przystępujący zaoferował terminal PDA, Model BIP-1300-3A, natomiast do oferty dołączony został Certyfikat EC-R&TTE Certificate dla urządzenia PDA, Model BIP-1300. Przedłożony certyfikat nie obejmuje oferowanego modelu. Tym samym w ocenie Odwołującego oferta Przystępującego nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego, dlatego też winna zostać odrzucona.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał kilka orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 1938/10, KIO/UZP 1900/10, KIO/UZP 1859/10).

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 7 stycznia 2010 r. złożonym do akt sprawy w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania w całości. W swoim stanowisku Zamawiający stwierdził, że Przystępujący legitymuje się wymaganym w SIWZ doświadczeniem i przedstawił w tym zakresie odpowiednie dokumenty. Okoliczność, iż powołuje się on na inny model terminala mobilnego niż ten, którego dostawa jest przedmiotem zamówienia w toczącym się postępowaniu, nie może uzasadnić twierdzenia, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Określenie, że wykonawca musi legitymować się doświadczeniem w dostawie terminali mobilnych, odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu, nie oznacza, że wykonawca jest zobowiązany wykazać się wcześniejszą dostawą identycznych pod względem parametrów technicznych terminali, wystarczającym bowiem jest, aby wykonawcy wykazali się dostawą terminali porównywalnych z tymi, które są przedmiotem niniejszego postępowania, a warunki te Przystępujący spełnił.

Co do drugiej kwestii podniesionej w odwołaniu Zamawiający wskazał, że zaoferowany przez Przystępującego terminal spełnia wymagania techniczne wskazane w SIWZ, co wynika przede wszystkim z oferty tego wykonawcy. Powołał się Zamawiający w tym zakresie także na wyjaśnienia Przystępującego zawarte w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Co do trzeciej kwestii podniesionej w odwołaniu Zamawiający wskazał, że certyfikat CE załączony do oferty Przystępującego obejmuje również zaoferowane przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu terminale.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący stwierdził, że zarzuty Odwołującego się należy uznać w całości za bezzasadne i pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.

Co do pierwszego zarzutu wskazał, że przedstawił on w ofercie wykaz wykonanych dostaw, odpowiadających warunkom postawionym przez Zamawiającego oraz potwierdzenie zrealizowania dostawy wystawione przez TESCO (Polska) Sp. z o. o. z dnia 22 listopada 2010 r. Co do postawionego warunku doświadczenia wskazał, że w tym zakresie w wyniku złożonego odwołania, Zamawiający ustosunkowując się do niego wyraźnie wskazał w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 listopada 2010 roku, że w sposób jasny wyraził w ogłoszeniu, że „wykonawcy winni udokumentować, iż zrealizowali co najmniej jedną dostawę na nie mniej niż 200 szt. terminali mobilnych, odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu, o wartości co najmniej 1 500 000 zł netto, nie wskazując na oprogramowanie dostarczanych terminali.” Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 listopada 2010 roku sygn. akt: KIO/2319/10 potwierdziła słuszność stanowiska Zamawiającego oddalając wskazane odwołanie. Tym samym wskazał, że podnoszenie po raz kolejny, przez innego Odwołującego zarzutu, iż warunek ten może być spełniony jedynie przez dostawców, którzy wykażą się dostawą terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem jest próbą wtórnego polemizowania ze stanowiskiem Zamawiającego, potwierdzonym w prawomocnym wyroku KIO. Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu nie może być już żadnych niejasności, iż Zamawiającemu chodziło jedynie o referencje dotyczące terminali mobilnych (odpowiadających przedmiotowi zamówienia rodzajowo, a nie identycznych, tożsamyh), a nie dodatkowo o referencje dotyczące innych elementów zamówienia, w tym oprogramowania.

Nietrafiony jest również, w ocenie Przystępującego, zarzut Odwołującego, iż przedłożone przez Przystępującego referencje wystawione przez TESCO (Polska) Sp. z o. o. nie stanowią potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w niniejszym przetargu - referencje bowiem, zdaniem Odwołującego się, dotyczą urządzeń o funkcjonalności nie odpowiadającej przedmiotowemu postępowaniu. Przystępujący podkreślił, że gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego się za trafne oznaczałoby to, iż przedmiotem referencji musiałyby być terminale o wszystkich cechach/parametrach (z najdrobniejszymi szczegółami), tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Takie rozumienie przedmiotowego zapisu stanowiłoby istotne ograniczenie konkurencji, gdyż w przetargu mogłyby startować tylko podmioty mające wymagane doświadczenie na poziomie identycznym, jak przedmiot zamówienia, a takiego, wąskiego rozumienia zapisu nie podzielała także dotychczas Krajowa Izba Odwoławcza. Przystępujący wskazał na wyrok z dnia 26 sierpnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1053/09,

wskazując także, iż dla potwierdzenia przez wykonawcę, że dysponuje on doświadczeniem i potencjałem technicznym, koniecznym do właściwego wykonania zamówienia, nie musi on wykazać się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia, ale zbieżnym w podstawowym zakresie i charakterze z przedmiotem zamówienia. Przystępujący zaś dysponuje takim doświadczeniem w zakresie dostawy terminali mobilnych, co wykazał – jak podkreślił – załączonym potwierdzeniem zrealizowania dostawy. Wskazana referencja spełnia postawione warunki zarówno merytoryczne, terminowe, jak i ilościowe oraz wartościowe, wymagane przez Zamawiającego. List referencyjny wystawiony przez TESCO (Polska) Sp. z o. o. dotyczy bowiem urządzeń (WT4090, MC9090, VC5090) będących niewątpliwie terminalami mobilnymi, które stosuje się w mobilnej sprzedaży. Każdy z wymienionych w liście referencyjnym typów terminala mobilnego jest przenośnym komputerem dostosowanym do pracy w trudnych warunkach mobilnej sprzedaży, usług serwisowo - logistycznych, usług magazynowych i innych zastosowań przenośnych (w tym może sprzedawać bilety kolejowe przy użyciu stosownego oprogramowania), zatem jego rola nie sprowadza się jedynie do zastosowań logistyczno - magazynowych.

Co do drugiego zarzutu Przystępujący wskazał, że jego oferta spełnia warunki postawione przez Zamawiającego w zakresie wyposażenia oferowanego terminala mobilnego w czytniki kart chip zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (choć wymagania te były w SIWZ opcjonalne). W tym zakresie wskazał na następujące okoliczności:

- 1) Karta SIM jest kartą elektroniczną wykorzystywaną w telefonii GSM/GPRS. Technologicznie, karta SIM jest kartą elektroniczną w rozumieniu i zgodnie z terminologią Polskiego Komitetu Normalizacyjnego i stosuje się do niej norma ISO/IEC 7816. Normą powiązaną z ISO/IEC 7816 jest norma ISO/IEC 7810 określająca właściwości fizyczne kart, m. in. ich rozmiar identyfikowany przez format ID. Zgodnie z ISO/IEC 7810 karta SIM jest karta typu ID-000.
- 2) Karta SAM jest kartą elektroniczną wykorzystywaną do różnych celów, głównie do bezpiecznego przechowywania i przetwarzania danych wrażliwych. Technologicznie, karta SAM, tak samo jak karta SIM, jest kartą elektroniczną w rozumieniu i zgodnie z terminologią Polskiego Komitetu Normalizacyjnego i stosuje się do niej norma ISO/IEC 7816. Normą powiązaną z ISO/IEC 7816 jest norma ISO/IEC 7810 określająca właściwości fizyczne kart, m. in. ich rozmiar identyfikowany przez format ID. Zgodnie z ISO/IEC 7810 karta SAM jest karta typu ID-000.
Tym samym – w ocenie Przystępującego - zarówno karta SIM jak i karta SAM są kartami w formacie ID-000.
- 3) W oferowanym terminalu PIDION BIP-1300-3A istnieje 1 gniazdo kart SIM oraz 3 gniazda kart SAM (niezależnie od czytnika kart w formacie ID-1, które nie było przedmiotem odwołania).

Biorąc pod uwagę powyższe oraz podaną liczbę gniazd w terminalu mobilnym PIDION BIP - 1300 - 3A Przystępujący stwierdził, że w terminalu istnieją cztery gniazda (ang. slot) dla kart w formacie ID-ooo, co Przystępujący oświadczył w złożonej w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publicznej ofercie (zgodnie z warunkiem postawionym przez Zamawiającego). Urządzenie PIDION BIP-1300-3A. oferowane przez Przystępującego spełnia wymagania techniczne SIWZ. Złożone odwołanie w przedmiotowym zakresie – zdaniem Przystępującego - zawiera błąd merytoryczny oraz błąd wnioskowania i z tych względów jest niezasadne.

Co do trzeciego zarzutu Przystępujący podniósł, że jego oferta spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego w zakresie przedstawienia certyfikatu CE oferowanego urządzenia. Przedstawiony certyfikat CE obejmujący terminal PDA, Model BIP - 1300 jest jedynym, ważnym, odnoszącym się do wszystkich konfiguracji terminala BIP-1300 certyfikatem CE (w tym konfiguracji oznaczonej symbolem „3A”). Przyrostek „3A” w nazwie oferowanego terminala mobilnego – zdaniem Przystępującego - odnosi się do jego konfiguracji, określa elementy wyposażenia urządzenia, które spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego w rzeczonym postępowaniu o zamówienie publiczne. Podkreślił też, że nie istnieje prawna konieczność uzyskiwania dodatkowego certyfikatu CE odnoszącego się do konfiguracji „3A” urządzenia BIP - 1300.

Przystępujący w uzupełnieniu powyższych argumentów, zwrócił także uwagę na fakt, iż Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 3 680 000,00 zł netto, a oferta Odwołującego opiewa na kwotę znacznie wyższą, tj. na kwotę 3 909 573,72 zł netto, tym samym poddał on w wątpliwość, czy oferta Odwołującego zostałaaby wybrana w ramach niniejszego postępowania, wskazując na przesłankę do unieważnienia postępowania. Tym samym Przystępujący poddał też w wątpliwość interes Odwołującego we wniesieniu odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą zasadności wyboru w postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Ewentualne potwierdzenie się podnoszonych w odwołaniu zarzutów dawałoby Odwołującemu szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia i jego realizację. Tym samym też Odwołujący wykazał, że wykazywane przez niego naruszenia w postępowaniu, których dopuścił się Zamawiający narażają go na konkretny uszczerbek, co też wskazuje na wypełnienie dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że argument podniesiony w tym zakresie przez Przystępującego, że cena oferty Odwołującego przekracza możliwości finansowe Zamawiającego związane z niniejszym postępowaniem, co może wskazywać na konieczność unieważnienia postępowania w sytuacji ewentualnego wyboru oferty Odwołującego, nie zasługuje na uwzględnienie. Dla stwierdzenia interesu do wniesienia odwołania przez wykonawcę w postępowaniu nie ma znaczenia w tym przypadku kwota, jaką Zamawiający określił na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający bowiem ma prawną możliwość podwyższenia tej kwoty i zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o zamówienie publiczne nadesłaną przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba uwzględniła także dokumenty przedłożone przez Odwołującego i Przystępującego w toku rozprawy oraz załączone do odwołania i zgłoszenia przystąpienia, tj. specyfikacja techniczna terminala PIDION BIP-1300-3A oraz fragment instrukcji obsługi tego urządzenia – wydruki ze strony internetowej producenta sprzętu, wydruki ze strony internetowej: www.motorola.com dotyczące terminali mobilnych: VC 5090, WT 4000, MC 9090-G, zdjęcia oferowanego przez Przystępującego terminala, oświadczenie producenta Bluebird z dnia 3 stycznia 2011 r. wraz z załącznikami, wydruki z ze strony internetowej www.wikipedia.pl dotyczące karty SIM, Polskie Normy - PN-ISO/IEC 7810 i PN-ISO/IEC 7816-1 oraz Specyfikację Techniczną z grudnia 1995 r. dotyczącą GSM „Cyfrowy komórkowy system telekomunikacyjny (Faza 2+); Specyfikacja interfejsu Modułu Identyfikacji Abonenta – Terminala Ruchomego (SIM-TR) (GSM 11.11)”, wydaną przez Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych. Izba uwzględniła również pisemne i ustne stanowiska stron postępowania odwoławczego i jego uczestnika złożone w sprawie.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła, że oferta Przystępującego nie zawiera wskazanych w odwołaniu sieczności z treścią SIWZ.

Co do pierwszej wskazywanej niezgodności po pierwsze Izba uznała za słuszne stanowisko prezentowane w toku rozprawy przez Zamawiającego, że Odwołujący, wskazując zarzut niegodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, powołał się na nie spełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, których opis znalazł się w postanowieniach SIWZ. Odwołujący, dokonując opisu zarzutu oraz wskazując na żądania w tym zakresie i podstawę prawną naruszeń, nie odróżnił skutków zaniechania związanych z czynnością, czy też zaniechaniem czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania z czynnością, czy też zaniechaniem czynności odrzucenia oferty. Pierwsza z nich związana jest z oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, określonych ustawowo (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 ustawy Pzp) i opisanych przez Zamawiającego co do sposobu ich spełniania w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu i dotyczy weryfikacji potencjalnych możliwości wykonawcy do realizacji danego zamówienia publicznego. Druga z nich dotyczy oceny oferty wykonawcy odnoszącej się do sposobu, zakresu, czy też terminu realizacji danego zamówienia. Czynność związana z wykluczeniem wykonawcy wiąże się zatem z oceną podmiotową wykonawcy - pod kątem opisanego w SIWZ przez Zamawiającego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast czynność związana z odrzuceniem oferty wiąże się z merytoryczną, przedmiotową oceną oferty wykonawcy - pod kątem wymogów w tym zakresie skonstruowanych w SIWZ przez Zamawiającego.

W treści odwołania Odwołujący, konstruując zarzut i wynikające z jego tytułu naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz żądania w tym zakresie oparł się wyłącznie na podstawach do odrzucenia oferty z powodu jej sprzeczności z SIWZ pomimo tego, że faktyczne uzasadnienie opisanego zarzutu wskazuje na okoliczność kwestionowania sposobu oceny przez Zamawiającego w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechania w tym przedmiocie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy. Izba jednak pomimo nieprawidłowego określenia przez Odwołującego zarzutu uznała się zasadną do oceny zarzutu zaniechania wyeliminowania wykonawcy (Przystępującego) z udziału w postępowaniu, biorąc pod uwagę wolę jaką wyraził w tym przedmiocie Odwołujący w treści odwołania.

Po drugie natomiast odnosząc się merytorycznie do tej kwestii Izba uznała, że Przystępujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, opisany przez Zamawiającego w § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ. Zamawiający w SIWZ wskazał tam, iż wykonawcy winni udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedną dostawę na nie mniej niż 200 szt. terminali mobilnych odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu o wartości 1 500 000 zł netto. Na potwierdzenie spełniania tego warunku należało do oferty dołączyć referencje oraz wykaz zrealizowanych dostaw (zgodnie z § 6 ust. 1 SIWZ).

Do oferty Przystępującego załączono wykaz dostaw (8 str. oferty), gdzie wskazano jedną dostawę o wartości 473 125 euro netto, realizowaną na rzecz Tesco Polska Sp. z o.o. przez Przystępującego. Dołączono także dokument potwierdzający należyte wykonanie tej dostawy noszący datę 22 listopada 2010 r. (str. 9 oferty).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że przedstawiona ofercie Przystępującego dostawa na rzecz Tesco Polska Sp. z o.o. spełnia wymogi SIWZ. Stwierdzić bowiem należy, że - zgodnie z literalnym zapisem opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dokonany przez Zamawiającego w SIWZ - oczekiwał on wykazania się przez wykonawców dostawą terminali mobilnych, a nie dostawą wszystkich elementów wchodzących w zakres opisu przedmiotu zamówienia, tak jak wskazywane przykładowo przez Odwołującego oprogramowanie. Odniesienie zawarte w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu co do odpowiedniości do przedmiotu zamówienia odnosi się wprost do żądanych w ramach opisu warunku terminali mobilnych, a nie do całości przedmiotu zamówienia (wszystkich jego elementów). Wskazanie w ramach opisu warunku tego, że terminale mobilne, będące przedmiotem dostawy wykazywanej w ramach spełniania warunku, mają odpowiadać przedmiotowi zamówienia, znajduje z kolei oparcie w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny w stosunku do niego. To oznacza, że opis warunku ma znajdować oparcie w opisie przedmiotu zamówienia, nie może natomiast oznaczać, że opis warunku jest tożsamy z opisem przedmiotu zamówienia. W ramach opisu warunku udziału w postępowaniu w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jedynie odniósł się w sposób generalny co do tego, że terminale mobilne będące przedmiotem dostawy wykazywanej w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinny odpowiadać przedmiotowi zamówienia. Powyższe - zdaniem Izby - należy interpretować jedynie w kontekście takim, czy terminale mobilne będące przedmiotem dostawy Przystępującego na rzecz Tesco Polska stanowią urządzenia podobne do oferowanych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do możliwości ich zastosowania. Izba stwierdziła, że wymóg ten jest spełniony. Odwołujący na potwierdzenie swojego zarzutu nie przedstawił żadnych miarodajnych dowodów. Przedstawione wydruki ze strony internetowej firmy Motorola odnosząc się do - w dwóch przypadkach - terminali, które nie były wprost przedmiotem dostawy wykazywanej przez Przystępującego. Przedmiotem tej

dostawy były terminale mobilne o oznaczeniach: WT4090, MC9090 i VC5090. Odwołujący przedstawił natomiast informacje dotyczące terminali o symbolach: VC5090, WT4000 i MC9090-G. Tylko jeden z terminali w tym przypadku – VC5090 – znajduje pokrycie co do oznaczenia z terminalem będącym przedmiotem dostawy przez Przystępującego. Jednakże niezależnie od powyższego przedstawione wydruki ze strony internetowej nie stanowią dowodu na to, że wskazany terminal może być jedynie wykorzystywany przy zadaniach logistyczno – magazynowych, a nie także do sprzedaży biletów, a na taką okoliczność wskazywał Odwołujący i ja należało udowodnić. Podkreślić także należy, że informacje zawarte na stronach internetowych mają charakter informacji handlowych, a nie stanowią zawsze aktualnej informacji co do technicznych parametrów określonych urządzeń i nie mogą stanowić samoistnego dowodu na potwierdzenie, że określone urządzenie nie spełnia jakiś wymogów technicznych, o ile wprost nie została ta niezgodność na stronie internetowej stwierdzona oraz nie zostało w jakiś sposób potwierdzone, że informacje na stronie są aktualne i wiążące jeśli chodzi o producenta urządzeń.

W przedmiotowej sprawie w dostawie wykazanej przez Przystępującego niewątpliwie mamy do czynienia z urządzeniami mobilnymi, a więc ruchomymi, a nie stałymi i niewątpliwie urządzenia te mają charakter terminali, tym samym wobec braku jakiś szczególnych dodatkowych wymogów w tym zakresie co do opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, powyższe nie może negatywnie wpływać na sytuację konkretnego wykonawcy w postępowaniu legitymującego się konkretnym doświadczeniem.

Co do drugiej wykazywanej niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ Izba stwierdziła, że Zamawiający wymogi co do karty chipowej określił w § 3 pkt 16 SIWZ, wskazując, że: Karta chipowa (opcja) powinna spełniać następujące wymogi:

- funkcja odczytu / zapisu zgodnie z ISO 7816
- 1 x w formacie ID-1
- 4 x w formacie ID – ooo (dla kart pieniężnych, PayCard, etc)”

Przystępujący w swojej ofercie zaoferował terminal mobilny – model OIDION BIP 1300 – 3A producenta Bluebird Soft Inc. (str. 2 oferty). Na str. 32 oferty potwierdził spełnianie przywołanych wymogów SIWZ co do karty chipowej.

Sporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem pozostaje kwestia związana ze spełnieniem przez oferowane przez Przystępującego urządzenie wymogu 4 gniazd (slotów) w formacie ID – ooo. Odwołujący wskazywał, że w oferowanym przez Przystępującego urządzeniu funkcjonują gniazda dla obsługi zabezpieczeń sprzętowych typu SAM w formacie ID – ooo i 1 gniazdo dla obsługi karty chipowej w formacie ID – 1. Powoływał się przy tym Odwołujący na specyfikację techniczną oferowanego terminala oraz jego instrukcję obsługi zamieszczoną na stronie internetowej, w

szczegółności na zapis, że: „*Spośród 4 gniazd tylko prawe górne jest Gniazdem Karty SIM. Pozostałe 3 to Gniazda Kart SAM, więc jeśli umieścisz Kartę SIM w jednym z nich, karta nie będzie działać poprawnie*”.

Izba rozpoznając wskazany zarzut oparła się przede wszystkim na zapisach SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający, co do wymogów dotyczących karty chipowej, wprowadził wskazanie, że są to wymogi opcjonalne, a więc wariantowe, czyli *de facto* nieobowiązkowe, jeśli – jak w niniejszej sprawie – Zamawiający nie określił sposobu wyboru określonej opcji nie można wymagać od wykonawców spełnienia wymogu wprowadzonego do SIWZ jako opcjonalny. Niezależnie jednak od powyższego Izba uznała za przekonujące twierdzenia Przystępującego co do spełnienia przez niego wskazanego opcjonalnego rozwiązania co do karty chipowej o określonych wymogach co do gniazd. Przystępujący stwierdził, że zarówno karta SIM, jak i SAM, biorąc pod uwagę terminologię Polskiego Komitetu Normalizacyjnego i normy ISO/IEC 7816 i ISO/IEC 7810, są kartami w formacie ID - ooo. Takiemu twierdzeniu nie zaoponował Odwołujący. Odwołujący wywodził natomiast, że postanowienia instrukcji wskazujące na sytuację, w której umieszczenie karty SIM w jednym z czterech wskazywanych jako gniazda typu ID- ooo, będzie skutkowało tym, że karta ta nie będzie działać poprawnie. Z postanowień SIWZ wynika natomiast jedynie, że 4 wymagane gniazda mają występować w formacie ID – ooo, skoro zatem obydwie karty zarówno SIM, jak i SAM są kartami typu ID – ooo, nie ma znaczenia zastosowanie tych gniazd przy użyciu różnych kart. Poza tym warto zwrócić uwagę, że także w postanowieniach SIWZ przy wymogu dotyczącym 4 gniazd typu ID – ooo wskazano w nawiasie jako przykładowe użycie tych gniazd (dla kart pieniężnych, PayCard), o czym świadczy określenie etc. (*et cetera*, czyli itd.).

Co do trzeciej wykazywanej niezgodności oferty Przystępującego z postanowieniami SIWZ w zakresie braku przedłożenia właściwego certyfikatu zgodności Izba ustaliła, że wymogi w tym zakresie zostały określone w § 10 ust. 4 pkt 9) SIWZ. Na podstawie wskazanego zapisu SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia do oferty deklaracji zgodności CE na oferowany model. Przystępujący na str. 33-36 oferty załączył certyfikat EC –R&TTE nr G103391U w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem na język polski. Certyfikat ten dotyczył produktu z oznaczeniem PDA, Model BIP-1300. Odwołujący wywodzi, że przedłożony certyfikat nie dotyczy oferowanego urządzenia o oznaczeniu modelu BIP-1300-3A. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba uwzględniła przede wszystkim oświadczenie producenta urządzenia firmy Bluebird z dnia 3 stycznia 2011 r., uznając je za wiarygodny dowód w sprawie, który w żaden sposób nie został zakwestionowany przez Odwołującego. Producent urządzenia oświadczył, że załączony do oferty certyfikat wystawiony dla urządzenia PDA model BIP-1300 jest jedynym ważnym certyfikatem CE, który obejmuje

wszystkie konfiguracje mobilnego terminala PIDION BIP-1300, w tym także konfigurację 3A. Oznaczenie przy modelu urządzenia konkretnej szczegółowej konfiguracji (3A), która mieści się w zakresie pracy urządzenia o oznaczonym modelu, nie wymaga uzyskiwania specjalnego dodatkowego certyfikatu CE bowiem ten wystawiony dla urządzenia BIP-1300 obejmuje swoim zakresem także wszelkie możliwe w tym zakresie szczegółowe konfiguracje. Wskazywanie przez Odwołującego na certyfikat załączony do jego oferty wydany dla oznaczeń modeli urządzeń bardziej szczegółowych – zdaniem Izby - nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia. Odwołujący zaoferował urządzenia innego producenta (firma Casio) o zupełnie innych oznaczeniach. System oznaczeń urządzeń u różnych producentów może bowiem się znacząco różnić.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. obciążyła kosztami postępowania Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła również wniosek Zamawiającego o zasądzenie uzasadnionych kosztów strony postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) i uwzględniając przedłożony w tym zakresie do akt sprawy rachunek.

Przewodniczący:

.....